

Sygn. akt: KIO 3811/23

Sygn. akt: KIO 3813/23

WYROK

Warszawa, dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Małgorzata Jodłowska
Maria Kacprzyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** (KIO 3811/23),

B.w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** (KIO 3813/23),

w postępowaniu prowadzonym przez: **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – CENTRALA, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa,**

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 3811/23: A. wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa,**

B. wykonawcy **Axians IT Solutions Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa,**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 3813/23: wykonawcy **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,**

orzeka:

KIO 3811/23

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 – 7,

2.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutów nr 1 i 2 dotyczących terminu wdrożenia sieci WAN i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji § 4 ust. 2 lit. a) projektu umowy w ten sposób, aby termin wdrożenia sieci WAN wynosił co najmniej 180 dni od dnia zawarcia umowy,

3.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – CENTRALA 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) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

KIO 3813/23

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3, 5a – 5f, 6, 7 i 8,

2.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego terminu składania ofert, zarzutu nr 4 dotyczącego terminu wdrożenia sieci WAN oraz zarzutu nr 5g i 5h dotyczącego ubezpieczenia OC i nakazuje zamawiającemu:

a)wydłużenie terminu składania ofert co najmniej do dnia 15 lutego 2024 r.,

b)dokonanie modyfikacji § 4 ust. 2 lit. a) projektu umowy w ten sposób, aby termin wdrożenia sieci WAN wynosił co najmniej 180 dni od dnia zawarcia umowy,

c)dokonanie modyfikacji § 7 ust. 11 projektu umowy w ten sposób, aby:

▪obniżyć wartość wymaganego ubezpieczenia OC do kwoty 2.500.000,00 euro,

▪wskazać, że wystarczające jest przedstawienie kopii polisy lub certyfikatu ubezpieczenia lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia, a dopiero w sytuacji, gdy termin płatności składki ubezpieczeniowej upłynął - również potwierdzenia opłacenia ubezpieczenia OC lub potwierdzenia braku zaległości w opłacaniu składek ubezpieczeniowych,

3.**oddala odwołanie** w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego podziału zamówienia na części,

4.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – CENTRALA w części 4/5 i odwołującego T-Mobile Polska S.A. w części 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 odwołującego 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 na rzecz odwołującego kwotę 14 880 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą 4/5 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez

odwołującego.

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 3811/23

Sygn. akt: KIO 3813/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – CENTRALA, ul. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi Eksploatacji i Utrzymania Sieci Wan”, numer referencyjny: 0000-ZP.261.18.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.12.2023 r., nr Dz.U. S: 237/2023 00746100-2023.

W dniu 18.12.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

A.Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (dalej: „Odwołujący Netia”) - KIO 3811/23,

B.T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (dalej: „Odwołujący T-Mobile”) - KIO 3813/23.

Odwołanie Netia – sygn. akt KIO 3811/23.

Odwołujący Netia zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w § 4 ust. 2 lit. a) wzoru umowy zamieszczonego w rozdziale II SWZ (termin uruchomienia usługi) w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie,
- 2) art. 99 ust. 4 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w § 4 ust. 2 lit. a) wzoru umowy zamieszczonego w rozdziale II SWZ (termin uruchomienia usługi) w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję,
- 3) art. 133 ust. 1 i 3, art. 18 ust. 1, 2, 3 i 4 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zaniechanie udostępnienia pełnej treści SWZ wraz załącznikami na stronie internetowej prowadzonego postępowania pomimo, że informacje utajnione nie mają charakteru poufnego, a w konsekwencji, naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na fakt, że jedynie wykonawca aktualnie realizujący umowę miał pełną wiedzę o wszystkich okolicznościach wpływających na sporządzenie oferty od dnia ogłoszenia, zaś w razie zmiany tych dokumentów lub pytań do SWZ będzie miało nich wiedzę we wcześniejszym etapie aniżeli pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu,
- 4) art. 16 ust. 1 i 3, art. 17 ust. 1 i 2 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający sformułował w pkt VIII ust. 1 pkt 3), lit A, lit b) SWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieuzasadniony jego specyfiką oraz naruszający uczciwą konkurencję i równego traktowanie wykonawców, a także sprzeczny z zasadą efektywności udzielanych zamówień,
- 5) art. 99 ust. 1, 2, 4, 5, 6 oraz art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia sposobem niejednoznaczny niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez wskazanie technologii konkretnego producenta, braku możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych i w sposób naruszający zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający:
 - a) opisał funkcjonalności, o których mowa w Rozdziale 14 w pkt. 14.2.2.3 ppkt. 2, 3, 41, 42; w pkt. 14.2.2.5 ppkt. 2, 3, 44, 45 i w pkt. 14.2.2.6 ppkt. 2, 43, 44 OPZ, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wskazanie technologii DSP producenta CISCO, bez możliwości zastosowania równoważnego rozwiązania,
 - b) wymaga wyposażenia każdego urządzenia, opisanego w OPZ stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ, w konkretne zasoby pamięci RAM, podczas gdy brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających te wymagania do realizacji zamawianej usługi,
- 3) art. 99 ust. 1 i 2 Ustawy oraz art. 436 pkt 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminów rozpoczęcia świadczenia serwisu, o którym mowa w Rozdział 2 pkt. 2.2. ppkt 23, 24, i 25 OPZ datą sztywną (kalendarzową), od której liczony jest termin początkowy podczas, gdy brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających zaniechanie określenia tych terminów w inny sposób niż liczonego w dniach lub miesiącach od daty zawarcia umowy a także w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako

terminów zbyt krótkich,

7) art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, w zakresie w jakim Zamawiający przewidział w:

- a) § 12 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy zamieszczonego w rozdziale II SWZ możliwość odstąpienia w przypadku zwłoki w wykonaniu przełączenia min. 85% lokalizacji z załącznika nr 2 z łączy tymczasowych na łącza docelowe, o więcej niż 3 dni robocze,
- b) § 12 ust. 4 lit a) wzoru umowy zamieszczonego w rozdziale II SWZ możliwość odstąpienia w przypadku, gdy łączna wartość kar umownych, do których żądania uprawniony jest Zamawiający w przypadkach określonych w Umowie, a które to kary powstały z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz wartość wynikających z Umowy bonifikat, przekroczy 5% wartości całkowitego maksymalnego wynagrodzenia z podatkiem VAT.

W szczególności Odwołujący Netia wskazał, co następuje.

„1. Zarzuty opisane w pkt 1 i 2 petitum odwołania

(...) Zgodnie z § 4 ust. 2 lit a) Umowy, w ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca jest zobowiązany w terminie 3 miesięcy od daty zawarcia Umowy do realizacji wdrożenia sieci WAN, tj. wykonania wszystkich działań niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia Usług opisanych w Załączniku nr 4 do Umowy. (...)

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 180 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do wszystkich lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do 275 miejscowości zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Do większości lokalizacji należy zestawić 2 porty MPLS jednocześnie zachowując rozdzielność dróg.

Wskazany powyżej okres, determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 14 dni), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 90 dni), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 60 dni), zamówienia materiałów i urządzeń (minimum 13 tygodni, czas ten może się jednak wydłużyć nawet do 16 tygodni), wykonania prac budowlanych (minimum 4 tygodnie) 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. (...)

Wskazać również należy, że w analogicznych postępowaniach, o skali zbliżonej do analizowanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający przewidzieli 6 miesięczne terminy realizacji wdrożenia. (...)

Wykonawcą, który wdrożył i utrzymuje sieć WAN u Zamawiającego, jest Orange Polska S.A. Z tych względów, oczywistym jest fakt, że wiedza Orange Polska S.A. co do infrastruktury Zamawiającego w zakresie objętym Postępowaniem jest nieporównywalnie większa aniżeli wszystkich innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Orange Polska S.A. jest w stanie, jako jedyny wykonawca, wdrożyć usługi w terminach określonych w SWZ, bowiem posiadając szczegółowe informacje dotyczące infrastruktury Zamawiającego oraz wybudowane już łącza, ma możliwość wcześniejszego przygotowania odpowiednich zasobów w tym zakresie. (...)

2. Zarzuty opisane w pkt 3 petitum odwołania

Zamawiający zastrzegł poufność plików z wymaganymi parametrami oraz wyposażeniem poszczególnych lokalizacji powołując się na ich poufny charakter. W konsekwencji, działając zgodnie z procedurą opisaną w SWZ, polegającą na konieczności złożenia wniosku o udostępnienie wraz z oświadczeniem o zachowaniu poufności a następnie jego rozpatrzeniem przez Zamawiającego, wykonawcy (inni niż Orange Polska S.A. który aktualnie realizuje umowę) mieli utrudniony dostęp do dokumentacji Postępowania i krótszy czas na przygotowanie oferty. Jest to istotne również na dalszym etapie Postępowania, bowiem wszelkie wyjaśnienia lub modyfikacje zastrzeżonych dokumentów, Odwołujący będzie otrzymywał z opóźnieniem. (...)

3. Zarzuty opisane w pkt 4 petitum odwołania

Zgodnie z pkt VIII ust. 1 pkt 3), lit A, lit b) SWZ, Zamawiający wymaga aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje „usługę polegającą na wdrożeniu i świadczeniu przez co najmniej 1 rok usług systemu telefonii IP składającego się z co najmniej 2000 telefonów IP w środowisku sieci WAN, składającym się z co najmniej 90 węzłów rozproszonych geograficznie (w rozumieniu różnych miejscowości)”.

W ocenie Odwołującego, konieczność wykazania zrealizowania ww. usługi nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia z punktu widzenia oceny wiarygodności wykonawcy realizującego zamówienie. Należy podkreślić, że Odwołujący jest wiodącym dostawcą i podmiotem świadczącym usługi telefonii IP w Polsce, o czym świadczy m.in. 3

500 projektów w tym zakresie zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych i prywatnych i 80 000 obsługiwanych lokalizacji, a pomimo tak wielkiego doświadczenia nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu.

Co więcej, jedynym wykonawcą, który jest zdolny spełnić ten warunek jest Orange Polska S.A. (...)

4. Zarzuty opisane w pkt 5 petitum odwołania – NINIEJSZY PUNKT DOTYCZY INFORMACJI POUFNYCH, KTÓRE ODWOŁUJĄCY OTRZYMAŁ NA WNIOSEK

Taka sytuacja zachodzi natomiast w Postępowaniu, gdzie Zamawiający tak sformułował niektóre wymagania funkcjonalne, że ich realizacja jest możliwa jedynie przy wykorzystaniu technologii Cisco, co nie znajduje żadnego uzasadnienia z punktu widzenia możliwości realizacji umowy a ponadto prowadzi do uprzywilejowania wykonawcy aktualnie realizującego umowę z Zamawiającym. (...)

Zapis ten wskazuje na urządzenie typu router, które jednocześnie powinno pełnić funkcje centrali telefonicznej i routera sieci IP VPN. Funkcjonalności opisane w Rozdziale 14 pkt. 14.2.2.5 ppkt. 44 można zapewnić poprzez wykorzystanie dwóch rozdzielnych urządzeń. Urządzenia typu „router” mają architekturę nie stosowaną przez innych producentów niż, jak w tym przypadku, CISCO dla celów realizacji systemu transmisji danych WAN oraz integracji w tym samym urządzeniu podsystemów systemu telefonii IP. (...) Przedmiot zamówienia może zostać zrealizowany poprzez zastosowania architektury równoważnej, innej niż opisywana przez Zamawiającego - poprzez zastosowanie separacji urządzeń realizujących równoważne funkcjonalności. (...)

Dodatkowo zamawiający opisał urządzenia sieciowe opierając się na architekturze szczegółowej np. ilości pamięci RAM i Flash (pamięć stała). Zapotrzebowanie na pamięć jest zależne od producenta rozwiązania oraz stosowanych przez niego algorytmów i nie powinno być przedmiotem wymagań. Zamiast tego, Zamawiający powinien zawrzeć w OPZ informacje o wymaganiach funkcjonalnych stawianym tymże urządzeniom i które to są opisane w kolejnych punktach OPZ.

5. Zarzuty opisane w pkt 6 petitum odwołania

Zgodnie z Rozdziałem 2 pkt. 2.2. ppkt 23, 24, i 25 OPZ „W ramach zamówienia Wykonawca wykupi licencje na posiadane przez Zamawiającego urządzenia wyszczególnione w załączniku nr 3 do Umowy. Zakupione licencje na switchy muszą pozwalać na integrację switchy z wyspecyfikowanym systemem do zarządzania i monitorowania sieci kampusowej SZMK oraz z nowo dokupowanymi switchami. Rozpoczęcie świadczenia serwisu rozpocznie się od 05.02.2024r. i będzie trwało do końca umowy.”

Taki sposób wyznaczenia terminu pozostaje w sprzeczności z art. 436 pkt 1 Ustawy (...)

6. Zarzuty opisane w pkt 7 petitum odwołania

Zgodnie z § 12 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy zamieszczonego w rozdziale II SWZ, *W przypadku zwłoki w wykonaniu (...) 2) przełączenia min. 85% lokalizacji z załącznika nr 2 z łączy tymczasowych na łącza docelowe, o więcej niż 3 dni robocze Zamawiający ma prawo do odstąpienia z winy Wykonawcy w terminie 60 dni od zaistnienia okoliczności uzasadniającej odstąpienie”.*

Zgodnie zaś z § 12 ust. 4 lit. a) wzoru umowy zamieszczonego w rozdziale II SWZ, *za nienależyte wykonywanie usług lub naruszenie postanowień Umowy, które uzasadnia odstąpienie od Umowy z winy Wykonawcy, może być uznana w szczególności „sytuacja, gdzie łączna wartość kar umownych, do których żądania uprawniony jest Zamawiający w przypadkach określonych w Umowie, a które to kary powstały z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz wartość wynikających z Umowy bonifikat, przekroczy 5% wartości całkowitego maksymalnego wynagrodzenia z podatkiem VAT”.* (...) Mając na uwadze krótki termin wyznaczony na przełączenie lokalizacji z Załącznika nr 2 z łączy tymczasowych na łącza docelowe, możliwość odstąpienia w przypadku 3 dniowej zwłoki jest niewspółmierną sankcją w stosunku do przewinienia.

Podobnie, osiągnięcie progu 5% wartości wynagrodzenia w przypadku naliczenia kar i bonifikat, przy tak krótkich terminach realizacji umowy i wymagającym SLA narusza równowagę stron umowy wzajemnej i zasady współzycia społecznego. (...)

W związku z tym Odwołujący Netia wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób określony w odwołaniu, w tym w zakresie zarzutu dotyczącego terminu uruchomienia usługi w następujący sposób:

określenie terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w § 4 ust. 2 lit. a) wzoru umowy zamieszczonego w rozdziale II SWZ (termin uruchomienia usługi) na 180 dni, zgodnie z poniższą propozycją:

„W ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca wykona w szczególności następujące działania:

a) w terminie do 180 dni, licząc od dnia zawarcia Umowy zrealizuje wdrożenie sieci WAN, tj. wykona wszystkie działania, niezbędne do rozpoczęcia świadczenia niżej wymienionych Usług (zgodnie z opisem w Załączniku nr 4 do umowy):

- transmisji danych w sieci IP VPN,*
- dostępu do sieci Internet,*
- dostępu do punktu styku z instytucjami zewnętrznymi,*

- bezpiecznego, zdalnego dostępu do sieci WAN,
 - elementy usługi bezpieczeństwa sieci: IPS (wraz z zaimportowaniem wszystkich reguł przekazanych przez Zamawiającego), DDoS oraz 802.1x,
 - system monitoringu,
 - oraz inne wynikające z Załącznika nr 4,
- zakończone podpisaniem Protokołu Odbioru Wdrożenia (zgodnie z zapisami dotyczącymi odbiorów)".

Odwołanie T-Mobile – sygn. akt KIO 3813/23

Odwołujący T-Mobile zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 131 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert w postępowaniu, nieuwzględniającego złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia, czasu niezbędnego do jej przygotowania i złożenia, ograniczającego konkurencję i w sposób negatywny wpływającego na realizację zasad równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności,
- 2)art. 91 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części tj. usługi sieci WAN, usługi telefonii IP i usług dot. bezpieczeństwa, a w konsekwencji ograniczenie konkurencji i uniemożliwienie złożenia oferty mniejszym wykonawcom oraz doprowadzenie do sytuacji, że ofertę w postępowaniu jest w stanie złożyć tylko wykonawca aktualnie świadczący usługi, podczas gdy na rynku działa wiele podmiotów, które byłyby w stanie zrealizować poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia,
- 3)art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdz. I ust. VIII pkt 1 ppkt 3 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, pomimo że brak jest uzasadnienia merytorycznego dla wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wdrożenia i świadczenia usług systemu telefonii IP składającego się z aż 2000 telefonów IP, a liczba węzłów w środowisku sieci WAN nie ma wpływu na zdolność wykonawcy do realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia, a w konsekwencji ograniczenie konkurencji w postępowaniu do podmiotu aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego,
- 4)art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie rozdziału II SWZ – Projektowane postanowienia umowy (dalej jako: „PPU”) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia 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 wdrożenia sieci WAN,
- 5)art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie PPU w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim:
 - a.Zamawiający w ust. 6 załącznika nr 5 do umowy – SLA i procedury obsługi technicznej (dalej jako: „załącznik nr 5 do PPU”) wbrew regulacjom art. 433 pkt 1 ustawy Pzp przewidział kary umowne w formie bonifikat za niedotrzymanie parametrów jakości świadczenia usług liczone za opóźnienie, a nie za zwłokę,
 - b.Zamawiający w § 9 ust. 3, 5, 7, 8 PPU przewidział rażąco wygórowane kary umowne, a w ust. 6 załącznik nr 5 do umowy – SLA i procedury obsługi technicznej (dalej jako: „załącznik nr 5”) rażąco wygórowane kary umowne w formie bonifikat;
 - c.Zamawiający niejednoznacznie określił limit kar umownych wskazany § 9 ust. 9 PPU wobec tego wątpliwości budzi, czy limit ten dotyczy również kar umownych w formie bonifikat, wskazanych w załączniku nr 5 do PPU, ewentualnie, jeżeli limit ten nie dotyczy bonifikat – w zakresie, w jakim Zamawiający wprowadził dwa odrębne limity odpowiedzialności wykonawcy - dla kar umownych w § 9 ust. 9 PPU i dla kar umownych w formie bonifikat, o których mowa w ust. 6 załącznika nr 5 – w § 9 ust. 12 PPU, przy czym limit, o którym mowa w § 9 ust. 12 PPU nie spełnia wymagań określonych w art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie określa łącznej maksymalnej wysokości bonifikat, a jedynie limit miesięczny,
 - d.Zamawiający nie wprowadził w § 9 wzoru umowy procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia bonifikat oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem,
 - e.Zamawiającemu zgodnie z § 12 ust. 3 pkt 1 PPU przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy, bez wypłacenia Wykonawcy wynagrodzenia, w przypadku, gdy dojdzie do opóźnienia wykonania wdrożenia sieci WAN o więcej niż 7 dni roboczych,
 - f.Zamawiający w § 7 ust. 10 PPU przewidział obowiązek wykonawcy objęcia ubezpieczeniem urządzeń ubezpieczenie

podczas gdy konstrukcja tego postanowienia powoduje, że:

- nie wiadomo o jakie urządzenia chodzi – czy Zamawiający stawia ten wymóg w stosunku do urządzeń udostępnionych przez Zamawiającego, czy również urządzeń Zamawiającego, jeżeli tak to jakich,
- w sytuacji gdy chodzi o urządzenia Zamawiającego - nie określił wartości tych urządzeń, co uniemożliwia oszacowanie kosztów wymaganego ubezpieczenia,

g.Zamawiający w § 7 ust. 11 PPU przewidział obowiązek posiadania przez wykonawcę ubezpieczenie OC na kwotę nie mniejszą niż całkowite wynagrodzenie brutto, określone w § 2 ust. 1 Umowy, co czyni to wymaganie nadmiernym i nieproporcjonalnym w stosunku do pozostałych form zabezpieczenia interesów Zamawiającego,

h.Zamawiający w § 7 ust. 11 PPU przewidział obowiązek złożenia potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii dowodu opłacenia ubezpieczenia OC, podczas gdy zgodnie z powszechnie obowiązującym standardem to kopii polisy lub certyfikatu ubezpieczenia lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia stanowi potwierdzenie ochrony ubezpieczeniowej, Zamawiający nie wziął pod uwagę, że nawet pomimo nieopłacenia składki (w sytuacji gdy termin płatności jeszcze nie upłynął) ochrona ubezpieczeniowa obowiązuje,

6)art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1, art. 462 ust. 1, art. 463, art. 464 ust. 1, 2, 8 i 10 oraz art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w § 8 ust. 6, 8, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19 PPU daleko posuniętej ingerencji Zamawiającego w stosunki pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w szczególności poprzez wymaganie: uzyskania zgody Zamawiającego na powierzenie podwykonawcy usług innych niż wskazane w ofercie, akceptacji przez Zamawiającego treści umowy z podwykonawcą, uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą i jej zmianę, uzależnienia wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy od uregulowania jego należności wobec podwykonawców, podczas gdy ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest jedynie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane - nie zaś umów na realizację usług - a nawet wówczas, w zakresie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, ingerencja ta może dotyczyć wyłącznie kwestii wskazanych w art. 464 ust. 3 ustawy Pzp,

7)art. 436 pkt 1 Pzp poprzez wskazanie konkretnej daty do kiedy mają zostać zrealizowane warsztaty, o których mowa w pkt 23 załącznika nr 4 do Umowy - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia („dalej jako: „SOPZ”) zamiast określenia terminu realizacji tej części usługi w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, w sytuacji, gdy nie wynika to z obiektywnych przyczyn,

8)art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz uniemożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim:

a.w §18 ust. 5 PPU zastrzeżono, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzeniaw wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto, określonej w § 2 ust. 1 mimo, że z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 5 lat, jest wysoce prawdopodobne, że wzrost kosztów związanych z wykonaniem zamówienia przekroczy zakładany przez Zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiłoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy Pzp,

b.w § 18 ust. 5 PPU, wskazano, iż zmiana rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, mniejsza niż 7 % w stosunku do poprzedniego roku, nie będzie stanowiła dla Stron podstawy do ubiegania się o zmianę wysokości wynagrodzenia.

W szczególności Odwołujący T-Mobile wskazał, co następuje.

„2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 grudnia 2023 r. W tym dniu Zamawiający opublikował jednak na platformie, na której prowadzi postępowanie jedynie część dokumentów zamówienia. Zgodnie z rozdz. I ust. IV pkt 4 SWZ najistotniejsza i najbardziej obszerna część dokumentów – Opis przedmiotu zamówienia oraz wymagane parametry i wyposażenie poszczególnych lokalizacji zostały udostępnione dopiero na wniosek Odwołującego w dniu 12 grudnia 2023 r. Dopiero 12 grudnia 2023 r. Odwołujący mógł rozpocząć faktyczną analizę wymagań Zamawiającego. Wobec tego, czas jaki Odwołujący faktycznie ma na analizę dokumentacji i przygotowanie oferty to zaledwie 19 dni roboczych.

3. Udostępnione dopiero na wniosek załączniki do PPU w rzeczywistości nie stanowią dokumentów o poufnym charakterze. Jest to wyłącznie zabieg mający na celu utrudnienie wykonawcom weryfikacji dokumentów. W poprzednim postępowaniu o analogicznym przedmiocie Zamawiający również utajnił OPZ i udostępnił go dopiero na wniosek wykonawcy powołując się na zawarte w nim informacje poufne. Jednocześnie przed wszczęciem postępowania Zamawiający w odpowiedzi na wniosek złożony w trybie dostępu do informacji publicznej udostępnił przedmiotowe

dokumenty osobie, która nie była wykonawcą w tamtym postępowaniu. OPZ z 2018 i SOPZ z 2023 r. są podobne, skoro Zamawiający bez problemu udostępnił OPZ z 2018 r., to niezrozumiałym jest dlaczego nie można było udostępnić również analogicznego załącznika dot. Postępowania od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. (...)

4. Z uwagi na konstrukcję załącznika nr 8 do SWZ - Wniosek o udostępnienie plików i zobowiązanie nałożone na wykonawcę w pkt 3 lit. a) tego załącznika – zobowiązanie do zachowania w tajemnicy informacji zawartych w dokumentacji, wątpliwości Odwołującego budziło, czy jest on uprawniony do udostępniania OPZ swoim podwykonawcom, w celu umożliwienia im analizy na potrzeby przygotowania odwołania i oferty. Z uwagi na te wątpliwości Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o potwierdzenie, że takie udostępnienie jest możliwe i że będzie to traktowane jako dokonane w ramach „przygotowania oferty”. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie udzielił jednak odpowiedzi na ten wniosek. Jest to okoliczność, która dodatkowo utrudnia weryfikację dokumentacji postępowania. Spowodowało to, że Odwołujący tak naprawdę nie był w stanie należycie zweryfikować wszystkich kwestii, które mogły stanowić podstawę zarzutów odwołania. Co więcej spowodowało to, że czas na przygotowanie oferty dodatkowo się skrócił. (...)

7. Zwracamy uwagę, że Postępowanie obejmuje 273 jednostki Zamawiającego rozsiane po całej Polsce. W każdej z tych lokalizacji wykonawca zobowiązany jest do wykonania 2 łączy spełniających wymagania wyspecyfikowane w SWZ. Biorąc pod uwagę, że budowa łączy to znaczący koszt, co więcej liczba łączy światłowodowych stanowi wysokopunktowane kryterium oceny ofert, to zasadne jest, aby wykonawca zweryfikował lokalizacje, w których te łącza mają zostać zapewnione. W rozdz. I ust. IV pkt 7 SWZ Zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia wizji lokalnych w każdej Lokalizacji. Zakładając nawet, że wizje będą przeprowadzane w każdym dniu roboczym pomiędzy terminem udostępnienia OPZ i wymagań dot. łączy a terminem składania ofert, to dziennie wykonawca byłby zmuszony zweryfikować 15 lokalizacji. Wizje można przeprowadzać tylko w godzinach 9:00-15:00. Wobec tego aby zdążyć do 12 stycznia 2024 r. jedna wizja lokalna mogłaby trwać maksymalnie 24 minuty, łącznie z dojazdem (pomijamy zupełnie czas analizy wyników tych wizji i ich uwzględniania w treści oferty). Powyższe pokazuje jak absurdalnie krótki i nieadekwatny do zakresu zamówienia jest czas pozostawiony wykonawcom na przygotowanie oferty. Z uwagi na to, że koszt budowy i zapewnienia prawie 550 łączy stanowi istotny element ceny oferty, niezbędne jest zweryfikowanie warunków technicznych na etapie wyceny oferty.

8. Dodatkowo zwracamy uwagę, że braki w SWZ i opisie przedmiotu zamówienia dodatkowo wydłużają procedurę przygotowania oferty. W § 7 ust. 10 PPU Zamawiający sformułował wymóg objęcia ubezpieczeniem urządzeń. Postanowienie to jest jednak na tyle nieprecyzyjne, że wykonawca nie jest w stanie określić jakich urządzeń to postanowienie dotyczy. W sytuacji, gdy Zamawiający wymaga, aby ubezpieczeniem objąć nie tylko urządzenia dostarczane przez wykonawcę, ale również urządzenia będące w dyspozycji Zamawiającego, istotne i niezbędne dla wyceny tego zakresu jest określenie przez Zamawiającego wartości tego sprzętu. Dopiero po przekazaniu listy urządzeń podlegających ubezpieczeniu wraz z określeniem ich wartości wykonawca będzie mógł przystąpić do wyceny tego zakresu. W tym celu wykonawca musi wystąpić do ubezpieczycieli o przekazanie ofert ubezpieczenia. Czas trwania takiej wyceny i propozycji ubezpieczenia to obecnie ok. 14 dni. Przy ustaleniu terminu składania ofert Zamawiający powinien uwzględnić również tę okoliczność. (...)

10. Poza weryfikacją lokalizacji, w których należy zapewnić łącza, przed złożeniem oferty wykonawca musi dobrać odpowiedni sprzęt spełniający wymagania Zamawiającego, uzyskać ofertę na wymagane licencje, przeprowadzić negocjacje z partnerami w celu zawarcia ewentualnej umowy konsorcjum, uzyskać i zweryfikować oferty od podwykonawców, zebrać i zweryfikować kadrę osób, które spełniają warunki udziału w postępowaniu. Co więcej wykonawca musi w tym czasie wnikliwie przeanalizować dokumentację postępowania, wycenić koszty świadczenia usług, przygotować pytania, zapoznać się z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami i ewentualnymi modyfikacjami oraz dostosować do nich swoją ofertę.

11. (...) Celem wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest złożenie oferty samej w sobie, ale oferty, która zostanie uznana za najkorzystniejszą - a więc poprawnej pod kątem zgodności z wymaganiami zamawiającego i prawidłowo wycenionej, jak i takiej, która zostanie najwyższej oceniona. Uzyskanie takiego efektu wymaga zaś stosownego przygotowania i czasochłonnych analiz. (...)

14. (...) Biorąc pod uwagę, że w poprzednim postępowaniu wpłynęła tylko jednak oferta, wykonawca aktualnie świadczący usługi mając świadomość, że tak krótki termin składania ofert uniemożliwia innym wykonawcom złożenie oferty, może dyktować Zamawiającemu cenę, narażając go, a co za tym idzie Skarb Państwa, na wydatki wyższe niż w przypadku, gdyby wykonawcy byli zmuszeni konkurować. (...)

16. Zgodnie z pierwotnym Planem postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023, postępowanie na usługi sieci WAN planowane było na 3 kwartał 2023 r., co dawało nadzieję, na uwzględnienie potrzeb wykonawców i otworenie postępowania również na innych wykonawców niż wykonawca aktualnie realizujący zamówienie. Zamawiający zwlekał jednak z ogłoszeniem Postępowania aż do 8 grudnia 2023 r., a zatem końcówki IV kwartału.

17. Zwracam również uwagę, że o rażąco późnym ogłoszeniu postępowania, które wpłynęło na krótki termin składania ofert i bardzo krótki termin wdrożenia usług, świadczy również sama treść SWZ. W § 4 ust. 2 lit. a) PPU Zamawiający przewidział 3 miesięczny termin wdrożenia sieci WAN. Jednocześnie w ust. 3 wskazał, że rozpoczęcie świadczenia Usług nastąpi nie wcześniej niż w dniu 5 lutego 2024 r. Zamawiający wszczął więc Postępowanie zaledwie na niecałe 2 miesiące przed upływem okresu obowiązywania aktualnej umowy. Świadczy to o tym, że Zamawiający od początku zakładał, że zamówienie trafi do wykonawcy aktualnie świadczącego usługi, dzięki czemu 3 miesięczny okres wdrożenia nie będzie potrzebny. (...)

19. W Analizie potrzeb i wymagań Zamawiający wskazał, że do ryzyk związanych z postępowaniem zalicza brak zakończenia postępowania o udzielenie zamówienie w planowanym terminie. (...) Zwracamy uwagę, że pomimo wyartykułowania tych obaw już w czerwca 2023 r. (Analiza została sporządzona 22 czerwca 2023 r.) Zamawiający nie zdecydował się na wcześniejsze wszczęcie Postępowania. Metodą Zamawiającego na zakończenie postępowania w planowanym terminie stało się ustalenie bardzo krótkiego terminu składania ofert oraz warunków zamówienia uniemożliwiających złożenie oferty większej liczbie wykonawców. (...)

VIII. Brak podziału na części.

(...) 3. Zamawiający wskazał, że „Zamówienie (...) jest jednorodne nie podlegające podziałowi ze względu na rodzaj świadczonych usług w ramach jednej usługi informatycznej”, „Zamówienie składa się z niemożliwych do wydzielania części”, oraz, że „rozdzielenie usługi groziłoby niedającymi się wyeliminować problemami organizacyjnymi”. Argumentacja ta jest całkowicie oderwana od rzeczywistości. Standardem na rynku jest, że poszczególne usługi będące przedmiotem Postępowania są właśnie wydzielane do oddzielnych części lub postępowań – usługi sieci WAN, telefonia IP, mechanizmy bezpieczeństwa. Jako przykłady wskazujemy: (...)

4. Zamawiający wskazał, z czym również nie sposób się zgodzić, że „podział przedmiotu zamówienia na zadania groziłby znaczącym zwiększeniem kosztów”. W sytuacji, gdy jeden wykonawca ma dostarczyć tak szeroki zakres usług jest on ograniczony tylko do rozwiązań mu znanych. Nie bierze on pod uwagę alternatywnych, tańszych rozwiązań, tym bardziej gdy jest podmiotem jawnie faworyzowanym. Wobec tego to uzależnienie się przez Zamawiającego od jednego wykonawcy grozi zwiększeniem kosztów i brakiem chęci ich optymalizacji po stronie wykonawcy.

5. Zamawiający uzasadnia brak podziału na części również tym, że „podział przedmiotu zamówienia na zadania groziłby (...) trudnościami technologicznymi wynikającymi z wykonywania przedmiotu zamówienia przez większą liczbę Wykonawców”, podczas gdy tak jak wskazano powyżej, w praktyce takie rozwiązania są powszechnie stosowane u innych zamawiających, w tym w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych, którego profil działalności jest zbliżony do Zamawiającego. Świadczy to o tym, że takie rozwiązania funkcjonują, co więcej w przeważającej części zamówień zamawiający decydują się właśnie na podział zamówień na części, a nie na łączenie tego typu usług w jedno zamówienie. Argument Zamawiającego jest więc zupełnie chybiony. (...)

7. (...) O ile w przypadku podziału poszczególnych rodzajów usług pomiędzy różnych wykonawców ewentualna awaria dotknęłaby tylko jednego rodzaju usług, o tyle w przypadku polegania wyłącznie na jednym wykonawcy, może to grozić paraliżem działania całej instytucji. Istotna i w pełni uzasadniona jest dywersyfikacja usług pomiędzy więcej niż jednego wykonawcę, a przynajmniej próba takiej dywersyfikacji poprzez podział przedmiotowego zamówienia na części odpowiadające największym usługom, które wchodzą w zakres tego zamówienia, tak aby umożliwić innym wykonawcom złożenie oferty i powołanie o uzyskanie zamówienia. (...)

IX. Warunek udziału w postępowaniu.

(...) 3. Sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nadmierny i nieuzasadniony. Brak jest bowiem uzasadnienia merytorycznego dla wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wdrożenia i świadczenia usług systemu telefonii IP składającego się z aż 2000 telefonów IP w środowisku sieci WAN składającym się z aż 90 węzłów rozproszonych geograficznie. Warunek ten w nieuzasadniony sposób eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do świadczenia usług objętych Postępowaniem, ale nie spełniają wymogu doświadczenia w świadczeniu usług o takiej skali - liczby telefonów IP i liczby węzłów. (...)

9. Liczba zamówień odpowiadających usłudze określonej w warunku, o tak dużej liczbie telefonów IP i lokalizacji, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, jest znacznie ograniczona. Jedynie najwięksi Zamawiający instytucjonalni zlecają realizację usług telefonii IP na taką skalę. Jako przykład w ostatnich 3 latach można wskazać zamówienie udzielone przez ZUS, które realizuje to samo konsorcjum, które jest wykonawcą aktualnej umowy i które jest ewidentnie faworyzowane w Postępowaniu. Wobec tego istnieje ryzyko, że tylko ten wykonawca będzie w stanie wykazać się doświadczeniem wymaganym w warunku udziału w postępowaniu. (...)

X. Termin wdrożenia sieci WAN, termin rozpoczęcia świadczenia usług.

(...) 5. Zamawiający określił następujące terminy dotyczące realizacji zamówienia: § 3 ust. 2 PPU

„W ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca wykona w szczególności następujące działania:

a) w terminie do 3 miesięcy, licząc od dnia zawarcia Umowy zrealizuje wdrożenie sieci WAN, tj. wykona wszystkie działania, niezbędne do rozpoczęcia świadczenia niżej wymienionych Usług (zgodnie z opisem w Załączniku nr 4 do umowy) [– załącznik ten został udostępniony dopiero na wniosek Odwołującego w dniu 12 grudnia 2023 r., czyli 4 dni po publikacji ogłoszenia o zamówieniu - przyp. wł.]: (...)

Zgodnie z § 3 ust. 3 PPU „Rozpoczęcie świadczenia Usług nastąpi nie wcześniej niż w dniu 5 lutego 2024 r. W przypadku, gdy podpisanie Protokołu Odbioru Wdrożenia nastąpi później niż 5 lutego 2024 r., rozpoczęcie świadczenia Usług nastąpi z dniem podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia albo w innym dniu wskazanym przez Zamawiającego, nie później jednak niż po 45 dniach od daty podpisania Protokołów Odbioru Wdrożenia.”

Wobec tego, jeżeli Postępowanie lub proces wdrożenia przedłużą się w ten sposób, że wdrożenie zakończy po 5 lutego 2024 r., to zgodnie z powyższym, rozpoczęcie świadczenia usług może się rozpocząć już w dniu podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia, a zatem maksymalnie 3 miesiące od daty zawarcia umowy.

7. W załączniku nr 1 do PPU – Dane teleadresowe jednostek organizacyjnych Zamawiającego, Zamawiający wskazał, że „struktura organizacyjna Zamawiającego obejmuje Centralę, 16 oddziałów regionalnych oraz podległe im placówki terenowe (w sumie 273 lokalizacje)”. Zamawiający wymaga ponadto, aby każda lokalizacja Zamawiającego była podłączona do sieci WAN KRUS dwoma łączami. Przy tak dużej skali przedsięwzięcia (liczba lokalizacji, ich rozlokowanie na terenie całego kraju, konieczność zapewnienia 2 łączów w każdej lokalizacji), czas potrzebny na skoordynowanie i zestawienie wszystkich lokalizacji dodatkowo się wydłuża.

8. Przewidziany przez Zamawiającego jedynie 3-miesięczny okres na wdrożenie sieci WAN jest okresem zbyt krótkim, zważywszy na zakres prac jakie należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Takie określenie terminu uruchomienia usług preferuje tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. (...)

9. (...) Z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że przy takich warunkach ofertę będzie w stanie złożyć tylko wykonawca obecnie je świadczący – konsorcjum wykonawców Orange Polska S.A. i Integrated Solutions sp. z o.o., a nawet jeżeli inny wykonawca zdecyduje się złożyć ofertę, to bez wątpienia oferta taka nie będzie konkurencyjna, gdyż będzie on musiał wliczyć w cenę oferty bardzo wysokie ryzyko kar umownych za niedotrzymanie terminu wdrożenia, a dodatkowo będzie ryzykował odstąpieniem od umowy (vide z § 12 ust. 3 pkt 1 PPU). (...)

13. 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 łącz. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Wobec tego czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łącz oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń, zezwoleń, uzgodnień. Budowa łącza światłowodowego jest procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy. Biorąc pod uwagę najbardziej typowy przypadek budowy linii światłowodowej, a 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. (...)

19. Wdrożenie sieci WAN KRUS poza wykonaniem odpowiedniej infrastruktury we wszystkich lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego obejmuje również dokonanie odbiorów – odrębnie dla każdej lokalizacji i przeprowadzenie testów odbiorczych - również odrębnie dla każdej lokalizacji. (...)

24. Uprzedzając argumentację Zamawiającego zwracamy uwagę, że przewidziana przez Zamawiającego w § 3 ust. 2 lit.

c) PPU możliwość świadczenia usługi na łączach tymczasowych o mniejszej przepustowości nie rozwiązuje przedmiotowego problemu.

a. W § 3 ust. 2 lit. c) PPU wskazano, że „w terminie do 6 miesięcy od wdrożenia sieci WAN, Wykonawca może świadczyć usługę na łączach tymczasowych o mniejszej przepustowości zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy. Po tym terminie wszystkie łącza muszą pracować z docelową przepustowością zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy oraz ofertą. (...)”

b. Zwracamy uwagę, że o ile takie rozwiązanie wydłuża czas na wybudowanie światłowodów, to jednocześnie podnosi ono znacząco koszty realizacji zamówienia. Wykonawca, który chciałby skorzystać z tego rozwiązania będzie bowiem zmuszony do budowy 2 rodzajów łącz – łączów tymczasowych (2 w każdej lokalizacji) i docelowych łączów światłowodowych o wymaganej przez Zamawiającego docelowej przepustowości (2 w każdej lokalizacji). Wobec tego wykonawca, który nie dysponuje gotową infrastrukturą będzie musiał ponieść koszty zapewnienia w każdej lokalizacji nie 2, a 4 łączów, przy czym po 6 miesiącach 2 z nich nie będą używane. Bez wątpienia podwyższy to cenę oferty czyniąc ją jednocześnie mniej konkurencyjną.

c. Istotne jest również, że w przypadku łączy o największej przepustowości – Centrala nie ma możliwości zapewnienia łączy tymczasowego o niższej przepustowości.

25. Istotne jest, że w poprzednim postępowaniu Zamawiający wskazał analogiczny termin rozpoczęcia świadczenia usług – 3 miesiące. W tym zakresie odwołań wniosło aż 2 z 3 największych operatorów działających na polskim rynku (Odwołujący i Netia S.A.). Krajowa Izba Odwoławcza uznała wówczas, że nie wykazano zasadności tego zarzutu. Zwracamy jednak uwagę, że o zasadności tego zarzutu świadczy już chociażby sam fakt, że te dwa podmioty, po oddaleniu przez KIO odwołań w tym zakresie, nie były w stanie złożyć ofert w poprzednim postępowaniu o analogicznym przedmiocie. Takie rozstrzygnięcie Izby skutkowało więc tym, że ofertę w Postępowaniu złożył tylko jeden wykonawca, którego oferta o 9.000.000 zł przekraczała budżet Zamawiającego. Wykonawcy ten – konsorcjum Orange Polska S.A. i Integrated Solutions sp. z o.o. dyktowało więc Zamawiającemu cenę. (...)

27. W tym terminie wykonawca będzie zobowiązany do wykonania wszystkich prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług, w tym transmisji danych w sieci IP VPN, dostępu do sieci Internet, dostępu do punktu styku z instytucjami zewnętrznymi, bezpiecznego, zdalnego dostępu do sieci WAN, elementy usługi bezpieczeństwa sieci: IPS (wraz z zaimportowaniem wszystkich reguł przekazanych przez Zamawiającego), DDoS oraz 802.1x, system monitoringu oraz innych wynikających z OPZ. (...)

29. Z powyższego wynika, że ok. 1,5 miesiąca (z 3 miesięcy jakie ma wykonawca na wdrożenie) będzie trwało stworzenie i uzgadnianie projektu wdrożenia. Wobec tego wykonawca będzie miał zaledwie 1,5 miesiąc na zrealizowanie elementów przewidzianych w projekcie wdrożenia i uwzględnienie podczas wdrożenia uwag Zamawiającego (zgłoszonych na 1,5 miesiące przed upływem przewidzianego w SWZ okresu wdrożenia). (...)

XI. Zastrzeżenie bonifikat na wypadek „opóźnienia”.

1. W ust. 6 załącznika nr 5 do umowy Zamawiający przewidział kary umowne w formie bonifikat za niedotrzymanie parametrów świadczenia usług, przy czym bonifikaty te przewidziano za opóźnienie. (...)

3. Taka konstrukcja bonifikat, które są de facto karami umownymi jest sprzeczna z art. 433 pkt 1 Pzp, który stanowi, że postanowienia umowy przewidujące karę umowną za opóźnienie stanowią klauzulę abuzywną. Okoliczności i zakres zamówienia nie uzasadniają w tej sytuacji odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie. (...)

XII. Wysokość kar umownych i bonifikat, termin realizacji warsztatów.

1. Zamawiający w § 9 PPU przewidział szereg bardzo wysokich kar umownych, z czego kary umowne przewidziane w ust. 3, 5, 7, 8 są rażąco wygórowane. W ust. 6 załącznika nr 5 do umowy Zamawiający przewidział ponadto szereg rażąco wygórowanych kar umownych w formie bonifikat.

2. W § 4 ust. 2 lit. c) PPU wskazał, że „w terminie do 6 miesięcy od wdrożenia sieci WAN, Wykonawca może świadczyć usługę na łączach tymczasowych o mniejszej przepustowości zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy. Po tym terminie wszystkie łączy muszą pracować z docelową przepustowością zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy oraz ofertą.” Jednocześnie w § 9 ust. 3 PPU Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 5 000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przypadku niezwiększenia parametrów łączy tymczasowych do ich parametrów docelowych, przy czym kara ta będzie naliczana dla każdej lokalizacji osobno. (...)

3. Rażąco wygórowana ze względu na jej wysokość jest również kara przewidziana w § 9 ust. 5 i 7 PPU. Kary określone w tych postanowieniach umowy są nieadekwatne do naruszeń, za które zostały one przewidziane (...)

4. Kara umowna przewidziana w ust. 8 – „w wysokości 80.000,00 zł za brak realizacji warsztatów opisanych w pkt 23 Załącznika nr 4 do Umowy.” również została określona na abstrakcyjnie wysokim poziomie. (...)

5. Również kary umowne w formie bonifikat za niedotrzymanie parametrów świadczenia usługi przewidziane w ust. 6 załącznika nr 5 do umowy są rażąco wygórowane i powinny zostać obniżone. Tak sformułowane postanowienia dot. bonifikat i pozostałych kar umownych powodują nadmierną nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. Kary umowne tracą charakter dyscyplinujący i stają się de facto źródłem dochodu Zamawiającego. (...)

XIII. Limit odpowiedzialności wykonawcy.

1. Poza karami umownymi przewidzianymi w § 9 PPU, w załączniku nr 5 do PPU Zamawiający wskazał „Za niedotrzymanie parametrów jakości świadczenia usług Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne, w formie bonifikat.”

2. W § 9 ust. 9 PPU Zamawiający wskazał, iż: „Całkowita łączna wysokość kar umownych naliczonych w trakcie realizacji Umowy nie może przekroczyć 40% wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 Umowy”. Jednocześnie w § 9 ust. 12 PPU Zamawiający wskazał „Wysokość bonifikat naliczonych za dany miesiąc nie może przekroczyć kwoty miesięcznego wynagrodzenia za ten miesiąc.”

3. Określony przez Zamawiającego limit odpowiedzialności jest nieprecyzyjny – przy takiej konstrukcji powyższych postanowień nie wiadomo czy limit, o którym mowa w § 9 ust. 9 PPU obejmuje również kary umowne w formie bonifikat określone w załączniku nr 5 do PPU. (...)

XIV. Brak procedury reklamacyjnej w zakresie bonifikat.

1. W pkt 6.1. zd. 1 załącznika nr 5 do PPU Zamawiający wskazał, że „Za niedotrzymanie parametrów jakości świadczenia usług Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne, w formie bonifikat.” O ile w § 9 ust. 10 PPU przewidziano procedurę reklamacyjną dot. kar umownych, o których mowa w § 9 ust. 1-8 PPU, o tyle procedura tą nie objęto kar umownych w formie bonifikat, przewidzianych w ust. 6 załącznika nr 5 do PPU. (...)

XV. Uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki w wykonania wdrożenia sieci WAN o więcej niż 7 dni.

1. W art. 12 ust. 3 pkt 1 PPU, Zamawiający przyznał sobie prawo odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki w wykonania wdrożenia sieci WAN o więcej niż 7 dni roboczych. Jest to postanowienie, które nadmiernie obciąża Wykonawcę i narusza zasady współzycia społecznego biorąc pod uwagę krótkie terminy realizacji wdrożenia sieci WAN przewidziane przez Zamawiającego. (...)

XVI. Ubezpieczenie urządzeń.

2. Powyższe wymaganie jest niejasne – z jednej strony Zamawiający wymaga ubezpieczenia „udostępnionych Zamawiającemu urządzeń”, a zatem urządzeń, które dostarczał będzie wykonawca, z drugiej zaś strony wskazuje na ubezpieczenie „całości sprzętu znajdującego się w lokalizacjach Zamawiającego”. Biorąc pod uwagę, że w ramach zamówienia wykonawca ma dostarczyć np. 602 telefony IT, a Zamawiający dysponuje jednocześnie własnymi telefonami IP w ilości 6473 sztuk, to istotne znacznie pod kątem kosztów ma, czy ubezpieczenie ma obejmować wyłącznie urządzenia, które dostarcza wykonawca (co byłoby rozwiązaniem racjonalnym), czy również urządzenia, które Zamawiający już posiada. Jest to zupełnie inny rząd wielkości. (...)

XVII. Ubezpieczenia OC na etapie realizacji zamówienia.

1. Zgodnie z § 7 ust. 11 PPU „Wykonawca oświadcza, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej objętej przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż całkowite wynagrodzenie brutto, określone w § 2 ust. 1 Umowy. Potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia dowodu opłacenia ubezpieczenia OC (zostanie uzupełnione zgodnie z formą dokumentu Wykonawcy) stanowi Załącznik nr 13 do Umowy. Wykonawca jest zobowiązany do posiadania ochrony ubezpieczeniowej na poziomie ustalonym w zdaniu pierwszym, w całym okresie obowiązywania Umowy.” Wymaganie to jest nadmierne w zakresie wysokości żądanej sumy gwarancyjnej – kwota odpowiadająca wysokości maksymalnego wynagrodzenia brutto. Tak sformułowane wymaganie, pomimo że polisa wymagana jest dopiero na etapie realizacji zamówienia, staje się de facto warunkiem udziału w postępowaniu, którego niespełnianie blokuje wykonawcy drogę do udziału w postępowaniu i konkutowaniu z innymi wykonawcami, pomimo że posiadany potencjał i doświadczenia mu to umożliwiają.

2. Kwestionowany wymóg ma charakter dyskryminujący. Żądając od wykonawcy wykazania, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może określać sumy gwarancyjnej ubezpieczenia na poziomie, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, tj. czyniłby możliwym uzyskanie ubezpieczenia OC jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców. Zgodnie z Planem postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023 orientacyjna wartość zamówienia to 53.658.536,59 zł netto, czyli ok. 66.000.000,00 zł brutto. Wobec tego, zakładając, że ceny ofert będą zbliżone do wartości zamówienia (choć biorąc po uwagę poprzednie postępowanie i złożoność przedmiotu zamówienia, to istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że będą one wyższe – w poprzednim postępowaniu cena jedynej oferty wynosiła prawie 100.000.000,00 zł), to wykonawca musiałby posiadać na etapie realizacji zamówienia polisę OC opiewającą na taką kwotę. Nawet duże podmioty, jak Odwołujący, pomimo skali prowadzonej działalności nie są ubezpieczone od odpowiedzialności cywilnej na tak olbrzymie sumy. Wymóg posiadania polisy OC o wartości odpowiadającej wartości brutto umowy nie jest standardem na rynku zamówień publicznych, jest to wręcz odosobniony przypadek, tym bardziej w sytuacji, gdy wartość zamówienia sięga tak ogromnych kwot.

4. Biorąc pod uwagę, że jednocześnie Zamawiający wymaga objęcia ubezpieczeniem urządzeń udostępnionych Zamawiającemu, co najmniej od następujących ryzyk: zalanie, pożar, kradzież, uszkodzenia sieci energetycznej, katastrofa budowlana, klęski żywiołowe i katastrofy naturalne oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia z podatkiem VAT, to bezzasadne jest żądanie ubezpieczenia OC wykonawcy opiewającego na tak dużą sumę gwarancyjną. Wysokość sumy gwarancyjnej należy odnosić do wysokości potencjalnej szkody, która może być wyrządzona przy realizacji zamówienia. Realizacja przedmiotowego zamówienia bez wątpienia nie jest obarczona ryzykiem wyrządzenia szkody na kwotę rzędu ok. 66.000.000 zł. Zamawiający w jakikolwiek sposób nie uzasadnił z czego wynika wysokość żądanej polisy OC. (...)

8. Na potwierdzenie posiadania polisy OC Zamawiający wymaga złożenia potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii dowodu opłacenia ubezpieczenia OC. Zwracam uwagę, że jest to wymóg zupełnie oderwany od standardów rynkowych. Potwierdzeniem posiadania ubezpieczenia jest polisa OC lub certyfikat OC lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia, a nie potwierdzenie opłacenia składki. Standardem jest bowiem, że polisa jest wystawiana z odroczonym terminem płatności składki ubezpieczeniowej. Wobec tego może dojść do sytuacji, gdy polisa zostanie już wystawiona i

będzie obowiązywała, ale nie zostanie ona jeszcze opłacona. Zamawiający nie może uniemożliwiać wykonawcy skorzystania z przysługującego mu terminu płatności. (...)

9. (...) Sformułowany przez Zamawiającego wymóg przedkładania kopii odnowionej polisy na 14 dni przed wygaśnięciem poprzedniej polisy jest nadmierny i nieadekwatny do warunków rynkowych.

10. Operatorzy telekomunikacyjni są w większości przypadków członkami grup kapitałowych i bardzo często korzystają oni z ubezpieczeń grupowych. Wskazać należy, że w przypadku wykonawców objętych ubezpieczeniem grupowym przesłanie na 14 dni przed terminem wygaśnięcia dotychczasowej polisy, dokumentu odnowionej polisy nie jest możliwe, gdyż nowe warunki negocjowane są w ramach całej grupy kapitałowej, a zatem wymaga to czasu. Na okres „przejściowy” pomiędzy polisami wystawiany jest w takiej sytuacji dokument potwierdzający istnienie ochrony ubezpieczeniowej. W takim przypadku wykonawca nie dysponuje polisą, ale ciągłość ubezpieczenia jest zachowana, a tym samym interes Zamawiającego jest zabezpieczony. Tego typu praktyka jest powszechnie stosowana na rynku.

XVIII. Ingerencja w stosunki z podwykonawcami.

2. Zamawiający określił liczne postanowienia daleko ingerujące w stosunki między wykonawcą a podwykonawcami, co stanowi wymóg nadmiernie ograniczający swobodę wykonawcy do kształtowania własnych stosunków umownych, jak również nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. (...)

3. Ingerencja Zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest wyłącznie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane, nie zaś przy zamówieniu na realizację usług. Wniosek taki wynika z treści art. 464 Pzp (oraz art. 437 ust. 1 Pzp), który przewiduje szczególne wymogi co do podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, takie jak obowiązek uzyskiwania zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, obowiązek przedłożenia projektu takiej umowy zamawiającemu, czy też wymogi dotyczące konieczności uwzględnienia w treści umowy konkretnych postanowień. (...)

XIX. Klauzula waloryzacyjna.

(...) 4. Określenie poziomu zmiany kosztów uprawniającego wykonawcę do waloryzacji na poziomie 7% nie pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 PZP, bowiem nie zapewnia równowagi stron na wystarczającym poziomie. (...) Taki poziom zmian kosztów oznacza, że przed możliwą waloryzacją, dojdzie do „pochłonięcia” niemalże całej marży zakładanej przez wykonawców w tego rodzaju kontraktach, bez możliwości uzyskania rentowności kontraktu nawet już po wykonaniu waloryzacji (świadczenie zatem „po kosztach” albo poniżej ich aż do końca obowiązywania umowy). (...)

6. Poza ww. poziomem, od jakiego stosuje się mechanizm waloryzacji wynagrodzenia, w §18 ust. 5 PPU, Zamawiający wskazał, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia wykonawcy w związku z zastosowaniem postanowień dotyczących waloryzacji „nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto, określonej w § 2 ust. 1”. Tymczasem, biorąc pod uwagę, aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący do 5 lat, jest bardzo możliwe, że konieczna będzie zmiana na wyższym poziomie, gdyż już w pierwszych miesiącach rozpoczęcia świadczenia usługi zmiana kosztów może przewyższyć ustalony przez Zamawiającego limit. (...)

W związku z tym Odwołujący T-Mobile wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób wskazany w odwołaniu, w tym w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu w następujący sposób:

- 1) wydłużenie terminu składania ofert do dnia min. 15 lutego 2024 r.,
- 2) dokonanie podziału zamówienia na części poprzez wyodrębnienie każdego rodzaju usług objętych przedmiotem zamówienia do odrębnej części tj. usługi sieci WAN, telefonii IP i usług dot. bezpieczeństwa;
- 3) modyfikację § 4 ust. 2 lit. a) PPU i pkt 2 formularza oferty poprzez określenie, iż wdrożenie sieci WAN zostanie wykonane w terminie do 9 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy,
- 4) modyfikację § 7 ust. 11 PPU poprzez obniżenie wartości wymaganego ubezpieczenia OC, o którym mowa w § 7 ust. 11 PPU do kwoty 2.500.000,00 euro,
- 5) modyfikację § 7 ust. 11 PPU poprzez wskazanie, że wystarczające jest przedstawienie kopii polisy lub certyfikatu ubezpieczenia lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia, a dopiero w sytuacji, gdy termin płatności składki ubezpieczeniowej upłynął również potwierdzania opłacenia ubezpieczenia OC lub potwierdzania braku zaległości w opłacaniu składek ubezpieczeniowych.

Następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących:

1) w sprawie KIO 3811/23:

- wykonawca T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa,
- wykonawca Axians IT Solutions Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa,

2) w sprawie KIO 3813/23:

- wykonawca Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa.

Izba stwierdziła, że przystąpienia wszystkich wykonawców zostały dokonane skutecznie.

W dniu 03.01.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których:

A.w sprawie KIO 3811/23:

- 1)uwzględnił w całości zarzut nr 6 dotyczący terminu rozpoczęcia świadczenia serwisu oznaczonego datą sztywną oraz zarzut nr 7a dotyczący odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki w wykonaniu przełączenia min. 85% lokalizacji,
- 2)uwzględnił w części zarzut nr 4 dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, zarzut nr 5b dotyczący wyposażenia urządzeń w konkretne zasoby pamięci RAM oraz zarzut nr 7b dotyczący odstąpienia od umowy w przypadku, gdy łączna wartość kar umownych przekroczy 5%,
- 3)wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie,

B.w sprawie KIO 3813/23:

- 1)uwzględnił w całości zarzut nr 5c dotyczący niejednoznacznego określenia limitu kar umownych oraz zarzut nr 7 dotyczący wskazania konkretnej daty zrealizowania warsztatów,
- 2)uwzględnił w części zarzut nr 3 dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, zarzut nr 5b dotyczący rażąco wygórowanych kar umownych w zakresie dotyczącym zrealizowania warsztatów oraz zarzut opisany w pkt 9 i 10 na str. 34 odwołania dotyczący odnawiania ochrony ubezpieczeniowej OC,
- 3)wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W trakcie posiedzenia i rozprawy:

1)w sprawie KIO 3811/23:

- a)Zamawiający zobowiązał się do dokonania dodatkowych modyfikacji dokumentów zamówienia i tym samym uwzględnił w całości także: zarzut nr 4 dotyczący warunku doświadczenia i zarzut nr 5a dotyczący technologii DSP,
- b)Odwołujący Netia wycofał zarzut nr 3 dotyczący poufności dokumentów, zarzut nr 5b dotyczący pamięci RAM oraz zarzut nr 7b dotyczący odstąpienia od umowy z uwagi na łączną wartość kar umownych,

2)w sprawie KIO 3813/23:

- a)Zamawiający zobowiązał się do dokonania dodatkowych modyfikacji dokumentów zamówienia i tym samym uwzględnił w całości także zarzut nr 3 dotyczący warunku doświadczenia,
- b)Odwołujący T-Mobile wycofał zarzuty nr 5a – 5b i 5d - 5f dotyczące kar umownych, w tym w formie bonifikat, zarzut nr 6 dotyczący podwykonawców oraz zarzut nr 8 dotyczący waloryzacji.

Oba postępowania odwoławcze w zakresie, w jakim zarzuty zostały uwzględnione albo wycofane, podlegają umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji:

- 1)w sprawie KIO 3811/23 do rozpoznania pozostał zarzut nr 1 i 2 dotyczący terminu wdrożenia sieci WAN,
- 2)w sprawie KIO 3813/23 do rozpoznania pozostał zarzut nr 1 dotyczący terminu składania ofert, zarzut nr 2 dotyczący podziału zamówienia na części, zarzut nr 4 dotyczący terminu wdrożenia sieci WAN oraz zarzuty nr 5g i 5h dotyczące ubezpieczenia OC.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odwołania Netia i T-Mobile – sygn. akt KIO 3811/23 i KIO 3813/23.

Zarzut dotyczący terminu wdrożenia sieci WAN.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy 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.
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.

W § 4 ust. 2 lit. a) Projektowanych Postanowień Umowy (dalej: „PPU”) Zamawiający wskazał:

„W ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca wykona w szczególności następujące działania:

- a) w terminie do 3 miesięcy, licząc od dnia zawarcia Umowy zrealizuje wdrożenie sieci WAN, tj. wykona wszystkie działania, niezbędne do rozpoczęcia świadczenia niżej wymienionych Usług (zgodnie z opisem w Załączniku nr 4 do umowy):

- transmisji danych w sieci IP VPN,
- dostępu do sieci Internet,
- dostępu do punktu styku z instytucjami zewnętrznymi,
- bezpiecznego, zdalnego dostępu do sieci WAN,
- elementy usługi bezpieczeństwa sieci: IPS (wraz z zaimportowaniem wszystkich reguł przekazanych przez Zamawiającego), DDoS oraz 802.1x,
- system monitoringu,
- oraz inne wynikające z Załącznika nr 4,

zakończone podpisaniem Protokołu Odbioru Wdrożenia (zgodnie z zapisami dotyczącymi odbiorów)".

Obaj Odwołujący oraz Przystępujący Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. podnieśli, że ww. 3-miesięczny termin na uruchomienie usługi jest nierealny dla wykonawców, którzy dotychczas nie wykonywali tej usługi na rzecz Zamawiającego i nie mają w związku z tym wybudowanych już łączy oraz szczegółowej znajomości infrastruktury. Zdaniem obu Odwołujących i ww. Przystępującego prowadzi to do naruszenia zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż tylko aktualnie realizujący usługę wykonawca, tj. konsorcjum Orange Polska S.A. i Integrated Solutions sp. z o.o., jest w stanie wdrożyć sieć WAN w terminie określonym w PPU.

Izba w szczególności uznała za zasadne argumenty Odwołujących pokazujące czasochłonność procesu przygotowania uruchomienia usługi, w ramach którego wykonawca musi albo skorzystać z własnych łączy dostępowych, jeśli je posiada albo je wybudować albo wydzierżawić. Bez względu na wybraną opcję wykonawca musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia. W szczególności budując własne łącza wykonawca musi m.in. podłączyć każdą z 273 lokalizacji Zamawiającego do sieci WAN dwoma łączami, uzyskać zgody właścicieli obiektów na instalację, uzgodnić zakres prac i dokumentację projektową, zapewnić sprzęt sieciowy i sprzęt do telefonii IP, uruchomić łącza MPLS. Dodatkowo 33 lokalizacje dotyczą obiektów zabytkowych lub zlokalizowanych w strefie ochrony zabytków, co wymaga także uzgodnień z konserwatorem zabytków. Poza ryzykiem wydłużenia procedur administracyjnych związanych z uzyskaniem wymaganych zgód, decyzji i zezwoleń, w zależności od konkretnej lokalizacji istnieją też dodatkowe ryzyka w postaci konieczności uzyskania wydania pozwolenia wodno-prawnego, decyzji lokalizacyjnej od GDDKiA czy uzgodnień z właścicielem terenu kolejowego, miejskiego lub prywatnego. Po zakończeniu wszystkich ww. czynności sama budowa łączy może trwać od kilku dni do kilku tygodni, jeżeli nie wystąpią nieprzewidziane trudności. Do tego należy doliczyć czas potrzebny na testy i odbiory.

Powyższe potwierdzają złożone przez obu Odwołujących dowody:

- 1) umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a Telekomunikacją Polską S.A., z której wynika, że termin na zestawienie łączy, dostarczenie urządzeń i uruchomienie usługi w lokalizacjach CK, WC, OR, PTR i PT wynosi 5 miesięcy,
- 2) wyciągi z umów zawartych pomiędzy Odwołującym Netia a ZUS i CIRF, w których na wdrożenie podobnej usługi przewidziano termin 4 i 6 miesięcy,
- 3) dokumenty dotyczące przykładowej lokalizacji przy ul. Jagiellońskiej 55A w Warszawie, w tym decyzja lokalizacyjna z 27.09.2022 r., pokazujące ilość i rodzaje zgód i decyzji, które wykonawca musiał uzyskać na wykonanie prac w tej lokalizacji oraz terminy, w których zgody/decyzje te uzyskiwał - łącznie przez okres ok. 6 miesięcy,
- 4) decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z 10.02.2023 r. wydana po rozpatrzeniu wniosku z grudnia 2022 r. dotycząca przykładowej lokalizacji przy ul. Noakowskiego 18/20 w Warszawie (stwierdzająca bezprzedmiotowość sprawy),
- 5) harmonogram opracowany przez Odwołującego Netia, z którego wynika, że uwzględnienie samych tylko terminów wynikających z rozdziału 13 pkt 3 – 5 SOPZ przewidzianych przez Zamawiającego na wykonanie określonych czynności, w tym przygotowanie projektów, zabierze łącznie 42 dni, co oznacza, że na pozostałe konieczne do wykonania czynności, w tym pozyskanie niezbędnych zgód i decyzji, budowę, uruchomienie systemu i podsystemów oraz testy i odbiory zostaje 49 dni (aby zachować termin 3-miesięczny), podczas gdy realnie potrzeba na nie 154 dni, a zatem faktycznie wykonawca potrzebuje łącznie 196 dni na uruchomienie usługi,
- 6) opinia Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji, z której wynika, że na wykonanie usługi od momentu rozpoczęcia projektowania do uruchomienia łączy potrzeba 8-9 miesięcy, a także że Orange Polska S.A. ma już zapewniony dostęp do 253 lokalizacji Zamawiającego, a do pozostałych lokalizacji wykonawca ten musi zapewnić dostęp tylko w odległościach do 100 m lub do 200 m (w sumie ok. 2 km), podczas gdy Odwołujący Netia i T-Mobile mają zapewniony dostęp tylko odpowiednio w 28 i 11 lokalizacjach i musieliby dodatkowo dobudować łącznie odpowiednio 102 km i 160 km linii światłowodowych,
- 7) dokumenty pokazujące trudności z niedrożnością kanalizacji rozdzielczej na przykładowej lokalizacji przy Al. Krakowskiej 105 i ul. Mineralnej w Warszawie,
- 8) zawiadomienie z Miasta Zakopane informujące, że rozpatrzenie wniosku z 08.04.2022 r. w sprawie lokalizacji kabli

światłowodowych zostaje przedłużone do 12.01.2024 r.,

- 9)decyzje administracyjne, w tym dwie nie zezwalające i jedna zezwalająca na lokalizację przyłącza światłowodowego w pasie drogowym drogi wojewódzkiej nr 560 w Sierpcu, z których wynika, że łącznie czas oczekiwania na zezwolenie wyniósł 8 miesięcy,
- 10)decyzja Burmistrza Miasta Zakopane zezwalająca na umieszczenie w pasie drogowym przyłącza telekomunikacyjnego pod dodatkowym warunkiem, tj. obowiązkiem przejęcia gwarancji obejmującej pas drogowy w razie uszkodzenia urządzeń drogowych,
- 11)decyzja GDDKiA z 16.05.2023 r. wydana po rozpoznaniu wniosku z 21.02.2023 r. (ok. 3 miesiące) zezwalająca na udostępnienie kanału technologicznego,
- 12)opracowane przez Odwołującego T-Mobile zestawienie postępowań o udzielenie zamówień na podobne usługi, z których wynika, że w zależności od liczby lokalizacji (20 – 189) termin uruchomienia usługi wynosił 5 - 12 miesięcy.

Z ww. dowodów wynika przede wszystkim, że w przypadku wykonawców nie posiadających gotowych przyłączy czas potrzebny na wykonanie wszystkich niezbędnych czynności, w tym w szczególności uzyskanie wymaganych zgód/decyzji, znacznie przekracza 3 miesiące. Przy czym rozwiązaniem tej sytuacji nie jest możliwość korzystania przez 6 miesięcy od wdrożenia sieci WAN z łączy tymczasowych o mniejszej przepustowości, gdyż wiąże się to z ponoszeniem dodatkowych kosztów budowy dwóch rodzajów łączy: tymczasowych i docelowych, czyli w sumie 4 łączy do każdej lokalizacji, z których 2 po 6 miesiącach nie będą używane. Podobnie nie jest rozwiązaniem możliwość budowy łączy w technologii innej niż światłowodowa, gdyż jednym z kryteriów oceny ofert jest liczba zaoferowanych lokalizacji w technologii światłowodowej i jest to kryterium o znaczącej wadze 40%. Tymczasem celem wykonawców nie jest złożenie jakiegokolwiek oferty, ale złożenie oferty, która realnie ma szansę być wybrana jako najkorzystniejsza. Innymi słowy: chodzi o rzeczywiste, a nie pozorne konkurowanie w postępowaniu. Wobec zatem faktu, że obecnie realizujący usługę wykonawca ma wybudowane większość łączy światłowodowych w lokalizacjach Zamawiającego, nawet ewentualne korzystanie przez innych wykonawców z łączy tymczasowych lub z innej technologii w istocie nie zwiększa ich szans na realne konkurowanie z dotychczasowym świadczeniodawcą zarówno w kryterium ceny, jak i w kryterium liczby lokalizacji w technologii światłowodowej.

Aby zapewnić wykonawcom faktyczny dostęp do niniejszego zamówienia konieczne jest więc przede wszystkim wydłużenie terminu uruchomienia usługi, przy czym Odwołujący Netia wnosi o wydłużenie go do 180 dni (ok. 6 miesięcy), natomiast Odwołujący T-Mobile – do 9 miesięcy. Z niektórych dowodów (nr 6, 8, 9 i 12 powyżej) złożonych przez Odwołującego T-Mobile rzeczywiście wynika, że potrzebny jest termin dłuższy niż 6 miesięcy, ale po pierwsze, nie wiadomo, czy dowody nr 8, 9 i 12 powyżej dotyczą zamówień zawierających analogiczne wymagania do niniejszego, po drugie, z przedstawionej opinii (dowód nr 6 powyżej) wynika, że okres 8-9 miesięcy jest okresem uwzględniającym z ostrożności różne trudności, natomiast KIGEiT w swoich wyliczeniach nie wyklucza też możliwości realizacji usługi w terminie 6 miesięcy (min. 3 miesiące na przygotowania i min. 3 miesiące na budowę). Izba przychyliła się zatem do wniosku Odwołującego Netia, uznając za najbardziej miarodajne dla celów porównawczych postępowanie prowadzone przez podmiot o analogicznych do Zamawiającego zadaniach, tj. ZUS, który w 2022 r. dla 344 lokalizacji, w tym 10 zabytkowych, wyznaczył termin 6 miesięcy (zgodnie z odwołaniem Netii – str. 7). Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu wydłużenie terminu wdrożenia sieci WAN do co najmniej 180 dni.

Zamawiający powoływał się też na orzeczenia z 2015 r. i 2018 r., w których Izba taki sam 3-miesięczny termin uruchomienia niniejszej usługi uznała za właściwy. Należy jednak zauważyć, że w ww. wyrokach Izba uznała za niewystarczającą argumentację opierającą się na wskazywaniu terminów realizacji zamówienia wyznaczanych w innych podobnych postępowaniach i na opinii prywatnej (KIO 471/15), a także że odwołujący nie wykazali, że 3-miesięczny termin jest niemożliwy do dotrzymania, że zaburza konkurencję na rynku i że nie ma znaczenia swoboda w wyborze rodzaju łączy (KIO 2501/18 i KIO 2504/18). Tymczasem w obecnym postępowaniu odwoławczym Odwołujący wykazali wszystkie ww. okoliczności, w szczególności ich argumentacja nie ogranicza się do porównania terminu realizacji do terminów wyznaczanych przez innych zamawiających i do złożenia jako jedyne dowodu opinii prywatnej, ale opiera się głównie na wykazaniu wykraczającej poza 3-miesięczny okres czasochłonności działań, które muszą być podjęte przez wykonawcę, który nie budował dotąd łączy w lokalizacjach Zamawiającego, co potwierdzają wszystkie złożone dowody, w tym m.in. ww. opinia. Przede wszystkim jednak należy podkreślić, że podniesiona na rozprawie argumentacja zyskuje potwierdzenie w fakcie, że mimo wszczynania kolejnych postępowań od kilkunastu lat przedmiotową usługę realizuje ciągle ten sam wykonawca, który w 2010 r. wybudował już swoje łączy w tych lokalizacjach i dlatego 3-miesięczny termin wdrożenia sieci WAN jest dla niego wystarczający. W tym miejscu należy zatem wyjaśnić, że dążenie do jednolitości orzecznictwa Izby nie może polegać na ignorowaniu nowej argumentacji, czy dowodów podnoszonych w danej kwestii, czy też na ignorowaniu nowych okoliczności faktycznych nieznanymi składom orzekającym we wcześniejszych sprawach. Pomijając już nawet wskazywaną wyżej argumentację Odwołujących i Przystępującego Axians oraz złożone dowody, przede wszystkim należy zauważyć, że orzekając w 2015 r. i 2018 r. Izba mogła nie wiedzieć, że 3-miesięczny

termin realizacji zamówienia na lata ograniczy konkurencję do jednego wykonawcy, występującego ew. w konsorcjum. Natomiast orzekając w obecnym postępowaniu odwoławczym Izba ma już w polu widzenia perspektywę ostatnich kilkunastu lat, która jasno pokazuje, że ww. termin uniemożliwia nawet doświadczonym wykonawcom złożenie konkurencyjnej oferty i w efekcie prowadzi do niepożądanego sytuacji, w której dostęp do zamówienia w kolejnych przetargach staje się dla nich iluzoryczny. Taki stan rzeczy oznacza zatem nierówne traktowanie wykonawców i utrwala faktyczny monopol jednego wykonawcy (konsorcjum) na rynku. Dlatego, mimo orzeczeń wydanych w 2015 r. i 2018 r., Izba uwzględniła odwołanie w zakresie niniejszego zarzutu nakazując Zamawiającemu wydłużenie terminu wdrożenia sieci WAN do co najmniej 180 dni.

Odwołanie T-Mobile – sygn. akt KIO 3813/23.

Zarzut dotyczący terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 131 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.
 2. W przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po:
 - 1) odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub
 - 2) sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego
- wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

Zgodnie z art. 138 ustawy Pzp:

1. Termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.
2. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 1, nie krótszy jednak niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w następujących przypadkach:
 - 1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89, o ile zawierało ono wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
 - 2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.
3. W sytuacjach określonych w art. 133 ust. 2 i 3 terminy składania ofert, o których mowa w ust. 1 i ust. 2 pkt 1, ulegają wydłużeniu o 5 dni.
4. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1.

Zgodnie z art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający nie może udostępnić części SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania z powodu ochrony poufności charakteru informacji zawartych w SWZ, określa w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufności charakteru.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej w dniu 07.12.2023 r. i wyznaczył termin składania ofert na dzień 12.01.2024 r. Oznacza to, że termin ten został wyznaczony zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy Pzp i wynosił 36 dni od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji. Nie można jednak pomijać treści art. 131 ust. 1 ustawy Pzp, w którym ustawodawca dodatkowo wskazał, że wyznaczając termin składania ofert zamawiający ma obowiązek uwzględnić złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do ich przygotowania i złożenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 08.12.2023 r., co oznacza, że do 12.01.2024 r. wykonawcy mieli teoretycznie 35 dni na przygotowanie oferty. W tym okresie jednak, pomijając nawet soboty i niedziele, przede wszystkim wypadały święta Bożego Narodzenia i Nowy Rok, co oznaczało dodatkowe 3 dni wolne od pracy. Ponadto w celu zachowania poufności części dokumentów zamówienia, w tym OPZ, Zamawiający udostępniał je wykonawcom jedynie na wniosek, co również w praktyce skraca czas na przygotowanie oferty o okres oczekiwania na te dokumenty, mimo że powinno skutkować jego wydłużeniem o 5 dni (art. 138 ust. 3 w zw. z art. 133 ust. 3 ustawy Pzp), a dodatkowo rodzi wątpliwości, czy udostępniona poufna dokumentacja może być skonsultowana z podwykonawcami

(Odwolujący podnosi, że brak stanowiska Zamawiającego w tej kwestii na dzień złożenia odwołania). Znaną praktyką jest też udzielanie wszystkim pracownikom ogólnie przez niektórych przedsiębiorców urlopów w okresie świąteczno-noworocznym, co również może powodować trudności we współpracy z niektórymi podmiotami w celu przygotowania oferty. Wreszcie nie można odmówić Odwołującemu słuszności w zakresie, w jakim powołuje się on na art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przewidujący obowiązek wyznaczania terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty w przypadku dokonania wizji lokalnej. W rozdziale IV ust. 7 SWZ Zamawiający dopuścił przeprowadzenie wizji lokalnych w każdej lokalizacji w dniach roboczych w godz. 9.00. – 15.00., co biorąc pod uwagę, że od dnia uzyskania przez Odwołującego OPZ do dnia 12.01.2024 r. pozostaje 19 dni roboczych, oznacza, że dziennie należałoby przeprowadzać 14 – 15 wizji lokalnych w miejscach rozsianych po całej Polsce. Uwzględniając przy tym czas potrzebny na dojazd i analizę wyników tych wizji, niezbędną przecież do wyceny oferty, przeprowadzenie wizji lokalnych we wszystkich lokalizacjach i przygotowanie na tej podstawie oferty staje się przedsięwzięciem co najmniej obciążonym wysokim ryzykiem niepowodzenia. Ww. okoliczności wskazują na zasadność przedłużenia terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego, przede wszystkim należy ponownie wskazać, że nie jest wystarczające wyznaczenie terminu składania ofert zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający muszą też mieć na uwadze treść art. 131 ustawy Pzp, czyli wyznaczać ww. termin z uwzględnieniem m.in. czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty oraz czasu potrzebnego na zapoznanie się z informacjami wynikającymi z przeprowadzenia wizji lokalnej. Zarówno zakres zamówienia obejmujący jednocześnie transmisję danych, głosu i obrazu z zapewnieniem mechanizmów bezpieczeństwa, dostarczenie urządzeń, zestawienie łączy, utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sieci niezbędną do świadczenia tych usług, jak też okres świąteczno-noworoczny i dopuszczenie wizji lokalnych w 273 lokalizacjach, wymaga wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem rzeczywistych potrzeb wykonawców, a nie tylko w zgodzie z art. 138 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższego nie zmienia fakt, że Odwołujący T-Mobile od pewnego czasu monitoruje przygotowania Zamawiającego do wszczęcia niniejszego postępowania, gdyż zainteresowanie danego wykonawcy danym zamówieniem nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku przestrzegania również art. 131 ustawy Pzp.

Ponadto należy zauważyć, że w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 3818/23 zdezaktualizował się argument Zamawiającego dotyczący braku żądania od wykonawców dodatkowych dokumentów o charakterze przedmiotowym. Jednocześnie terminu wyznaczonego na 12.01.2024 r. nie uzasadnia przedłużająca się procedura opiniowania dokumentów przez Centralne Biuro Antykorupcyjne i przez Prokuraturę Generalną RP. Z dokumentów opublikowanych przez Zamawiającego wynika, że zamierzał on wszcząć postępowanie w trzecim kwartale 2023 r., tymczasem dopiero w lipcu 2023 r. przekazał dokumenty do CBA, mimo że przezornie należało zakładać, że procedura ta nie zakończy się szybko i mimo że Zamawiający musiał wiedzieć, że obecnie realizowana umowa kończy się 04.02.2024 r. Ostatecznie więc wszczęcie postępowania nastąpiło pod koniec czwartego kwartału 2023 r., co w świetle zakresu zamówienia, wizji lokalnych, konieczności poddania się procedurom ww. organów i zbliżającego się terminu zakończenia obecnie realizowanej umowy, należy ocenić jako działanie podjęte późno. Tym bardziej zatem konsekwencjami późnego działania Zamawiającego nie mogą być obarczani wykonawcy. Dlatego Izba, biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności i treść art. 131 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu przedłużenie terminu składania ofert co najmniej do dnia 15.02.2024 r.

Zarzuty dotyczące ubezpieczenia OC.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z § 7 ust. 11 PPU: Wykonawca oświadcza, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej objętej przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż całkowite wynagrodzenie brutto, określone w § 2 ust. 1 Umowy. Potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia dowodu opłacenia ubezpieczenia OC (zostanie uzupełnione zgodnie z formą dokumentu Wykonawcy) stanowi Załącznik nr 13 do Umowy. Wykonawca jest zobowiązany do posiadania ochrony ubezpieczeniowej na poziomie ustalonym w zdaniu pierwszym, w całym okresie obowiązywania Umowy.

Odwolujący T-Mobile podniósł w tym zakresie dwa zarzuty dotyczące:

- nadmiernej wysokości ubezpieczenia OC,
- niezasadnego wymogu złożenia kopii dowodu opłacenia ubezpieczenia OC.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, należy stwierdzić, że wymóg ubezpieczenia na kwotę nie mniejszą niż całkowite wynagrodzenie brutto, nie jest wymogiem zasadnym. Zgodnie z Planem postępowań o udzielenie zamówień na 2023 r. wartość niniejszego zamówienia wynosi ok. 53,5 mln zł netto, czyli ok. 66 mln zł brutto. Jest to zatem prawdopodobna kwota, jaką można oszacować na tym etapie (przed złożeniem ofert) i na jaką będzie musiał być ubezpieczony wykonawca. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał i wydaje się mało prawdopodobne, aby w toku realizacji zamówienia mogło dojść do powstania szkody o takiej wartości, a nawet gdyby do tego doszło, Zamawiający może zapewnić sobie w umowie możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. Zamawiający nie odniósł się zresztą w tym zakresie szczegółowo do argumentacji Odwołującego, jak też nie wykazał, dlaczego ubezpieczenie w niższej wysokości nie zaspokoi jego potrzeb. W szczególności nie jest zasadne powoływanie się w tym zakresie na powszechną praktykę, gdyż nawet jeśli taka praktyka występuje, z pewnością nie jest ona powszechna. Również zakres zamówienia, niewątpliwie szeroki, nie może uzasadniać kolejnego ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu, tym razem poprzez wymóg posiadania ubezpieczenia na bardzo wysoką kwotę, skoro jak już wyżej wskazano, nawet w przypadku zaistnienia szkody o wartości przewyższającej wartość ubezpieczenia, Zamawiający może zgłosić roszczenie odszkodowawcze na drodze sądowej. Dlatego Izba uznała odwołanie w zakresie tego zarzutu za zasadne i nakazała Zamawiającemu obniżenie wartości wymaganego ubezpieczenia OC do kwoty 2.500.000,00 euro.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, Izba stwierdziła, że nie ma powodów, dla których wykonawca miałby być zobowiązany do wykazania posiadania ubezpieczenia poprzez złożenie wyłącznie kopii dowodu opłacenia ubezpieczenia OC. Należy zgodzić się Odwołującym, że standardem jest, „że polisa jest wystawiana z odroczonym terminem płatności składki ubezpieczeniowej. Wobec tego może dojść do sytuacji, gdy polisa zostanie już wystawiona i będzie obowiązywała, ale nie zostanie ona jeszcze opłacona. Zamawiający nie może uniemożliwiać wykonawcy skorzystania z przysługującego mu terminu płatności”. Z uwagi na powyższe potwierdzeniem posiadania ubezpieczenia jest polisa OC lub certyfikat OC lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia, a nie potwierdzenie opłacenia składki. Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego, jakoby powszechną praktyką było ograniczanie wykonawcom możliwości wykazania ubezpieczenia tylko poprzez złożenie kopii dowodu jego opłacenia.

W szczególności też nie można takiego ograniczenia w niniejszym postępowaniu uzasadnić tym, że Zamawiający nie chce wnikać w stosunki między ubezpieczycielem a wykonawcą. Po pierwsze, jak wskazano już wyżej, płatność składki może być odroczone i choćby z tego powodu wykonawca powinien móc przedstawić inny niż dowód jej opłacenia dokument, z którego będzie wynikało, że posiada on wymagane ubezpieczenie, zaś rolą Zamawiającego jest taki dokument ocenić. Po drugie, nie można nie zauważyć, że formułując w odwołaniu żądanie Odwołujący przewidział również sytuację, w której termin płatności składki upłynie i wprost wskazał, że w takiej sytuacji Zamawiający mógłby żądać potwierdzenia opłacenia ubezpieczenia OC lub potwierdzenia braku zaległości w opłacaniu składek ubezpieczeniowych. Zatem modyfikacja § 7 ust. 11 PPU zgodnie z żądaniem Odwołującego T-Mobile nie naraża Zamawiającego na ryzyko niewykazania przez wykonawcę posiadania ubezpieczenia OC w przypadku odroczenia płatności składki.

W tym stanie rzeczy Izba uznała odwołanie w zakresie tego zarzutu za zasadne i nakazała modyfikację ww. postanowienia projektu umowy poprzez wskazanie, że wystarczające jest przedstawienie kopii polisy lub certyfikatu ubezpieczenia lub innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia, a dopiero w sytuacji, gdy termin płatności składki ubezpieczeniowej upłynął - również potwierdzenia opłacenia ubezpieczenia OC lub potwierdzenia braku zaległości w opłacaniu składek ubezpieczeniowych.

Zarzut dotyczący podziału zamówienia na części.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.
2. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części.

W rozdziale III SWZ Zamawiający wskazał powody niedokonania podziału zamówienia na części:

„Zamówienie objęte przedmiotem zamówienia jest jednorodne nie podlegające podziałowi ze względu na rodzaj świadczonych usług w ramach jednej usługi informatycznej i konieczności zapewnienia ciągłej pracy systemu. Zamówienie składa się z niemożliwych do wydzielenia części i wzajemnie wynikających z siebie elementów świadczenia usługi jako całości i jako całość dostarczana przez Wykonawcę, a w szczególności prace instalacyjno-konfiguracyjne, konieczność zapewnienia parametrów technicznych przepływu danych oraz świadczenia jednolitego i spójnego serwisu i reakcji Wykonawcy w przypadku awarii.

Pomijając wymagania techniczne rozdzielanie usługi groziłoby niedającymi się wyeliminować problemami

organizacyjnymi związanymi z odpowiedzialnością za poszczególne elementy usługi wykonywane przez różnych Wykonawców.

Przy tego typu usługach informatycznych nie ma możliwości jednoznacznego określenia zasad odpowiedzialności za zdarzenie powodujące zakłócenia pracy sieci WAN lub jej ewentualną awarię i niemożność wykonywania przez Zamawiającego jego działalności statutowej.

Ponadto podział przedmiotu zamówienia na zadania groziłby znaczącym zwiększeniem kosztów oraz trudnościami technologicznymi wynikającymi z wykonywania przedmiotu zamówienia przez większą liczbę Wykonawców (poszczególne Wykonawcy mogliby wykonywać prace w różnych technologiach, co powodowałoby problemy w połączeniu obszarów objętych zamówieniem a także stykiem pomiędzy Wykonawcami, którzy w ramach prowadzonej działalności w niektórych przypadkach swoje rozwiązania technologiczne zgodnie z prawem obejmują tajemnicą przedsiębiorstwa, a w ingerencję której Zamawiający nie posiad prawa.

Podział zamówienia na części przy założeniu unieważnienia jednej z nich i przy założeniu konieczności wszczęcia kolejnego postępowania obejmującego unieważnioną część i związany z tym brak możliwości zrealizowania unieważnionej części powodowałby niemożność realizacji całości spójnego zamówienia."

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w istocie streścił te same argumenty, jak też dodatkowo wyjaśnił, że nie posiada zasobów pozwalających na zintegrowanie trzech części zamówienia, tj. usługi sieci WAN, telefonii IP i usług dotyczących bezpieczeństwa. W szczególności Zamawiający wskazał, że budżet przewidziany na wynagrodzenia uniemożliwia mu zatrudnienie wystarczającej ilości osób o określonych kwalifikacjach, które mogłyby się zajmować taką integracją i podkreślił, że ten stan rzeczy odróżnia go od innych dużych zamawiających, których Odwołujący wymienił w odwołaniu i którzy udzielają podobnych zamówień w częściach lub z podziałem na części.

O ile należy zgodzić się z Odwołującym, że podział zamówienia na części niejednokrotnie przyczynia się do obniżenia cen ofert i z pewnością zwiększa konkurencję w postępowaniu, o tyle należy też mieć na uwadze, że w wyniku udzielenia zamówienia muszą zostać zaspokojone potrzeby Zamawiającego. Jeżeli w wyniku podziału zamówienia na części konieczne będzie zintegrowanie odrębnie realizowanych usług, a Zamawiający nie będzie w stanie tego dokonać, to konsekwencją takiego stanu rzeczy będzie niemożność lub co najmniej utrudnienie korzystania przez Zamawiającego z tychże usług. Izba uznała zatem, że dodatkowe poszerzenie konkurencji w tym postępowaniu poprzez podział zamówienia na części nie jest niezbędne do uzyskania przez wykonawców dostępu do zamówienia (zwłaszcza wobec uwzględnienia wyżej wskazanych zarzutów przez Zamawiającego i przez Izbę), a przede wszystkim nie powinno prowadzić do pozbawienia Zamawiającego możliwości zaspokojenia jego potrzeb. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), tj. w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) - w sprawie KIO 3811/23 oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) - w sprawie KIO 3813/23.

W sprawie KIO 3811/23 Izba uwzględniła jedyny pozostały do rozpoznania zarzut dotyczący terminu uruchomienia usługi, co oznacza, że za koszty postępowania odwoławczego odpowiada w całości Zamawiający. Na koszty te składa się wpis od odwołania (15.000 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego (3.600 zł), co razem daje kwotę 18.600 zł. Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Netia w wysokości 18.600 zł.

W sprawie KIO 3813/23 spośród pięciu zarzutów pozostałych do rozpoznania, Izba uwzględniła cztery zarzuty (dotyczące terminu składania ofert, terminu uruchomienia usługi i dwa zarzuty dotyczące ubezpieczenia OC), zaś jeden zarzut oddaliła (dotyczący podziału zamówienia na części). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 4/5, a Odwołujący T-Mobile – w części 1/5.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania (15.000 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego (3.600 zł), co razem daje kwotę 18.600 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 14.880 zł (4/5 z 18.600 zł), a Odwołujący - w wysokości 3.720 zł (1/5 z 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł, a powinien ponieść je w wysokości 3.720 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów (nie złożył wniosków kosztowych), a powinien ponieść je w

wysokości 14.880 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego T-Mobile w wysokości 14.880 zł, co skutować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego ($18.600 - 14.880 = 3.720$).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....