Sygn. akt: KIO 2736/23

WYROK

z dnia 6 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Adriana Urbanik**
Członkowie: **Anna Katarzyna Wojciechowska**
Elżbieta Dobrenko

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2023 r. przez wykonawcę **Atman sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **KYNDRYL POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
(KIO 2736/23)

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów cofniętych przez odwołującego: w pkt IV (zarzut nr 3), w pkt VI (zarzut nr 5), częściowo w pkt VII (zarzut nr 6 z wyłączeniem w zakresie § 11 ust. 4 ppkt 4.1. wzoru umowy), w pkt VIII (zarzut nr 7), w pkt IX (zarzut nr 8), w pkt X (zarzut nr 9), w pkt XI (zarzut nr 10), w pkt XII (zarzut nr 11), w pkt XIII (zarzut nr 12), w pkt XIV (zarzut nr 13), w pkt XV (zarzut nr 14), w pkt XV (zarzut nr 15) odwołania.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie, a więc co do zarzutów w pkt II (zarzut nr 1), w pkt III (zarzut nr 2), w pkt V (zarzut nr 4) i w pkt VII (zarzut nr 6 w zakresie § 11 ust. 4 ppkt 4.1. wzoru umowy) odwołania.**
3. **Kosztami postępowania obciąża stosownie do wyniku postępowania odwołującego Atman sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:**

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Atman sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 2736/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług kolokacji obejmujących najem powierzchni serwerowej i usługi dzierżawy ciemnych włókien, wraz z zapewnieniem infrastruktury towarzyszącej i urządzeń dla Centrali ZUS", nr referencyjny: 993200.271.35.2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.09.2023 r. pod nr 2023/S 170-534487 przez: Zakład Ubezpieczeń Społecznych,
ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa, zwany dalej: „Zamawiającym". Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy
z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp".

Dnia 15.09.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca Atman sp. z o.o., ul.

Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, zwany dalej także „Odwołującym”, wobec postanowień treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w punkcie odwołania:

II. Brak podziału zamówienia na części (zarzut nr 1):

1) w zakresie w jakim Zamawiający połączył odrębne przedmiotowo części zamówienia, wskazując w pkt 2.1.2.1 SWZ jako przedmiot zamówienia łącznie: „2.1.2.1. świadczenie usługi kolokacji (dalej: „Usługi kolokacji” lub „Kolokacja”) polegającej na udostępnieniu i utrzymaniu w stanie czynnym powierzchni technicznej i infrastruktury technicznej centrum przetwarzania
danych (serwerowni) na potrzeby umieszczenia i zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń i systemów należących do Zamawiającego i stanowiącego ośrodek obliczeniowy Zamawiającego (dalej: „Centrum kolokacji”). Wykonawca w ramach Usługi kolokacji zapewni właściwe warunki lokalowe i techniczne dla eksploatacji serwerów; pamięci masowych
i urządzeń sieciowych Zamawiającego w trybie ciągłym 365/366 dni w roku w okresie
60 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi kolokacji;
2.1.2.2. świadczenie usługi dzierżawy ciemnych włókien światłowodowych pomiędzy Centrum kolokacji a Podstawowym Centralnym Ośrodkiem Obliczeniowym, zlokalizowanym przy
ul. Szamockiej 3, 5 (dalej „COO”);
2.1.2.3. świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi migracji urządzeń do Centrum kolokacji z COO, udostępnienie i wdrożenie dla Zamawiającego urządzeń;
2.1.2.4. Udostępnienie i wdrożenie dla Zamawiającego urządzeń”.

W zakresie powyższych postanowień SWZ Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców
oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i ograniczający krąg podmiotów mogących złożyć ofertę w postępowaniu, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia w częściach i dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych
w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, polegające na zaniechaniu wydzielenia do odrębnej części z pkt 2.1.2.4 SWZ, to jest udostępnienia i wdrożenia
dla Zamawiającego urządzeń, oraz
2) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu
z pkt 4.1.1.4.4 SWZ oraz pkt III.1.3 ppkt 4 ogłoszenia w sposób nieproporcjonalny
do przedmiotu zamówienia w zakresie związanym z bezzasadnym zaniechaniem wydzielenia udostępnienia i wdrożenia dla Zamawiającego urządzeń do odrębnej części zamówienia.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikacji treści SWZ poprzez podział zamówienia na części i wydzielenie udostępnienia i wdrożenia dla Zamawiającego urządzeń (pkt 2.1.2.4 SWZ) do odrębnej części zamówienia, wydzielenie kryterium z pkt 4.1.1.4.4 SWZ oraz pkt III.1.3 ppkt 4 ogłoszenia do odrębnej części zamówienia oraz umożliwienie składania ofert częściowych.

III. System zasilania AC (zarzut nr 2):

1) w zakresie jakim Zamawiający w pkt 2.6.8.1. Załącznika nr 11 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ”) wymaga: „System zasilania AC: 2.6.8.1. Budynek Centrum kolokacji zasilany z dwóch redundantnych źródeł zasilania (RPZ/GPZ)
od niezależnych dostawców”.

W zakresie powyższego postanowienia SWZ Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wymaganie zasilania budynku kolokacji z dwóch redundantnych źródeł zasilania (RPZ/GPZ)
od niezależnych dostawców, podczas gdy w realiach rynkowych zapewnienie takie nie jest rynkową praktyką, ani nie może stanowić uzasadnionej potrzeby Zamawiającego – prowadząc do ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę w postępowaniu, a także nie gwarantuje Zamawiającemu podwyższenia dostępności świadczonych usług,
a przeświadczenie większej niezawodności sprawia jedynie pozornie.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikacji treści SWZ poprzez zmianę pkt 2.6.8.1. SOPZ zgodnie z poniższą propozycją:

„Wykonawca zapewni zgodność z normą ANSI/TIA-PN-942 na poziomie 3, tj. zapewnienia przez Wykonawcę co najmniej dwóch niezależnych równoważnych linii energetycznych prowadzonych z jednej podstacji, gdzie kierunki przyłącza pochodzą z osobnych sekcji".

IV. Zmiana stawki energii elektrycznej (zarzut nr 3):

1) § 14 ust. 22^{12} Projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 2 SWZ (dalej: „Wzór Umowy") – w zakresie jakim Zamawiający wymaga: „Każda ze Stron może wystąpić
z żądaniem zmiany wysokości ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej
w wynajmowanej przez Zamawiającego powierzchni serwerowej, o której mowa w § 9 pkt 9, po raz pierwszy ze skutkiem od 01.01.2025 r., a następnie co sześć miesięcy, tj. ze skutkiem od 01.07.2025 r. i od 1 stycznia i 1 lipca w kolejnych latach, w których będzie obowiązywała Umowa. Zmiana ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej
w wynajmowanej przez Zamawiającego powierzchni serwerowej będzie dokonywana
w oparciu o faktyczny koszt 1 MWh ponoszony przez Wykonawcę w okresie ostatnich
6 miesięcy przed dokonaniem zmiany wynagrodzenia - w sytuacji wykazania przez Wykonawcę zmiany faktycznego kosztu 1 MWh poniesionego przez Wykonawcę. Żądanie dokonania zmiany ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej w wynajmowanej przez Zamawiającego powierzchni serwerowej musi zostać złożone przez Stronę na piśmie,
nie później niż na miesiąc przed terminem obowiązywania zmiany. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany przedstawić dokumenty potwierdzające faktyczny koszt 1 MWh ponoszony przez Wykonawcę, w szczególności faktury, umowy, itp. Zmiana (zwiększenie lub zmniejszenie) wysokości ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej w wynajmowanej przez Zamawiającego powierzchni serwerowej będzie równa zmianie kosztu netto 1 MWh Wykonawcy określonej w sposób opisany w zdaniu poprzedzającym w porównaniu do ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej
w wynajmowanej przez Zamawiającego powierzchni serwerowej obowiązującej przed zmianą, z zastrzeżeniem, że jednorazowa procentowa zmiana tej ceny nie może przekroczyć 16%
w porównaniu z jej poziomem obowiązującym przed zmianą. Postanowienie pkt. 24 stosuje się. Jeżeli podpisanie przez Strony Protokołu Odbioru Wdrożenia nastąpi po 01.01.2025 r., wówczas każda ze Stron może wystąpić z żądaniem zmiany wysokości ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej w wynajmowanej przez Zamawiającego powierzchni serwerowej, o której mowa w § 9 pkt 9, po raz pierwszy ze skutkiem od 01.07.2025 r., a procentowa zmiana tej ceny w przypadku tej zmiany nie może przekroczyć 34% w porównaniu z jej poziomem obowiązującym przed zmianą. Pozostałe postanowienia niniejszego punktu pozostają
w mocy.".

W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.) (dalej „KC") w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący
do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz

2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców

- poprzez sformułowanie we Wzorze Umowy uprawnienia do zmiany ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej dopiero od 1 lipca 2025 r., podczas gdy bieżące realia ekonomiczne i związane z nimi dynamiczne zmiany cen energii elektrycznej skutkują naruszeniem równowagi stron umowy, uniemożliwiają wykonawcom kalkulację konkurencyjnej oferty oraz przerzucają ryzyko ekonomiczne związane z realizacją umowy na wykonawcę.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji treści § 14 ust. 22^{12} Wzoru Umowy poprzez dopuszczenie zmiany ceny netto za 1 MWh zużycia energii elektrycznej w 2024 r., ze skutkiem od 1 lipca 2024 r. oraz zastosowanie mechanizmu gwarantującego, że Zamawiający w każdym miesiącu pokryje koszt energii elektrycznej, zgodnie z kosztem poniesionym przez Wykonawcę.

V. Polisa ubezpieczeniowa wykonawcy (zarzut nr 4):

1) pkt 11.1.2.2. SWZ w zakresie jakim Zamawiający wymaga od wykonawcy:

„przedłożenia aktualnej polisy ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości nie mniejszej niż 100 000 000,00 PLN (słownie złotych: sto milionów

00/100) lub jej równowartości w walucie obcej (kurs średni NBP)".
W zakresie powyższego postanowienia SWZ Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wymaganie polisy ubezpieczeniowej na sumę ubezpieczenia nieproporcjonalną do przedmiotu zamówienia,
co przekłada się na wysokość ofert w postępowaniu i prowadzi do ograniczenia konkurencji postępowania.
Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) modyfikacji treści SWZ poprzez zmianę pkt 11.1.2.2. SWZ zgodnie z poniższą propozycją:„przedłożenia aktualnej polisy ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN (słownie złotych: piętnaście milionów 00/100) lub jej równowartości w walucie obcej (kurs średni NBP)".

Vl. Kary umowne referowane do całkowitego wynagrodzenia brutto (zarzut nr 5):

1) § 11 ust. 2-4, 8-9 oraz ust. 15-16 Wzoru Umowy – w zakresie jakim Zamawiający referuje wysokość kar umownych do wysokości łącznego/całkowitego wynagrodzenia brutto, uwzględniającego także koszt energii elektrycznej.
W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 483 § 1 w zw. art. 484 § 2 w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 431 i 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz
2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców
- poprzez ustanowienie nieproporcjonalnie wysokich kar umownych oraz limitu odpowiedzialności wykonawcy referowanych do wysokości łącznego/całkowitego wynagrodzenia brutto, które uwzględnia także koszt energii elektrycznej, podczas gdy koszt energii jest elementem refakturowanym na Zamawiającego, nie stanowi składnika uwzględniającego marżę wykonawcy oraz stanowi szacunkowo 2/3 wartości całego zamówienia.
Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) dokonania modyfikacji § 11 ust. 2-4, 8-9 oraz ust. 15-16 Wzoru Umowy poprzez referowanie kar umownych do łącznej wartości usług z tytułu świadczonych usług z wyłączeniem kosztu energii elektrycznej.

Vll. Wysokość poszczególnych kar umownych (zarzut nr 6):

1) § 11 ust. 1-3, ust. 4 ppkt 4.1., ust. 5-11 oraz 15 Wzoru Umowy – w zakresie jakim Zamawiający ustanowił wysokość kar umownych na następującym poziomie:
„1. Za brak przedstawienia oświadczenia o zakupie świadectw pochodzenia energii oraz decyzji o umorzeniu świadectw pochodzenia energii dla energii wykorzystanej w adekwatnym okresie na potrzeby świadczenia Usług kolokacji za dany rok, o których mowa w § 2 pkt 5, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 200 000,00 PLN (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100);
2. Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 1% łącznego wynagrodzenia brutto z tytułu Wdrożenia Usług kolokacji, Wdrożenia Usług dzierżawy ciemnych włókien, Wdrożenia Urządzeń Wykonawcy określonego odpowiednio w § 9 pkt 3, 11 oraz 16, za każdy dzień zwłoki we Wdrożeniu usług będących przedmiotem Umowy.
3. Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 1% łącznego wynagrodzenia brutto z tytułu Usług migracji określonego w § 9 pkt 13, za każdy dzień zwłoki w realizacji Usług migracji.
4. Za każde rozpoczętą 1 (jedną) minutę niedotrzymania parametru dostępności określonego w § 4 pkt. 9, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości:
4.1. 25 000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia pięć tysięcy 00/100) dla niedotrzymania parametru dostępności, o którym mowa w § 9 pkt 4 dla Usługi kolokacji, w zakresie niedostępności usługi od 94,6 * (1 - <kryterium oceny ofert – uzupełnić przed zawarciem Umowy, zgodnie z Ofertą> %) / (1 - 99,982%) minut do 94,5 minuty
5. Z tytułu zwłoki w usunięciu Awarii w stosunku do gwarantowanego czasu usunięcia Awarii, określonego w § 4 pkt 5 Zamawiający naliczy następujące kary umowne:
5.1. dla Usługi kolokacji:
5.1.1. 10 000,00 PLN (słownie złotych: dziesięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P1

za każdą godzinę zwłoki,
5.1.2. 5 000,00 PLN (słownie złotych: pięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P2, za każdą godzinę zwłoki,
5.1.3. 5 000,00 PLN (słownie złotych: pięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P3, za każdy Dzień roboczy Zamawiającego zwłoki;
5.2. Dla Usługi dzierżawy ciemnych włókien:
5.2.1. 10 000,00 PLN (słownie złotych: dziesięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P1
za każdą godzinę zwłoki,
5.2.2. 5 000,00 PLN (słownie złotych: pięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P2, za każdą godzinę zwłoki,
5.2.3. 5 000,00 PLN (słownie złotych: pięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P3, za każdy Dzień roboczy Zamawiającego zwłoki;
5.3. Dla Usługi udostępnienia Urządzeń Wykonawcy:
5.3.1. 10 000,00 PLN (słownie złotych: dziesięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P1
za każdą godzinę zwłoki,
5.3.2. 5 000,00 PLN (słownie złotych: pięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P2, za każdą godzinę zwłoki,
5.3.3. 5 000,00 PLN (słownie złotych: pięć tysięcy 00/100) dla Awarii o priorytecie P3, za każdy Dzień roboczy Zamawiającego zwłoki.
6. Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w wysokości:
6.1. 20 000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy 00/100) za brak przygotowania Harmonogramu przez Wykonawcę lub brak akceptacji Harmonogramu przez Zamawiającego i konieczności sporządzenia Harmonogramu przez Zamawiającego, w terminie określonym
w § 3 pkt. 3;
6.2. 20000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy 00/100) za brak przygotowania Planu rozmieszczenia przez Wykonawcę lub brak akceptacji Planu rozmieszczenia przez Zamawiającego, w terminie określonym w § 3 pkt. 8.1;
6.3. 5 000,00 PLN (słownie złotych: pięć tysięcy 00/100) za każde przekroczenie liczby nieplanowanych przerw dla danej Usługi, w ciągu roku obowiązywania Umowy, o których mowa w § 4 pkt. 9;
6.4. 500,00 PLN (słownie złotych: pięćset 00/100) za niedotrzymanie czasu potwierdzania Zleceń, o których mowa § 5 pkt. 2.2.1., za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki;
6.5. 500,00 PLN (słownie złotych: pięćset 00/100) za niedotrzymanie czasu potwierdzania Zleceń, o których mowa § 5 pkt. 2.2.2., za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
6.6. 500,00 PLN (słownie złotych: pięćset 00/100) za niedotrzymanie terminu dokonania poprawek dokumentacji, o którym mowa w § 4 pkt 14, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
6.7. 200,00 PLN (słownie złotych: dwieście 00/100) za przekroczenie czasu reakcji określonego w § 4 pkt 8 lub za brak realizacji w Usług zdalnych rąk w terminie określonym
w potwierdzonym Protokole Zlecenia, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki.
7. W przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez Wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia określonej w § 14 pkt 27 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% wartości tego wynagrodzenia należnego danemu podwykonawcy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki za każdy przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty odrębnie.
8. W przypadku odstąpienia od Umowy w całości przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną
w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 9 pkt 1. Na poczet niniejszej kary zalicza się wcześniej naliczone kary z tytułu zwłoki w realizacji Wdrożeń.
9. W przypadku wypowiedzenia Umowy w całości przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną
w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 9 pkt 1, które pozostało do wykorzystania z tytułu realizacji przedmiotu Umowy na dzień wypowiedzenia Umowy, niezależnie od kar umownych wynikających z innych tytułów.
10. W przypadku naruszenia postanowień określonych w §16, polegającego na ujawnieniu Informacji chronionych Zamawiającego, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną
w wysokości 100 000,00 PLN (słownie złotych: sto tysięcy 00/100), odrębnie za każdy przypadek naruszenia.
11. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowienia określonego w §16 pkt 6.3 Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy 00/100), za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki.
(…)
15. Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych nie może przekroczyć wartości 20% całkowitego

wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji przedmiotu Umowy, określonego w § 9 pkt 1.”.
W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 483 § 1 w zw. art. 484 § 2 w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 431 i 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz
2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzgledniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców
- poprzez ustanowienie nieproporcjonalnie wysokich kar umownych do przedmiotu zamówienia i do sankcjonowanego naruszenia.
Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) dokonania modyfikacji § 11 ust. 1-3, ust. 4 ppkt 4.1., ust. 5-11 oraz 15 Wzoru Umowy zgodnie z poniższą propozycją:
„1. Za brak przedstawienia oświadczenia o zakupie świadectw pochodzenia energii oraz decyzji o umorzeniu świadectw pochodzenia energii dla energii wykorzystanej w adekwatnym okresie na potrzeby świadczenia Usług kolokacji za dany rok, o których mowa w § 2 pkt 5, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 20 000,00 PLN (słownie złotych dwadzieścia tysięcy 00/100);
2. Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 0,01% łącznego wynagrodzenia brutto
z tytułu Wdrożenia konkretnej usługi, tj. Usług kolokacji, Wdrożenia Usług dzierżawy ciemnych włókien, Wdrożenia Urządzeń Wykonawcy określonego odpowiednio w § 9 pkt 3, 11 oraz 16, za każdy dzień zwłoki we Wdrożeniu konkretnej usługi będącej przedmiotem Umowy.
3. Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 0,01% łącznego wynagrodzenia brutto z tytułu danej Usługi migracji określonego w § 9 pkt 13, za każdy dzień zwłoki w realizacji danej Usług migracji.
4. Za każde rozpoczętą 1 (jedną) minutę niedotrzymania parametru dostępności określonego w § 4 pkt. 9, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości:
4.1. 250, 00 PLN (słownie złotych dwieście pięćdziesiąt 00/100) dla niedotrzymania parametru dostępności, o którym mowa w § 9 pkt 4 dla Usługi kolokacji, w zakresie niedostępności usługi od 94,6 * (1 - <kryterium oceny ofert – uzupełnić przed zawarciem Umowy, zgodnie z Ofertą> %) / (1 - 99,982%) minut do 94,5 minuty
5. Z tytułu zwłoki w usunięciu Awarii w stosunku do gwarantowanego czasu usunięcia Awarii, określonego w § 4 pkt 5 Zamawiający naliczy następujące kary umowne:
5.1. dla Usługi kolokacji:
5.1.1. 100, 00 PLN (słownie złotych: sto 00/100) dla Awarii o priorytecie P1 za każdą godzinę zwłoki,
5.1.2. 50 zł (słownie złotych: pięćdziesiąt 00/100) dla Awarii o priorytecie P2, za każdą godzinę zwłoki,
5.1.3. 1% miesięcznego wynagrodzenia za tę usługę dla Awarii o priorytecie P3, za każdy Dzień roboczy Zamawiającego zwłoki;
5.2. Dla Usługi dzierżawy ciemnych włókien:
5.2.1. 100,00 PLN (słownie złotych: sto 00/100) dla Awarii o priorytecie P1 za każdą godzinę zwłoki,
5.2.2. 50 zł (słownie złotych: pięćdziesiąt 00/100) dla Awarii o priorytecie P2, za każdą godzinę zwłoki,
5.2.3. 1% miesięcznego wynagrodzenia za tę usługę dla Awarii o priorytecie P3, za każdy Dzień roboczy Zamawiającego zwłoki;
5.3. Dla Usługi udostępnienia Urządzeń Wykonawcy:
5.3.1. 100,00 PLN (słownie złotych: sto 00/100) dla Awarii o priorytecie P1 za każdą godzinę zwłoki,
5.3.2. 50 zł (słownie złotych: pięćdziesiąt 00/100) dla Awarii o priorytecie P2, za każdą godzinę zwłoki,
5.3.3. 1% miesięcznego wynagrodzenia za tę usługę dla Awarii o priorytecie P3, za każdy Dzień roboczy Zamawiającego zwłoki.
6. Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w wysokości:
6.1. 2 000,00 PLN (słownie złotych: dwa tysiące 00/100) za brak przygotowania Harmonogramu przez Wykonawcę lub brak akceptacji Harmonogramu przez Zamawiającego i konieczności sporządzenia Harmonogramu przez Zamawiającego, w terminie określonym
w § 3 pkt. 3;
6.2. 20000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy 00/100) za brak przygotowania Planu rozmieszczenia przez Wykonawcę lub brak akceptacji Planu rozmieszczenia przez Zamawiającego, w terminie określonym w § 3 pkt. 8.1;

6.3. 500,00 PLN (słownie złotych: pięćset 00/100) za każde przekroczenie liczby nieplanowanych przerw dla danej Usługi, w ciągu roku obowiązywania Umowy, o których mowa w § 4 pkt. 9;
6.4. 50,00 PLN (słownie złotych: pięćdziesiąt 00/100) za niedotrzymanie czasu potwierdzania Zleceń, o których mowa § 5 pkt. 2.2.1., za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki;
6.5. 500,00 PLN (słownie złotych: pięćset 00/100) za niedotrzymanie czasu potwierdzania Zleceń, o których mowa § 5 pkt. 2.2.2., za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
6.6. 50,00 PLN (słownie złotych: pięćdziesiąt 00/100) za niedotrzymanie terminu dokonania poprawek dokumentacji, o którym mowa w § 4 pkt 14, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
6.7. 20,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia 00/100) za przekroczenie czasu reakcji określonego w § 4 pkt 8 lub za brak realizacji w Usług zdalnych rąk w terminie określonym
w potwierdzonym Protokole Zlecenia, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki.
7. W przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez Wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia określonej w § 14 pkt 27 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,005% wartości tego wynagrodzenia należnego danemu podwykonawcy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki
za każdy przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty odrębnie.
8. W przypadku odstąpienia od Umowy w całości przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną
w wysokości 2% całkowitego wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 9 pkt 1 pomniejszego o koszt energii elektrycznej. Na poczet niniejszej kary zalicza się wcześniej naliczone kary z tytułu zwłoki w realizacji Wdrożeń.
9. W przypadku wypowiedzenia Umowy w całości przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną
w wysokości 2% całkowitego wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 9 pkt 1 pomniejszego o koszt energii elektrycznej, które pozostało
do wykorzystania z tytułu realizacji przedmiotu Umowy na dzień wypowiedzenia Umowy, niezależnie od kar umownych wynikających z innych tytułów.
10. W przypadku naruszenia postanowień określonych w §16, polegającego na ujawnieniu Informacji chronionych Zamawiającego, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną
w wysokości 20 000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy 00/100), odrębnie za każdy przypadek naruszenia.
11. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowienia określonego w §16 pkt 6.3 Umowy i przekroczenia czasu o 72h Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną
w wysokości 2 000,00 PLN (słownie złotych: dwa tysiące 00/100), za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki.
(…)
15. Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych nie może przekroczyć wartości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji przedmiotu Umowy, określonego w § 9 pkt 1, pomniejszego o koszt energii elektrycznej.”.

VIII. Wypowiedzenie umowy – łączna wysokość kar umownych (zarzut nr 7):

1) § 15 ust. 4 pkt 4.6 Wzoru Umowy – w zakresie jakim Zamawiający uprawniony jest wypowiedzieć umowę, gdy: „łączna wysokość kar umownych naliczonych przez Zamawiającego na podstawie § 11 pkt. 1 – 7, 10 i 11, tj. z tytułów innych niż odstąpienie od Umowy w całości albo wypowiedzenie Umowy w całości lub w części, osiągnie 10% kwoty maksymalnego wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 pkt 1”.

W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną

w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący
do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz

2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzgledniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców

- poprzez uprawnienie Zamawiającego do wypowiedzenia umowy w sytuacji, gdy limit kar umownych z § 11 z pkt 1 – 7, 10 i 11 Wzoru Umowy nie zostanie osiągnięty (20%).

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji § 15 ust. 4 pkt 4.6 Wzoru Umowy zgodnie z poniższą propozycją:
„4.6. łączna wysokość kar umownych naliczonych przez Zamawiającego na podstawie § 11 pkt. 1 – 7, 10 i 11, tj. z tytułów innych niż odstąpienie od Umowy w całości albo wypowiedzenie Umowy w całości lub w części, osiągnie 20% kwoty maksymalnego wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 pkt 1".

IX. Niejednoznaczne rozgraniczenie incydentów o danym priorytecie (zarzut nr 8):

1) § 4 ust. 4 pkt. 4.1 ppkt 4.1.1 i 4.1.2. Wzoru Umowy – w zakresie jakim „Świadczona usługa musi być zgodna z poniższą klasyfikacją priorytetów Zgłoszeń:
4.1. Usługi kolokacji:
4.1.1. najwyższy priorytet (P1): poważny incydent (błąd krytyczny), spowodowany przez Awarię lub nieprawidłowe działanie dowolnego elementu Usługi, powodujące nieakceptowane obniżenie funkcjonalności Usługi, w tym brak zasilania dla szaf RACK, brak zachowania parametrów środowiskowych na poziomie dopuszczalnym dla klasy A1 ASHRAE/2021, a dla szaf RACK o podwyższonym wymaganiu na moc zapewnienie warunków zgodnie z rekomendowanymi wartościami dla klasy H1 ASHRAE/2021,
4.1.2. średni priorytet (P2): znaczący incydent (błąd niekrytyczny), spowodowany przez Awarię lub nieprawidłowe działanie Usługi, powodujące: ograniczenie funkcjonalności Usługi albo nieakceptowane zmniejszenie wydajności lub niezawodności albo obniżenie jakości usług realizowanej Usługi, w tym brak zachowania parametrów środowiskowych na poziomie rekomendowanym dla klasy A1 ASHRAE/2021, a dla szaf RACK o podwyższonym wymaganiu na moc zapewnienie warunków zgodnie z rekomendowanymi wartościami dla klasy H1ASHRAE/2021, a także brak zachowania redundancji zasilania gwarantowanego dwutorowego dla wszystkich szaf RACK".

W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz
2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców
- poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne rozgraniczenie incydentów o danym priorytecie, w szczególności poprzez wprowadzenie nieostrego określenia *„nieakceptowane"*, na podstawie którego nie można obiektywnie ocenić jaki incydent wystąpił.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) dokonania modyfikacji § 4 ust. 4 pkt. 4.1 ppkt 4.1.1 i 4.1.2. Wzoru Umowy zgodnie z poniższą propozycją:
„4.1. Usługi kolokacji:
4.1.1. najwyższy priorytet (P1): poważny incydent (błąd krytyczny), spowodowany przez Awarię lub nieprawidłowe działanie dowolnego elementu Usługi, powodujące brak zasilania dla szaf RACK, brak zachowania parametrów środowiskowych na poziomie dopuszczalnym dla klasy A1 ASHRAE/2021, a dla szaf RACK o podwyższonym wymaganiu na moc brak zapewnienia warunków zgodnie z rekomendowanymi wartościami dla klasy H1 ASHRAE/2021,
4.1.2. średni priorytet (P2): znaczący incydent (błąd niekrytyczny), spowodowany przez Awarię lub nieprawidłowe działanie Usługi, rozumiane jako brak zachowania parametrów środowiskowych na poziomie rekomendowanym dla klasy A1 ASHRAE/2021, a dla szaf RACK o podwyższonym wymaganiu na moc zapewnienie warunków zgodnie z rekomendowanymi wartościami dla klasy H1 ASHRAE/2021, a także brak zachowania redundancji zasilania gwarantowanego dwutorowego dla wszystkich szaf RACK".

X. Dokonywanie poprawek w dokumentacji (zarzut nr 9):

1) § 4 ust. 15 Wzoru Umowy – w zakresie jakim Zamawiający wymaga:
„W przypadku wezwania Wykonawcy do dokonania poprawek, Wykonawca może ustosunkować się do zastrzeżeń Zamawiającego, co nie zwalnia go z dokonania poprawek w terminie, chyba, że Zamawiający na skutek wyjaśnień odstąpi od zastrzeżeń lub ich części – w takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do dokonania poprawek w zakresie, w jakim Zamawiający podtrzymuje zastrzeżenia".

W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w

sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną

w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący

do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz

2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców

- poprzez wymaganie bezwarunkowego uwzględnienia zgłoszonych przez Zamawiającego poprawek, pomimo, że mogą one być bezzasadne i nieprawidłowe i pomimo, że wykonawca może mieć do nich zastrzeżenia, jednocześnie cały czas pozostając odpowiedzialnym

za prawidłowość całości dokumentacji (vide §4 ust. 16 Wzoru Umowy).

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji § 4 ust. 15 Wzoru Umowy poprzez dodanie zastrzeżenia,

że wprowadzenie niezasadnych poprawek do dokumentacji zgłoszonych przez Zamawiającego zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności za prawidłowość przygotowanej dokumentacji.

XI. Brak procedury odbioru wdrożenia (zarzut nr 10):

1) § 3 Wzoru Umowy – w zakresie jakim Zamawiający zaniechał wprowadzenia szczegółowej procedury odbioru.

W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną

w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący

do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz

2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzgledniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców

- poprzez brak jednoznacznego określenia sposobu i warunków podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia, które stanowi podstawowe kryterium wyrażenia zgody na rozpoczęciu usług migracji.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji § 3 Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie procedury odbioru, w myśl której:

- wykonawca zgłasza gotowość do odbioru,
- Zamawiający w przeciągu 3 dni roboczych dokonuje odbioru,
- Zamawiający podpisuje protokół bez uwag lub zgłasza uwagi na piśmie,
- brak zgłoszenia uwag i/lub podpisania protokołu odbioru powoduje wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy z tytuły niedotrzymania terminów umownych, a Usługi zgłoszone do odbioru uznaje się za odebrane bez uwag.

XII. Termin na przedstawienie oświadczenia o zakupie świadectw pochodzenia energii (zarzut nr 11):

1) § 2 ust. 5 Wzoru Umowy – w zakresie jakim wymaga:

„5. Jeżeli w Ofercie Wykonawca zadeklarował zapewnienie gwarancji pochodzenia energii

na potrzeby świadczenia Usług kolokacji, wtedy do 25 Dni roboczych Zamawiającego

po zakończeniu każdego roku kalendarzowego świadczenia Usług kolokacji oraz do trzech miesięcy kalendarzowych po zakończeniu okresu, o którym mowa w § 4 pkt 1 Wykonawca przedstawi Zamawiającemu oświadczenie o zakupie świadectw pochodzenia energii oraz decyzje o umorzeniu świadectw pochodzenia energii dla energii wykorzystanej w adekwatnym okresie na potrzeby świadczenia Usług kolokacji".

W zakresie powyższych postanowień Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną

w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący

do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz

2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania

wykonawców
- poprzez wyznaczenie nieproporcjonalnie krótkiego terminu na przedstawienie Zamawiającemu oświadczenia o zakupie świadectw pochodzenia energii oraz decyzji
o umorzeniu świadectw pochodzenia energii dla energii wykorzystanej w adekwatnym okresie na potrzeby świadczenia Usług kolokacji.
Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) dokonania modyfikacji § 2 ust. 5 Wzoru Umowy zgodnie z poniższą propozycją:
„5. Jeżeli w Ofercie Wykonawca zadeklarował zapewnienie gwarancji pochodzenia energii
na potrzeby świadczenia Usług kolokacji, wtedy do 25 Dni roboczych Zamawiającego
do końca 2 kwartału po zakończeniu każdego roku kalendarzowego świadczenia Usług kolokacji oraz do końca 2 kwartału roku, następującego po roku, w którym nastąpiło zakończenie okresu, o którym mowa w § 4 pkt 1 Wykonawca przedstawi Zamawiającemu oświadczenie o zakupie świadectw pochodzenia energii oraz decyzje o umorzeniu świadectw pochodzenia energii dla energii wykorzystanej w adekwatnym okresie na potrzeby świadczenia Usług kolokacji.”.

XIII. Wizja lokalna (zarzut nr 12):

1) w zakresie jakim Zamawiający w pkt 2.1.6 SWZ wskazał:
„2.1.6. Wizja lokalna/Sprawdzenie dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia:
2.1.6.1. Zamawiający nie przewiduje wizji lokalnej lub sprawdzenia przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu
u zamawiającego.”.
W zakresie powyższego postanowienia SWZ Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez uniemożliwienie wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty w postępowaniu przeprowadzenia wizji lokalnej lokalizacji, z której ma być przewożony sprzęt.
Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) modyfikacji treści SWZ poprzez zmianę pkt 2.1.6 SWZ i dopuszczenie wizji lokalnej
na potrzeby migracji, tj. wizji w lokalizacji, z której ma być przewożony sprzęt.

XIV. Uszkodzenia logiczne sprzętu (zarzut nr 13):

1) w zakresie jakim Zamawiający w pkt 4.2.4. SOPZ wymaga:
„Za wszelkie uszkodzenia fizyczne i logiczne sprzętu, powstałe po zakończeniu audytu zerowego, a przed zakończeniem testów po wykonaniu migracji, odpowiedzialność ponosi Wykonawca. W przypadku uszkodzenia dysków twardych, zostaną one wymienione na nowe; uszkodzone dyski twarde pozostają u Zamawiającego”.
W zakresie powyższego postanowienia SWZ Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez nałożenie
na wykonawcę odpowiedzialności za uszkodzenia logiczne sprzętu, podczas gdy Wykonawca nie ma dostępu do logicznej konfiguracji systemów.
Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) modyfikacji treści SWZ poprzez zmianę pkt 4.2.4 SOPZ zgodnie z poniższą propozycją (lub usunięcie wymogu):
„Za wszelkie uszkodzenia fizyczne, powstałe po zakończeniu audytu zerowego, a przed zakończeniem testów po wykonaniu migracji, odpowiedzialność ponosi Wykonawca. W przypadku uszkodzenia dysków twardych, zostaną one wymienione na nowe; uszkodzone dyski twarde pozostają u Zamawiającego”.

XV. Skrętka ekranowa (zarzut nr 14):

1) w zakresie jakim Zamawiający w pkt 2.14.1.2. SOPZ wymaga:
„Połączenie pomieszczenia z Data Room 6 bezpośrednimi liniami miedzianymi kategorii 6A przy użyciu skrętki ekranowanej”.
W zakresie powyższego postanowienia SWZ Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania

wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez wymaganie użycia skrętki ekranowej, w sytuacji gdy długość ścieżki kablowej dla linii miedzianych może przekroczyć dozwoloną odległość gwarantującą poprawne przesyłanie sygnału.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikacji treści SWZ poprzez zmianę pkt 2.14.1.2. SOPZ i dopuszczenie w przypadku braku możliwości zastosowania skrętki, możliwości zastosowania dedykowanych włókien światłowodowych.

XVI. Wymiary wymaganej lokalizacji (zarzut nr 15):

1) w zakresie w jakim Zamawiający w pkt 2.2 SOPZ zaniechał doprecyzowania jakim sposobem dokona pomiaru odległości wymaganej lokalizacji.

W zakresie powyższego postanowienia SWZ Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, poprzez brak doprecyzowania, że wszelkie odległości są liczone od ściany budynku, w którym będzie świadczona kolokacja dla Zamawiającego – co powodować może różną interpretację pomiaru odległości przez wykonawców, w konsekwencji może skutkować niezgodnością z wymaganiami Zamawiającego.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

2) modyfikacji treści pkt 2.2 SOPZ i doprecyzowanie, że wszelkie odległości są liczone od ściany budynku, w którym będzie świadczona kolokacja dla Zamawiającego.

Odwołujący wniósł ponadto o:

1) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie,

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną złożone przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał w szczególności:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie przedmiotem, którego jest:

a. świadczenie usługi kolokacji polegającej na udostępnieniu i utrzymaniu w stanie czynnym powierzchni technicznej i infrastruktury technicznej centrum przetwarzania danych (serwerowni) na potrzeby umieszczenia i zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń i systemów należących do Zamawiającego i stanowiącego ośrodek obliczeniowy Zamawiającego. Wykonawca w ramach Usługi kolokacji zapewni właściwe warunki lokalowe i techniczne dla eksploatacji serwerów; pamięci masowych i urządzeń sieciowych Zamawiającego w trybie ciągłym 365/366 dni w roku w okresie 60 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi kolokacji;

b. świadczenie usługi dzierżawy ciemnych włókien światłowodowych pomiędzy Centrum kolokacji a Podstawowym Centralnym Ośrodkiem Obliczeniowym, zlokalizowanym przy ul. Szamockiej 3, 5 (dalej COO);

c. świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi migracji urządzeń do Centrum kolokacji z COO;

d. udostępnienie i wdrożenie dla Zamawiającego urządzeń.

2. Powyższe, dające się wyodrębnić świadczenia zostały przez Zamawiającego w sposób bezzasadny połączone, prowadząc do rażącego zawężenia kręgu podmiotów zdolnych samodzielnie zrealizować zamówienie i mogących złożyć ofertę w postępowaniu.

3. Nadto, Zamawiający wprowadził do SWZ szereg nadmiarowych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymogów, zarówno w OPZ, jak i postanowieniach Wzoru Umowy. Z tak sformułowaną treścią SWZ nie sposób się zgodzić, z uwagi na szereg okoliczności faktycznych i prawnych.

4. Niniejsze odwołanie służy przywróceniu konkurencyjności w postępowaniu, poprzez wyeliminowanie zaskarżonych wymogów i dopuszczenie do udziału w postępowaniu szerszego kręgu wykonawców, oferujących usługi w pełni zgodne z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego i w sposób w pełni zabezpieczających interes Zamawiającego.

5. W tym kontekście Odwołujący zaznaczył, że brak podziału zamówienia na części, skutkuje tym, że ofertę w postępowaniu zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego może złożyć wyłącznie wykonawca – Integrated Solutions sp. z o.o.

6. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z nadal aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku złożenia odwołania wobec SWZ, Odwołujący zobowiązany jest wyłącznie uprawdopodobnić utrudnienie konkurencji, natomiast to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że SWZ nie narusza przepisów ustawy

Pzp. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1534/18.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 – Brak podziału zamówienia na części, Odwołujący podał:

Na wstępie podkreślił, iż o ile w obowiązującej ustawie Pzp brak jest przepisów statuujących obligatoryjny obowiązek podziału zamówienia na części przez zamawiających publicznych,

to przyjmuje się, iż przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp powinien być interpretowany łącznie

z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w celu badania czy przyczyny zaniechania podziału zamówienia nie naruszają zasad postępowania przetargowego wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zasadą jest bowiem, iż brak podziału zamówienia na części jest ograniczony zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co do zasady, decyzja w kwestii podziału zamówienia na części nie może stanowić subiektywnej oceny zamawiającego, bez uwzględnienia faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu jego podzielenie.

Podniósł, jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych (w odniesieniu do pozostającego aktualnego art. 96 ust. 1 pkt 11 poprzednio obowiązującej ustawy) „zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie

na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższy przepis stanowi transpozycję

do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części

nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć,

że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane

z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami

z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku". Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1680/20. Nadto, „[d]ecyzja co do podziału zamówienia

na określoną ilość części należy do zamawiającego. Zamawiający podejmuje ją w zależności od swoich potrzeb, jednakże jego swoboda jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom. Prawidłowość postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na tyle części, na ile jest to potencjalnie możliwe, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy". Powyższa interpretacja uwzględnia jeden z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, tj. zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) (do których należy Odwołujący) w rynku zamówień publicznych oraz zwiększenie konkurencji między wykonawcami. Podziału zamówienia można dokonać na zasadzie ilościowej, tak aby wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP lub na zasadzie jakościowej,

z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP. Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2366/17.

Transpozycję tych przepisów stanowi art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienie jest niepodzielne na części, jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych

lub ekonomicznych tworzy nierozerwalną całość.

Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1051/20.

Odwołujący podkreślił, iż podział zamówienia na części poprzez rozdzielenie usług kolokacji, dzierżawy włókien, relokacji od usługi dostawy sprzętu sieciowego oznaczać będzie zwiększenie konkurencyjności postępowania bez szkody dla realizacji i osiągnięcia celu zakupowego Zamawiającego. Odwołujący jako podmiot świadczący profesjonalne usługi kolokacji, dzierżawy włókien oraz relokacji, realizując szereg zamówień publicznych
nie spotkał się do tej pory z połączeniem wyżej wymienionych usług z usługą dzierżawy urządzeń. Szczególnie, biorąc pod uwagę, iż Zamawiający wymaga dostawy unikalnych
i niestandardowych urządzeń. Nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że wydzielenie tej części generuje dodatkowe ryzyka związane z realizacją zamówienia. Przeciwnie – wydzielenie zwiększy konkurencyjność, umożliwi złożenie ofert wyspecjalizowanym podmiotom, które świadczą usługi dzierżawy i serwisu sprzętu, w tym tak specjalistycznego jakiego wymaga Zamawiający. Zamawiający jako podmiot kształtujący warunki realizacji zamówienia może bowiem kontraktowo zabezpieczyć swój interes i sposób świadczenia usług, zapewniając możliwość synchronizacji usług w wypadku, gdy podzielone na części zamówienie realizowane byłoby przez różne podmioty.
Jak zostało wskazane powyżej, celem Zamawiającego powinno być dążenie do uzyskania jak największej ilości konkurencyjnych ofert spełniających merytoryczne wymagania. Zamawiający poprzez połączenie w jednym postępowaniu de facto dwóch różnych i dających się samodzielnie wydzielić postępowań (kolokacja oraz dzierżawa urządzeń) dokonuje rażącego zawężenia liczby oferentów mogących złożyć ofertę w postępowaniu. W tym kontekście dodał, że Zamawiający, w punkcie 5.2 SOPZ określa wymagania dotyczące przełączników FC, których wymaga w postępowaniu. Przełączniki te nie są niezbędne
do świadczenia usługi Kolokacji, ale są elementami infrastruktury, których to Zamawiający potrzebuje w ramach własnej infrastruktury do uruchomienia środowiska. W ten sposób Zamawiający w ramach jednego postępowania połączył dwie niezwiązane ze sobą usługi
i w istocie dwie różne potrzeby zakupowe. Nadto, w punkcie 5.2.1 SOPZ Zamawiający przedstawia wymagania jakie wspomniane powyżej przełączniki FC powinny spełniać, jednocześnie próbując zdaniem Odwołującego przenieść na wykonawcę odpowiedzialność
za ich poprawną współpracę z obecną infrastrukturą Zamawiającego. Na marginesie dodał,
że wymagania dotyczące specyfikacji przełączników ograniczają dopuszczalny sprzęt jaki może zostać zaoferowany w ramach postępowania do konkretnego producenta, a nawet konkretnego modelu. Przełącznik musi w pełni współpracować z posiadanymi przez Zamawiającego przełącznikami CISCO MDS9710 oraz integrować się z posiadanym przez Zamawiającego systemem zarządzania DCNM w pełnym zakresie funkcjonalności. W punkcie 5.2.1 (ppkt 24) Zamawiający wprost określa, że wymaga dostarczenia sprzętu fabrycznie nowego i nieużywanego, co wprost potwierdza, że ta część postępowania stanowi dzierżawę sprzętu o specyficznej oczekiwanej przez Zamawiającego konfiguracji. Dzierżawa takiego sprzętu nie jest związana ze świadczeniem usług Kolokacji, których w istocie dotyczy przedmiotowe postępowanie. Dostawę takich przełączników Zamawiający może zrealizować poprzez zakup/wynajem/leasing, w postępowaniu, w którym oferty będą mogły złożyć podmioty specjalizujące się w takich dostawach. W kontekście powyższego odniósł się również do uzasadnienia braku podziału zamówienia na części, z pkt 1.4.4 SWZ. Zamawiający argumentuje brak podziału postępowania w następujący sposób: „1.4.4. Zamówienie nie zostało podzielone na części z następujących powodów: Celem zamówienia jest utworzenie dodatkowego ośrodka przetwarzania danych dla ZUS. Jego uruchomienie jest związane
z szeregiem działań, które powinny zakończyć się w podobnym terminie, aby możliwe było sprawne uruchomienie oczekiwanych funkcjonalności. Podział zamówienia na części nie daje gwarancji na terminowe uruchomienie usługi, a także wiąże się z ryzykiem opłacania niewykorzystywanych usług. Charakter kupowanych usług wymaga, aby były one świadczone przez jednego Wykonawcę w całości – w innym wypadku istnieje ryzyko nadmiernego zwiększenia kosztów i/lub całkowity brak możliwości realizacji usługi. Brak podziału przedmiotowego zamówienia na części wynika z konieczności zapewnienia
dla Zamawiającego realizacji określonych całościowych procesów świadczenia usług
(co wynika z uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego)”.
Odwołujący podkreślił, że w kontekście przedmiotu zamówienia całkowicie nieuprawnione jest twierdzenie, iż podział zamówienia na części nie daje gwarancji na terminowe uruchomienie usługi. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż to Zamawiający określa termin uruchomienia usługi na 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, zatem termin ten może zostać określony zarówno dla części kolokacyjnej, jak i dostawy sprzętu – a wszelkie opóźnienia w tym zakresie obwarowane mogą być karami umownymi, do których odnosi się sam Zamawiający w pkt. 4.2.5 SOPZ. Nadto, rozstrzygnięcie obydwu części postępowania (kolokacja/dostawa sprzętu) w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, minimalizuje ryzyka nieoddania obu usług w terminie, a w szczególności nie ogranicza możliwości złożenia oferty na obie części postępowania przez tego samego wykonawcę (jak obecnie oczekuje tego Zamawiający, przy czym zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego jest tylko jeden taki podmiot na rynku). W dalszej

kolejności wskazał Odwołujący na merytoryczną odrębność obu świadczeń, należącą co do zasady do kompetencji firm o różnym profilu biznesowym. Usługami kolokacji wraz z dzierżawą ciemnych włókien zajmują się firmy takie jak Netia S.A., TMobile Polska S.A. Orange Polska S.A., Equinix Poland Sp. z o.o. , które w swojej ofercie nie mają dostaw sprzętu o charakterystyce i parametrach wymaganych przez Zamawiającego lub nie mają możliwości udostępnić ich w modelu oczekiwanym przez Zamawiającego. Jednocześnie w zakresie dostawy, konfiguracji, integracji, serwisu i wdrożeń specjalistycznego sprzętu ofertę mogliby złożyć integratorzy, tacy jak Atende, Trecom, Netformers, Nomios, którzy nie świadczą usług kolokacji oraz dzierżawy włókien. W ocenie Odwołującego, mając na względzie przedmiot zamówienia całkowicie nieuprawnione, nadmiarowe
i nieproporcjonalne jest również przyjęcie ogólnego założenia, że oferty w postępowaniu
w istocie mogą składać konsorcja. W szczególności, gdy przedmiot zamówienia i sposób jego wykorzystania wprost potwierdza, że nie przemawiają za tym szczególne względy uprawniające do braku podziału na części w rozumieniu przepisów Dyrektywy klasycznej. Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący stwierdził, że zarzut nr 1 uznać należy za zasadny, a Zamawiający winien zgodnie z żądaniem Odwołującego wydzielić część „Udostępnienia
i wdrożenia dla Zamawiającego urządzeń" z 2.1.2.4 SWZ do odrębnej części.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 - System zasilania AC, Odwołujący podał:

Zamawiający bezzasadnie wymaga w pkt 2.6.8.1. SOPZ, aby Budynek Centrum kolokacji zasilany był z dwóch redundantnych źródeł zasilania (RPZ/GPZ) od niezależnych dostawców.

Wymaganie Zamawiającego dotyczące dwóch źródeł zasilania, w tym od dwóch dostawców jest nadmierne i prowadzi do ograniczenia konkurencyjności postępowania. Nie stanowi również dla Zamawiającego wartości w postaci większej dostępności usług. Wymaganie Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w normach powszechnie uznawanych
za wyznacznik przy budowie obiektów data center (ANSI/TIA-PN-942 na poziomie 3).

W obiektach tego typu stosuje się redundantne agregaty prądotwórcze, dające gwarancję bezprzerwowej pracy obiektu data center w przypadku awarii linii zasilających. Dodał,
iż Odwołujący posiada w swoich obiektach data center udokumentowane 100% dostępności energii elektrycznej dla urządzeń klientów, w ciągu ostatnich 10 lat. Dodatkowo, wykonawca deklaruje dostępność świadczonych usług i z tej dostępności jest rozliczany, za ewentualne przekroczenie parametrów SLA obwarowane jest wysokimi karami umownymi. Odwołujący podkreślił, iż brak modyfikacji pkt 2.6.8.1. SOPZ zgodnie z żądaniem Odwołującego skutkować będzie brakiem możliwości złożenia oferty w postępowaniu przez Atman z uwagi
na umiejscowienie swoich data center na terenie m. st. Warszawy (jak i potencjalnie innych konkurencyjnych dla Atman podmiotów), w którym zapewnienie aby budynek centrum kolokacji zasilany był z dwóch redundantnych źródeł zasilania (RPZ/GPZ) od niezależnych dostawców nie jest możliwe i jest to okoliczność niezależna od Odwołującego. Odwołujący zaznaczył przy tym, że jako profesjonalny podmiot realizuje lub realizował szereg umów,
w tym o zamówienie publiczne, dla podmiotów jak Bank Gospodarstwa Krajowego, Centralny Ośrodek Informatyki, Centrum e-Zdrowie oraz wielu innych podmiotów, których nazw Wykonawca nie może podać do publicznej wiadomości ze względu na zobowiązanie
do zachowania poufności. Są to m.in. podmioty zapewniające zasoby stanowiące infrastrukturę krytyczną - największe banki, firmy ubezpieczeniowe, biura maklerskie itd.

W punkcie 5.11 SWZ Zamawiający natomiast wymaga: „Wykonawca uwzględnia, że cena
za 1 MWh wskazana w Formularzu cenowym, powinna być równa cenie płaconej przez Wykonawcę na rzecz takiego dostawcy energii elektrycznej w momencie składania przez Wykonawcę oferty. W przypadku, kiedy do Centrum kolokacji, energię elektryczną dostarcza więcej niż jeden dostawca, cena za 1 MWh, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, oblicza się na podstawie średniej wartości faktycznego kosztu 1 MWh ponoszonego przez Wykonawcę". Powyższe zdaniem Odwołującego wskazuje na niekonsekwencję Zamawiającego, który dopuszcza możliwość dostarczania energii elektrycznej przez jednego dostawcę. Z uwagi na powyższe zarzut nr 2 winien zostać uwzględniony zgodnie z żądaniem
Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 – Polisa ubezpieczeniowa wykonawcy, Odwołujący podał:

Według szacunków Odwołującego wartość świadczonych usług, do których powinna się odnosić ewentualna odpowiedzialność wynosi w przybliżeniu ok. 12 000 000 PLN brutto. Większość wartości zamówienia stanowi koszt energii elektrycznej, która jest refakturowana na Zamawiającego i nie stanowi składnika oferty, od którego wykonawca nalicza swoją marżę.

Biorąc pod uwagę postanowienia Wzoru Umowy, w tym ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy do 50% wartości zamówienia, Odwołujący nie widzi uzasadnienia, aby wymóg wartości polisy ubezpieczeniowej dotyczył wyższej wartości niż ewentualna odpowiedzialność kontraktowa Wykonawcy. W przypadku wymogu posiadania polisy na nieadekwatną kwotę, koszt takiej polisy zostanie odzwierciedlony w kalkulacji oferty, co działa wbrew interesowi

Zamawiającego (otrzyma bowiem wyższe oferty). Tym samym, obecny wymóg sumy ubezpieczenia na kwotę 100 mln zł jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a Zamawiający winien zmodyfikować SWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 - Wysokość poszczególnych kar umownych, Odwołujący podał:

Skarżone w zarzucie nr 6 kary umowne naruszają przepis art. 483 § 1 KC, art. 484 § 2 KC, art. 353[1] KC w związku z w związku z art. 431 i 433 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie we Wzorze Umowy klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia i przedmiotu zamówienia. Wszystkie zaskarżone kary są oderwane od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów. Powyższe narusza też art. 16 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie zaskarżonych postanowień umowy w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego. Kwestia niedopuszczalności przekroczenia granicy swobody umów wielokrotnie została już oceniona negatywnie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przykładowo wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2399/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18., wyrok z dnia 13 grudnia 2019 roku, sygn. akt KIO 2416/19. Podkreślił, że normatywną podstawą zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi przepis art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego – stosownie do jego treści można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia. Wyraźnie zatem z zasad prawa cywilnego wynika, że kara umowna powinna referować do naprawienia szkody. Zamawiający – nawet mając na celu należyte zabezpieczenie interesu publicznego – nie może kształtować wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie Zamawiającego. Kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych lub też, aby wysokość kary wpływała na znaczne zwiększenie cen składanych ofert. Podobne stanowisko zajął też Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w Raporcie Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z marca 2018 r.: „Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości". Z uwagi na powyższe zasadny jest zarzut nr 6 odwołania i modyfikacja wysokości kar umownych zgodnie z żądaniami Odwołującego.

Zamawiający w dniu 18.09.2023 r., stosownie do art. 524 ustawy Pzp (na stronie internetowej pod adresem: SmartPZP) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.09.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca KYNDRYL POLAND Sp. z o.o., ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa, zwany dalej również „Przystępującym", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: wykonawcy KYNDRYL POLAND Sp. z o.o., ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa.

W dniu 27.09.2023 r. odpowiedź na odwołanie drogą elektroniczną (na skrzynkę mailową odwolania@uzp.gov.pl) złożył Zamawiający, w której wskazał, że uwzględnia następujące zarzuty odwołania 13, 15 i w tym zakresie wniósł o umorzenie postępowania oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, dopuszczenie dowodów z dokumentów objętych dokumentacją postępowania oraz załączonych do odpowiedzi na odwołanie na wykazanie faktów wskazanych w uzasadnieniu, obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w

tym kosztami zastępstwa procesowego. W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał w szczególności, że dnia 27.09.2023 r. dokonał modyfikacji SWZ, która wychodzi naprzeciw żądaniom komplementarnym z niektórymi zarzutami odwołania, lecz nie realizuje tych żądań w pełnym wymiarze. Zamawiający podkreślił, że w niektórych wypadkach dokonał modyfikacji, które prawie
w całości odpowiadają żądaniu odwołania (np. zarzut 14), jednak mając na względzie normę wyrażoną w art. 522 ust. 1 Ustawy Pzp (zdanie ostatnie) Zamawiający nie dokonał procesowego uwzględnienia zarzutu. W tej sytuacji jeżeli Odwołujący uzna, że modyfikacja czyni zadość jego żądaniu może według swojego wyboru cofnąć zarzut, albo zmodyfikować żądanie w sposób odpowiadający dokonanej modyfikacji – wtedy Zamawiający uwzględni taki zarzut na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 02.10.2023 r. podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron
i uczestników postępowania odwoławczego w szczególności:

1)Odwołujący:

a) podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów odwołania: w pkt II zarzut nr 1, w pkt III zarzut nr 2, w pkt V zarzut nr 4, w pkt VII zarzut nr 6 w zakresie dotyczącym
§ 11 ust. 4 ppkt 4.1. wzoru umowy. W pozostałym zakresie zarzutów niepodtrzymanych wycofał odwołanie,
b)złożył dowód: Wydruk ze strony COI (RZN DOK ID) - na okoliczność treści normy
i wymaganego poziomu bezpieczeństwa,
c)złożył wniosek kosztowy z tytułu reprezentacji przed Izbą i fakturę VAT na kwotę 3 600 zł;

2)Zamawiający:

a)wniósł o oddalenie odwołania w podtrzymanym przez Odwołującego zakresie,
b)nie wniósł wniosku kosztowego;

3)Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się
z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami w zakresie podtrzymanych zarzutów odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia niejawnego
z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił
w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody w odpowiedzi na odwołanie - modyfikacje SWZ z 27.09.2023 r., a także w dniu 02.10.2023 r. na rozprawie przez Odwołującego - wydruk ze strony COI (RZN DOK ID).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, w tym odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron, Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze
w zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego: w pkt IV (zarzut nr 3), w pkt VI (zarzut
nr 5), częściowo w pkt VII (zarzut nr 6 z wyłączeniem w zakresie § 11 ust. 4 ppkt 4.1. wzoru umowy), w pkt VIII (zarzut nr 7), w pkt IX (zarzut nr 8), w pkt X (zarzut nr 9), w pkt XI (zarzut nr 10), w pkt XII (zarzut nr 11), w pkt XIII (zarzut nr 12), w pkt XIV (zarzut nr 13), w pkt XV (zarzut nr 14), w pkt XVI (zarzut nr 15) odwołaniaW zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie ustawy Pzp, ponieważ oświadczenie o cofnięciu części zarzutów odwołania uznać należy
za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego co do zarzutów wycofanych bez ich merytorycznego

rozpoznania. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą co do wycofanych zarzutów.

Odwołanie w pozostałym zakresie, a więc co do zarzutów w pkt II (zarzut nr 1), w pkt III (zarzut nr 2), w pkt V (zarzut nr 4) i w pkt VII (zarzut nr 6 w zakresie § 11 ust. 4 ppkt 4.1. wzoru umowy) odwołania, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu podtrzymane zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1)zarzut nr 1: art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ

na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i ograniczający krąg podmiotów mogących złożyć ofertę w postępowaniu, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny

do przedmiotu zamówienia, poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia w częściach i dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, polegające na zaniechaniu wydzielenia

do odrębnej części z pkt 2.1.2.4 SWZ, to jest udostępnienia

i wdrożenia dla Zamawiającego urządzeń, oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu z pkt 4.1.1.4.4 SWZ oraz

pkt III.1.3 ppkt 4 ogłoszenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie związanym z bezzasadnym zaniechaniem wydzielenia udostępnienia

i wdrożenia dla Zamawiającego urządzeń do odrębnej części zamówienia;

2)zarzut nr 2: art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący

i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny

do przedmiotu zamówienia, poprzez wymaganie zasilania budynku kolokacji z dwóch redundantnych źródeł zasilania (RPZ/GPZ) od niezależnych dostawców, podczas gdy w realiach rynkowych zapewnienie takie nie jest rynkową praktyką, ani nie może stanowić uzasadnionej potrzeby Zamawiającego – prowadząc do ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę w postępowaniu, a także nie gwarantuje Zamawiającemu podwyższenia dostępności świadczonych usług, a przeświadczenie większej niezawodności sprawia jedynie pozornie;

3)zarzut nr 4: art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący

i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny

do przedmiotu zamówienia, poprzez wymaganie polisy ubezpieczeniowej na sumę ubezpieczenia nieproporcjonalną do przedmiotu zamówienia, co przekłada się

na wysokość ofert w postępowaniu i prowadzi do ograniczenia konkurencji postępowania;

4)zarzut nr 6 w zakresie § 11 ust. 1-3, ust. 4 ppkt 4.1. wzoru umowy: art. 483 § 1

w zw. art. 484 § 2 w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 431 i 433 pkt 2 ustawy Pzp

w zw. art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353^1 KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron

oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), oraz art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzgledniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców - poprzez ustanowienie nieproporcjonalnie wysokich kar umownych do przedmiotu zamówienia

i do sankcjonowanego naruszenia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do odwołania w zakresie podtrzymanych zarzutów odwołania:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), którego przedmiotem jest: Świadczenie usług kolokacji obejmujących najem powierzchni serwerowej i usługi dzierżawy ciemnych włókien, wraz z zapewnieniem infrastruktury towarzyszącej i urządzeń dla Centrali ZUS, zmienionej w dniu 27.09.2023 r., Zamawiający wskazał w:

1)pkt 2.1.2 ppkt 2.1.2.1-2.1.2.4:

„2.1.2. Przedmiotem zamówienia jest:

2.1.2.1. Świadczenie usługi kolokacji (dalej: Usługi kolokacji, Kolokacji) polegającej na udostępnieniu i utrzymaniu w stanie czynnym powierzchni technicznej i infrastruktury technicznej centrum przetwarzania danych (serwerowni) na potrzeby umieszczenia i zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń i systemów należących do Zamawiającego i stanowiącego ośrodek obliczeniowy Zamawiającego (dalej Centrum kolokacji). Wykonawca w ramach Usługi kolokacji zapewni właściwe warunki lokalowe i techniczne dla eksploatacji serwerów, pamięci masowych i urządzeń sieciowych Zamawiającego w trybie ciągłym 365/366 dni w roku w okresie 60 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi kolokacji.

2.1.2.2. Świadczenie usługi dzierżawy ciemnych włókien światłowodowych pomiędzy Centrum kolokacji a Podstawowym Centralnym Ośrodkiem Obliczeniowym, zlokalizowanym przy ul. Szamockiej 3, 5 (dalej COO).

2.1.2.3. Świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi migracji urządzeń do Centrum kolokacji z COO.

2.1.2.4. Udostępnienie i wdrożenie dla Zamawiającego urządzeń.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 11 do SWZ.";

2)pkt 2.6.8.1. Załącznika nr 11 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ"): „2.6.8.1. Budyneł Centrum kolokacji zasilany z dwóch redundantnych źródeł zasilania (RPZ/GPZ)";

3)11.1.2.2.: „11.1.2.2. przedłożenia aktualnej polisy ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości nie mniejszej niż 50 000 000,00 PLN (słownie złotych: pięćdziesiąt milionów 00/100) lub jej równowartości w walucie obcej (kurs średni NBP[1])" i dalej w odnośniku 1: „[1] W celu oceny spełnienia postawionego wymagania, Zamawiający dokona przeliczenia wartości podanych w walucie innej niż polski złoty po kursie średnim NBP wskazanym w tabeli opublikowanej w dniu rozpoczęcia ochrony ubezpieczeniowej. Jeśli rozpoczęcie ochrony ubezpieczeniowej nastąpi w dniu, w którym NBP nie publikuje tabeli kursów średnich, Zamawiający dokona przeliczenia po kursie z tabeli kursów średnich opublikowanej w dniu najbliższym po dniu rozpoczęcia ochrony ubezpieczeniowej.

W przypadku, gdy dana waluta już nie istnieje, to do przeliczenia wartości przyjęty będzie średni kurs wymiany walut NBP z ostatniego dnia jej istnienia.";

4)§ 11 ust. 4 ppkt 4.1. i 4.2. i ust. 15 Projektowanych Postanowień Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ):

„4. Za każde rozpoczętą 1 (jedną) minutę niedotrzymania parametru dostępności określonego w § 4 pkt. 9, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości:

4.1. 25 000,00 PLN (słownie złotych: dwadzieścia pięć tysięcy 00/100)

dla niedotrzymania parametru dostępności, o którym mowa w § 9 pkt 4 dla Usługi kolokacji, w zakresie niedostępności usługi od 94,6 * (1 - <kryterium oceny ofert – uzupełnić przed zawarciem Umowy, zgodnie z Ofertą> %) / (1 - 99,982%) minut

do 94,5 minuty

4.2.1,6% maksymalnego abonamentu miesięcznego brutto, o którym mowa w § 9 pkt 4, dla niedotrzymania parametru dostępności dla Usługi kolokacji, w zakresie niedostępności Usługi od 94,6 minuty,

15.Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych nie może przekroczyć wartości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji przedmiotu Umowy, określonego w § 9 pkt 1.".

Spór dotyczył tego, czy Zamawiający miał uzasadnienie faktyczne i prawne niedokonania podziału zamówienia na części, a także uzasadnienia żądania zasilania stacji zapasowej z dwóch niezależnych źródeł zasilania, charakteru żądanej polisy ubezpieczeniowej oraz wysokości kary umownej w związku z zaproponowanym w ofercie parametrem dostępności usługi.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do powyższych twierdzeń Odwołującego, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w zakresie tego,

że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego w zarzucanym mu zakresie podtrzymanych zarzutów odwołania.

Odnośnie podtrzymanych zarzutów odwołania, Izba uznała te zarzuty za niezasadne.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła, co następuje:

1)w odniesieniu do zarzutu nr 1 – Brak podziału zamówienia na części:

Przedmiotem zamówienia jest utworzenie Centrum zapasowego w Centrum kolokacji wykonawcy oraz połączenie go z siedzibą Zamawiającego. W tym celu wykonawca będzie świadczył na rzecz Zamawiającego usługi, obejmujące zestawienie i utrzymanie usługi ciemnych włókien pomiędzy obecnym ośrodkiem przetwarzania Zamawiającego,

a Centrum kolokacji, wydzierżawi dwa oddzielne trakty światłowodowe do przesyłania danych, które będą dedykowane tylko na potrzeby Zamawiającego, udostępni dwa urządzenia DWDM: jedno w lokalizacji Zamawiającego, drugie w Centrum kolokacji,

do których będą podłączone wydzierżawione łącza światłowodowe. W ten sposób oba ośrodki przetwarzania danych będą połączone cyfrowo przez cały okres świadczenia Usługi kolokacji. Ze względu na zastosowanie technologii DWDM możliwe będzie przesyłanie sygnałów z wielu systemów teleinformatycznych Zamawiającego, tylko przez dwa trakty, a same urządzenia DWDM będą odpowiedzialne za odpowiednie rozdzielanie tych sygnałów. Zamawiający, w celu wykonania kopii zapasowej, za pośrednictwem wydzierżawionych łączy, będzie przesyłał do Centrum kolokacji dane przetwarzane

w systemach teleinformatycznych Zamawiającego, w tym przede wszystkim

z Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) oraz Platformy Usług Elektronicznych (PUE). Centrum zapasowe będzie zasilane przez największe systemy informatyczne w Polsce wielką liczbą danych dotyczących ubezpieczonych i świadczeniobiorców. Dane będą wysyłane na bieżąco (metoda synchroniczna), co oznacza, że dane zapisywane w obecnym ośrodku przetwarzania Zamawiającego, będą jednocześnie zapisywane na infrastrukturze Zamawiającego

w Centrum kolokacji. Infrastruktura w Centrum kolokacji musi odzwierciedlać infrastrukturę podstawowego ośrodka przetwarzania danych Zamawiającego. Zamawiający określił w OPZ wymagania na przełączniki sieci SAN w oparciu o obecnie eksploatowane urządzenia w obecnym ośrodku przetwarzania. Przełączniki sieci SAN będą udostępnione w ramach przedmiotu zamówienia tylko w Centrum kolokacji. Umożliwią one zarządzanie systemem pamięci masowych w Centrum kolokacji.

W Centrum kolokacji stopniowo będzie budowany drugi ośrodek obliczeniowy, w którym będą przechowywane kopie danych z systemów informatycznych Zamawiającego. Docelowo Centrum kolokacji nabędzie zdolności przejęcia części przetwarzania obecnego ośrodka obliczeniowego. Taka funkcjonalność Centrum kolokacji podyktowana jest potrzebą Zamawiającego związaną z zapewnieniem redundantnego i bezpiecznego ośrodka zapasowego. Docelowo Centrum kolokacji ma zapewnić Zamawiającemu wysoką dostępność świadczonych przez Zamawiającego usług oraz odporność na awarie lub katastrofy. Dla Zamawiającego zatem nie mają żądnego znaczenia pojedyncze usługi wchodzące w skład zamówienia – brak uruchomienia którejkolwiek z usług: dzierżawy ciemnych włókien, udostępniania urządzeń wykonawcy lub Usług kolokacji niweczy osiągnięcie celu postępowania jakim jest budowa Centrum Zapasowego.

Motyw 78 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia

26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę

2004/18/WE (Dz. Urz. UE L Nr 94, str. 65) wskazuje, że podział zamówienia

na części nie stanowi bezwzględnego obowiązku, a instytucje zamawiające należy jedynie zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Poza tym „Wielkość

i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określane przez instytucję zamawiającą (…). Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną,

nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu.”. W motywie 78 Preambuły Dyrektywy 2014/24/UE wskazuje się przyczyny uzasadniające podział zamówienia

na części: „Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.”.

Zamawiający wykazał w toku postępowania odwoławczego potrzebę braku podziału zamówienia na części, tak jak uzasadnił brak podziału zamówienia na części

w pkt 1.4.4. SWZ (zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp): „1.4.4. Zamówienie nie zostało podzielone na części z

następujących powodów: Celem zamówienia jest utworzenie dodatkowego ośrodka przetwarzania danych dla ZUS. Jego uruchomienie jest związane z szeregiem działań, które powinny zakończyć się w podobnym terminie, aby możliwe było sprawne uruchomienie oczekiwanych funkcjonalności. Podział zamówienia na części nie daje gwarancji na terminowe uruchomienie usługi, a także wiąże się z ryzykiem opłacania niewykorzystywanych usług. Charakter kupowanych usług wymaga, aby były one świadczone przez jednego Wykonawcę w całości – w innym wypadku istnieje ryzyko nadmiernego zwiększenia kosztów i/lub całkowity brak możliwości realizacji usługi. Brak podziału przedmiotowego zamówienia na części wynika z konieczności zapewnienia dla Zamawiającego realizacji określonych całościowych procesów świadczenia usług
(co wynika z uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego).". Wskazał bowiem na potrzebę terminowości, ekonomiczną i realizacji całościowych procesów świadczenia usług, na ryzyko całkowitego braku możliwości realizacji usług. Na rozprawie wskazał
w odniesieniu do potrzeb ekonomicznych, że zasadne jest wydzierżawienie sprzętu
na rynku na okres 60 miesięcy, ponieważ po tym okresie urządzenia należy wymieniać. Półroczny okres wdrożenia ma zabezpieczyć dostawcę urządzeń, co wyeliminuje ryzyko ewentualnego zerwania łańcucha dostaw urządzeń. Zamówienie jest podzielne,
ale w sensie technicznym jest uzasadnione wykonanie tego zamówienia przez jednego wykonawcę, który ma kompetencje integratorskie. Wykonawca może złożyć ofertę
w ramach konsorcjum czy z udziałem podwykonawcy, a zatem brak podziału zamówienia na części nie utrudni istotnie złożenia oferty. Jak wskazał sam Odwołujący w odwołaniu dostawa dotyczy unikalnych i niestandardowych urządzeń, a to zdaniem Izby podkreśla konieczność zapewnienia bezpieczeństwa, potrzeb technicznych i integratorskich,
co powoduje zasadność niepodzielenia zamówienia na części celem wykonania zamówienia. Dla Zamawiającego zatem nie mają bowiem znaczenia pojedyncze usługi wchodzące w skład zamówienia, zaś brak uruchomienia którejkolwiek z usług: dzierżawy ciemnych włókien, udostępniania urządzeń wykonawcy lub Usług kolokacji niweczy osiągnięcie celu postępowania jakim jest budowa Centrum Zapasowego.
Motyw 78 preambuły dyrektywy 2014/24/UE i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż to zamawiający decyduje czy dzieli czy nie dzieli zamówienie na części, natomiast potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców, która mogłaby doprowadzić
do niezrealizowania zamówienia również w ocenie Izby uzasadnia brak podziału zamówienia na części. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że nie jest możliwe wykonanie tak opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i że ten opis przedmiotu zamówienia ogranicza w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący natomiast w toku postępowania odwoławczego jedynie wskazywał,
że cały zakres opisu przedmiotu zamówienia nie pokrywa się z zakresem przedmiotu prowadzonej przez Odwołującego działalności gospodarczej. W ocenie Izby, skoro ustawodawca przewidział możliwość składania ofert przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to nie można wywodzić ograniczenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z tego powodu,
iż opis przedmiotu zamówienia jest szerszy niż zakres działalności gospodarczej poszczególnych wykonawców;

2)w odniesieniu do zarzutu nr 2 - System zasilania AC:
Zamawiający Modyfikacją nr 1 z dnia 27.09.2023 r. zmienił postanowienia PPU w sposób, który wychodzi naprzeciw żądaniu odwołania, ale nie czyni tego w sposób dokładnie określony w żądaniu. Pkt 2.6.8.1. OPZ otrzymał następujące brzmienie:
„Budynek Centrum kolokacji zasilany z dwóch redundantnych źródeł zasilania
(RPZ/GPZ);". Zamawiający zrezygnował więc z wymogu, aby źródła zasilania pochodziły od dwóch niezależnych dostawców. Jak twierdził Zamawiający, czemu się zaprzeczył Odwołujący, norma ANSI-TIA/942 wskazuje, żeby w stosownych przypadkach rozważyć dostępność i ekonomikę redundantnych linii zasilających, a także zasilanie z oddzielnych podstacji (RPZ/GPZ). Ośrodek zapasowy jest obiektem, dla którego wymagany jest wysoki poziom dostępności, co jest uwzględnione m.in. w kryteriach oceny ofert. Różne podstacje zabezpieczają funkcjonowanie Ośrodka zapasowego także w sytuacjach awarii lub braku dostępności jednej podstacji (RZP/GPZ). Pozostawienie wymogu dwóch redundantnych rozdzielnych geograficznie źródeł zasilania jest uzasadnione. Zasilanie ośrodka zapasowego powinno być zapewnione przez dwie niezależne stacje zasilania
jak to wskazał Zamawiający w pkt 2.6.8.1 SOPZ, z uwagi na ryzyko wybuchu jednej
ze stacji – tak wyjaśniał na rozprawie Zamawiający. Po zmianie SWZ z 27.09.2023 r. nie ma już postawionego wymogu niezależnych dostawców 2 linii zasilania. Dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie - Wydruk ze

strony COI (RZN DOK ID) - na okoliczność treści normy i wymaganego poziomu bezpieczeństwa (Standard określa 4 poziomy bezpieczeństwa. Zamawiający wymaga poziomu 3. Nie ma w nim wymogu dostarczenia zasilania z dwóch niezależnych stacji zasilania), Izba uznała za nieistotny. Zamawiający bowiem może w ocenie Izby kierując się starannością w zapewnieniu bezpieczeństwa systemu wymagać dodatkowych gwarancji bezpieczeństwa, niż tylko wystarczających według danych norm (także agregatów wymaganych w pkt 2.6.8.2 i system zasilaczy awaryjnych UPS – w pkt 2.6.8.3 załącznika nr 11 do SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia). Zatem w bieżącym funkcjonowaniu jedna linia zasilania może
nie wystarczyć, biorąc pod uwagę ryzyko choćby ataku terrorystycznego i doprowadzenia do wybuchu infrastruktury krytycznej, a wówczas druga linia nie mogłaby przejąć zasilania skoro nie pochodziłaby z niezależnej od pierwszej linii stacji zasilania. Wymóg Zamawiającego zatem nie jest nadmiarowy;

3) w odniesieniu do zarzutu nr 4 - Polisa ubezpieczeniowa wykonawcy:
Zamawiający wychodząc naprzeciw żądaniu Wykonawcy dokonał modyfikacji zmniejszającej wymaganą wartość polisy do 50 mln zł, jednak nie w pełni przychylił się
do żądania Odwołującego (Modyfikacja nr 4 – zmiana SWZ z dnia 27.09.2023 r.). Wbrew twierdzeniu Odwołującego w odwołaniu wartość polisy nie powinna referować do wartości kontraktu (pomniejszonego o koszt energii elektrycznej) lecz do wartości sprzętu, który jest przedmiotem kolokacji. Wartość tego sprzętu wielokrotnie przewyższa wartość 100 mln złotych, a zatem w interesie nie tylko Zamawiającego, ale przede wszystkim wykonawcy jest posiadanie odpowiedniego ubezpieczenia, które pozwoliłoby
na naprawienie szkody. W odniesieniu do twierdzenia Odwołującego w odwołaniu, dotyczącego zasadności ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy do 50% wartości zamówienia, wskazać należy, że w § 11 ust. 16 PPU wyraźnie postanowiono,
że ograniczenie to nie dotyczy szkody na osobie oraz w majątku ruchomym
i nieruchomym. Oznacza to pełną odpowiedzialność Wykonawcy za uszkodzenie urządzeń Zamawiającego, a polisa o odpowiednio wysokiej sumie gwarancyjnej
ma stanowić zabezpieczenie dla naprawienia szkody. Odwołujący nie neguje, że jest wymagana polisa ubezpieczeniowa. Polisa nie jest składana na potwierdzenie warunku finansowego, ani nie jest polisą kontraktową. Odwołujący myli wymaganą polisę z polisą na potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej albo polisą kontraktową,
a tymczasem polisa nie jest wymagana na potwierdzenie warunku udziału
w postępowaniu - potencjału finansowego wykonawcy, a także nie jest zabezpieczeniem roszczeń w stosunku do tej jednej konkretnej umowy, która ma być zawarta w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, ma bowiem obejmować swoim zakresem różne inwestycje. Zatem wartość polisy nie musi odzwierciedlać wartości zamówienia. Wartość polisy zmieniona została ze 100 mln. zł na 50 mln. zł w wyniku modyfikacji SWZ
z 27.09.2023 r. Wartość polisy wymagana jest ze względu na wartość sprzętu, który jest przedmiotem kolokacji, a ta wielokrotnie przewyższa wartość 100 mln. zł – jak oświadczył Zamawiający na rozprawie, a nie zaprzeczył temu Odwołujący;

4) w odniesieniu do zarzutu nr 6 – w zakresie § 11 ust. 4 ppkt 4.1 Wzoru Umowy (Wysokość poszczególnych kar umownych):
Zaskarżona kara umowna ma za zadanie przede wszystkim zapewnienie realizacji zobowiązania wykonawcy, który w ramach kryterium oceny ofert (pkt. 7.2 SWZ – Zwiększenie parametru dostępności (D) – waga 23%, liczba punktów 23) oferuje określone parametry dostępności. Podkreślenia wymaga również to, że Odwołujący kwestionuje jedynie karę określoną w § 11 pkt 4.1 PPU, a więc karę za niedotrzymanie oferowanego
w ramach kryterium parametru dostępności, pomijając karę z pkt 4.2, która odnosi się
do niedostępności Usług kolokacji w zakresie niedotyczącym kryterium oceny ofert. Skarżona kara dotyczy sytuacji, gdy wykonawca oferuje parametr dostępności na poziomie wyższym niż minimalny. Należy przy tym zauważyć, że kryterium temu przypisano wagę aż 23 %, co oznacza, że ma ono znaczący wpływ na ocenę oferty. Rodzi to pokusę zaoferowania dostępności na maksymalnym poziomie w celu uzyskania jak najwyższej oceny oferty, niezależnie od rzeczywistej możliwości jej utrzymania w toku realizacji umowy. Kara umowna w znaczącej wysokości ma na celu m.in. zapewnić realność tego kryterium. Obniżenie kary zgodnie z żądaniem odwołania oznaczałoby, że kryterium to stałoby się pozorne, bowiem nie byłoby instrumentu umownego, który gwarantowałby realizację umowy zgodnie z ofertą. Żądana przez Odwołującego kara w wysokości 250 zł premiowałaby wykonawcę, który zaoferowałby większą dostępność.
Nadto w § 11 ust. 15 wzoru umowy przewidziano 20% limit kar umownych, a zatem przedstawione wyliczenia Odwołującego co do przykładowych kar umownych

(w szczególności 11 mln. zł) na rozprawie nie mają zastosowania zgodnie z treścią projektowanych postanowień umowy. Kara pełni także funkcję prewencyjną. Obniżenie spowodowałoby, że pozacenowe kryteria ofert stałyby się pozorne – Izba zgadza się w tej kwestii ze stanowiskiem Zamawiającego jak w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby, Zamawiający wystarczająco uzasadnił niepodzielenie zamówienia na części, a to nie uniemożliwia w ocenie Izby złożenie oferty zainteresowanym wykonawcom. Zamawiający uzasadnił także warunek zasilania stacji zapasowej z dwóch niezależnych źródeł, a także tak określoną wysokość sumy ubezpieczenia polisy ubezpieczeniowej, jak również zasadność wysokości kwestionowanej kary umownej. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył zarzucanych mu w odwołaniu przepisów prawa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający nie wniósł o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego, Izba nie zasądziła takich kosztów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……

……