

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 27 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Anna Kuszel-Kowalczyk

Rafał Malinowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2025 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A.

z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym Naczelną Dyрекcją Archiwów Państwowych z siedzibą

w Warszawie

uczestnik po stronie odwołującego – wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze

2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy

T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania WAN”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 stycznia 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 54279-2025.

W dniu 6 lutego 2025 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający:

a. wskazał, że: „W trakcie trwania Umowy Zamawiający ma prawo zawieszenia działania lokalizacji na wskazany przez Zamawiającego czas. Zmiana taka jest inicjowana przez Zamawiającego z co najmniej 1 miesięcznym wyprzedzeniem. W ramach zawieszenia Zamawiający może wymagać demontażu i czasowego zabrania urządzeń operatora, a następnie ich ponownej instalacji i przetestowania łącza. W trakcie trwania zawieszenia nie będą pobierane opłaty miesięczne za świadczenie usługi w tej lokalizacji.” – pkt IV.18.1 OPZ (w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp);

b. wskazał, że: „W trakcie trwania Umowy Zamawiający ma prawo nieodpłatnej rezygnacji z lokalizacji w sytuacji opuszczenia lokalizacji przez Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do demontażu i odbioru urządzeń z takiej lokalizacji. Zmiana taka jest inicjowana przez Zamawiającego z co najmniej 1 miesięcznym wyprzedzeniem.” – pkt IV.18.2 OPZ (w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp);

c. wskazał, że: „Wykonawca jest zobowiązany na wniosek Zamawiającego w oparciu o aneks do Umowy do zmiany przepływności łączy do LZAP, LCAP i Internetu odpowiednio: 1) do LZAP do 900Mbps z możliwością podnoszenia po 100Mbps 2) do LCAP do 9000Mbps z możliwością podnoszenia po 1000Mbps 3) do Internetu do 10Gbps z możliwością podnoszenia po 1Gbps” – pkt VI.23 OPZ;

d. określił następującą definicję: „ONU – okres liczony w minutach od momentu zgłoszenia Awarii przez Zamawiającego lub ich wykrycia przez SM do momentu przywrócenia wszystkich parametrów Usługi WAN w danej LAP. ONU jest liczony oddzielnie dla każdej z LAP, której dotyczy Awaria, przy czym Awaria dotycząca którejkolwiek LCAP jest traktowana jako wystąpienie Awarii w każdej z LAP” - pkt II OPZ;

e. wskazał na następujący obowiązek Wykonawcy: „Wykonawca dostarczy SM i wdroży w nim następujące funkcjonalności: (...) q) wymianę danych ze wskazanymi przez Zamawiającego systemami zarządzania i monitoringu uruchomionymi przez Zamawiającego” – pkt III.10.1 lit. q OPZ;

f. określił następujące zasady realizacji usługi: „Wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność za prawidłową organizację wykonywania zobowiązań wynikających

z Umowy, w szczególności w zakresie wskazywania z odpowiednim wyprzedzeniem koniecznego zaangażowania pracowników Zamawiającego i wymaganej dyspozycyjności” – pkt III.12.4 OPZ;

g. wskazał na następujące czynności utrzymaniowe: „c) zmiany konfiguracji WAN, w tym urządzeń CPE na wniosek Zamawiającego, dokonywanie konfiguracji interfejsów dla celów dołączenia do sieci LAN i WAN, d) konfiguracje adresacji IP według wytycznych Zamawiającego” – pkt IV.13.1 lit. c i d OPZ;

2. art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp przez sporządzenie wzoru umowy w sposób uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w:

a. Zamawiający przewidział w §12 ust. 5 i 6 umowy następującą karę umowną oraz zasady odpowiedzialności Wykonawcy: „5. Zamawiający naliczy kary umowne za niedochowanie – zgodnie z SLA czasu usunięcia Awarii /Usterki. Zamawiającemu przysługuje kara umowna za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wysokości trzykrotności kwoty 1/30 miesięcznej opłaty abonamentowej, o której mowa w § 11 ust. 3 pkt 7, dla każdej LAP dotkniętej przez naruszenie. W sytuacji, gdy naruszenie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym dotyczy LCAP, jest ono traktowane jako naruszenie dotyczące wszystkich LAP i w związku z tym Zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości trzykrotności kwoty 1/30 sumy miesięcznych opłat abonamentowych, o których mowa w § 11 ust. 3 pkt 6 i 7, dla wszystkich przyłączonych LAP. Jeżeli kara umowna nie przekracza sumy miesięcznych opłat abonamentowych, Wykonawca bez wezwania Zamawiającego jest zobowiązany do pomniejszenia miesięcznej opłaty abonamentowej za dany okres rozliczeniowy o wysokość należnego odszkodowania. 6. Brak gwarantowanej dostępności w którejkolwiek z LCAP, oznacza brak gwarantowanej dostępności we wszystkich LAP”

(zarzut powiązany z zarzutem dotyczącym definicji ONU z pkt II OPZ);

b. Zamawiający przewidział następującą procedurę testową: „Parametry dostępu do Internetu na poddanej testowi akceptacyjnemu ŁD zostaną zmierzone 30-krotnie z pomocą wskazanego przez UKE Certyfikowanego Mechanizmu Monitorowania Internetu (, 274.html)

z urządzenia wpiętego do LI przy odłączonej sieci LAN. Wynik pomiaru powinien być zgodny z prędkością ŁD lub prędkością na Punktach Styku pomiędzy WAN a siecią Internet (wolniejszej z obu tych prędkości), a opóźnienie (ping) do hostów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wskazanych przez Mechanizm UKE nie może przekraczać 70 ms. Podczas wykonywania testu do interfejsu LI urządzenia będzie podpięte wyłącznie urządzenie przeprowadzające test. Dodatkowo, na czas przeprowadzenia testu akceptacyjnego, Wykonawca może wstrzymać lub ograniczyć świadczenie usługi dostępu do Internetu dla pozostałych podłączonych lokalizacji Zamawiającego, co nie będzie traktowane jako naruszenie warunków określonych w SLA” - §4 ust. 20 umowy;

c. Wykonawca zobowiązany jest udzielić gwarancji i rękojmi na roboty budowlane: „1. Wykonawca udziela Zamawiającemu 60 miesięcznej gwarancji na wykonane Roboty Budowlane. Okres gwarancji rozpoczyna bieg od dnia podpisania protokołu odbioru Robót Budowlanych bez zastrzeżeń, dla każdej z LAP, o którym mowa w § 4 ust. 12 Umowy. 2. W okresie gwarancji Wykonawca będzie w ramach Wynagrodzenia określonego w Umowie usuwał wszystkie wady wykonanych Robót Budowlanych Wykonawca oświadcza, że czynności prowadzone w ramach wykonywania obowiązków wynikających z gwarancji, wykonywane będą przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia do

wykonywania tych czynności. 3. Wskazane w ust. 2 powyżej wady będą zgłaszane przez Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres wskazany przez Wykonawcę. Zgłoszenie zawierać będzie dane osoby zgłaszającej oraz zwięzły opis wady. 4. Wykonawca rozpocznie usuwanie zgłoszonych wad w terminie 3 dni od dnia dokonania zgłoszenia, przy czym przez rozpoczęcie usuwania wad rozumie się przybycie na miejsce stwierdzenia wad specjalisty lub zespołu specjalistów Wykonawcy. 5. Wykonawca zobowiązuje się usunąć wady niezwłocznie, w terminie technicznie uzasadnionym, uzgodnionym z Zamawiającym, nie dłuższym jednak niż 14 dni od dnia dokonania zgłoszenia. 6. W przypadku nieusunięcia przez Wykonawcę wad w terminie określonym w ust. 6, Zamawiający może usunąć je na koszt i ryzyko Wykonawcy w tym ryzyko w wyborze podmiotu trzeciego, z zachowaniem swoich praw wynikających

z gwarancji i rękojmi. Zamawiający powiadomi pisemnie Wykonawcę o skorzystaniu

z powyższego uprawnienia. W takim przypadku, pełną należność za usunięcie wad Zamawiający może potrącić z kwoty wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 10 Umowy. 7. Dla uniknięcia wątpliwości, Zamawiający zastrzega sobie możliwość korzystania z uprawnień wynikających z rękojmi w okresie trwania gwarancji. Rękojmia zostaje udzielona na okres 2 lat. Do usuwania wad w ramach rękojmi stosuje się odpowiednio postanowienia powyższe o usuwaniu wad w ramach gwarancji, co nie uchybia dalej idącym prawom Zamawiającego w ramach rękojmi, a wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego.” - §5 umowy;

3. art. 95 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, oraz w sposób nieproporcjonalny w zakresie, w jakim Zamawiający sformułował następujące wymagania w zakresie obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę: „1. Zamawiający wymaga, aby osoby wskazane Załączniku nr 10 do Umowy, o którym mowa w § 9 ust. 4, wykonujące czynności na rzecz Wykonawcy lub podwykonawcy, czyniły to w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, tj. były zatrudnione w zakresie prac wykonywanych na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy o pracę. 2. Wykonawca musi zatrudniać wyżej wymienione osoby na podstawie umowy o pracę, a w wypadku rozwiązania umowy przez osobę zatrudnioną lub przez pracodawcę, Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na to miejsce innej osoby.” - §22 ust. 1 i 2 umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i Załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, tj.:

1. Doprecyzowanie pkt IV.18.1 OPZ poprzez:

- a. Określenie maksymalnej ilości lokalizacji, które mogą być zawieszone w trakcie obowiązywania umowy poprzez wskazanie, że nie będzie to więcej niż 10 lokalizacji;
- b. Określenie maksymalnego okresu na który usługi w tych lokalizacjach mogą być zawieszone (w miesiącach) poprzez wskazanie, że będzie to nie więcej niż 3 miesiące;
- c. Określenie zamkniętego katalogu okoliczności, które mogą być podstawą do zawieszenia działania lokalizacji;
- d. Określenie, że zawieszenie działania lokalizacji nie może mieć miejsca później niż 12 miesięcy przed końcem obowiązywania umowy;
- e. Wprowadzenie w Formularzu Ofertowym pozycji umożliwiającej wycenę przez Wykonawcę jednorazowej czynności „demontażu i czasowego zabrania urządzeń operatora, a następnie ich ponownej instalacji i przetestowania łącza”;

2. Wykreślenie pkt IV.18.2 OPZ, a w przypadku nieuwzględnienia ww. żądania:

- a. Określenie maksymalnej ilości lokalizacji, z których Zamawiający może zrezygnować w trakcie obowiązywania umowy wskazując, że nie będzie to więcej niż 5 lokalizacji;
- b. Określenie zamkniętego katalogu okoliczności, które mogą być podstawą do zawieszenia działania lokalizacji;
- c. Określenie, że Zamawiający może skorzystać z prawa do rezygnacji ze świadczenia usług w danej lokalizacji najpóźniej niż 12 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy;

Alternatywnie w stosunku do ww. żądań: Wprowadzenie postanowienia dającego Wykonawcy możliwość naliczenia jednorazowej opłaty za likwidację łącza stanowiącej równowartość miesięcznej opłaty abonamentowej za to łącze pomnożonej przez ilość miesięcy pozostałych do końca Umowy;

3. Doprecyzowanie pkt VI.23 OPZ poprzez określenie, że koszt zmiany przepływności łącza zostanie określony przez Wykonawcę każdorazowo w odpowiedzi na zapytanie przesłane przez Zamawiającego, a zmiana będzie miała miejsce

w terminie uzgodnionym przez strony, uwzględniającym zakres koniecznych do realizacji działań po stronie Wykonawcy;

4. Wykreślenie z pkt II OPZ definicji ONU fragmentu o treści „przy czym Awaria dotycząca którejkolwiek LCAP jest traktowana jako wystąpienie Awarii w każdej z LAP”,

oraz zmodyfikowanie §12 ust. 5 umowy w ten sposób, że otrzyma on następujące brzmienie: „5. Zamawiający naliczy kary umowne za niedochowanie – zgodnie z SLA czasu usunięcia Awarii / Usterki. Zamawiającemu przysługuje kara umowna za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wysokości trzykrotności kwoty 1/30 miesięcznej opłaty abonamentowej, o której mowa

w § 11 ust. 3 pkt 7 lit. a lub b lub c dla każdej LAP (w zależności której konkretnie LAP dotyczy i o jakiej przepływności) lub § 11 ust. 3 pkt 6 lit. a lub b dla każdej z LCAP (w zależności której konkretnie LCAP dotyczy i o jakiej przepływności) dotkniętej przez naruszenie.”

oraz wykreślenie z §12 umowy całego ust. 6;

5. Doprecyzowanie pkt III.10.1 lit. q OPZ poprzez określenie z jakimi systemami zarządzania i monitoringu uruchomionymi przez Zamawiającego wymagana jest wymiana danych, w jaki sposób wymiana ma się odbywać i jakimi rodzajami danych;

6. Doprecyzowanie pkt III.12.4 OPZ z jakim wyprzedzeniem należy wskazywać konieczność zaangażowania pracowników Zamawiającego i wymaganej ich dyspozycyjności, żeby zostało ono uznane za „odpowiednie”, określając, że są to 3 dni robocze.

7. Doprecyzowanie pkt IV.13.1 lit. c i d OPZ poprzez wskazanie maksymalnej ilości zmian konfiguracji WAN oraz konfiguracji adresacji IP w skali miesiąca, roku lub okresu obowiązywania umowy, która może zostać zlecona. Ewentualnie jeżeli Zamawiający nie jest w stanie określić rozmiaru prac w tym zakresie to w Formularzu Ofertowym powinna być wyodrębniona dodatkowa pozycja z określeniem przez Zamawiającego maksymalnej ilości roboczogodzin na te prace i wskazaniem stawki za roboczogodzinę pracy specjalisty ze strony Wykonawcy, oraz wprowadzenie rozliczenia na podstawie odrębnego wynagrodzenia z tego tytułu i raportu przygotowywanego przez Wykonawcę ze wskazaniem ilości przepracowanych godzin;

8. Wykreślenie §4 ust. 20 umowy, a alternatywnie w przypadku braku uwzględnienia ww. żądania: modyfikacja postanowienia poprzez wskazanie, że pomiar będzie wykonywany z wykorzystaniem narzędzi Wykonawcy i będzie przedstawiony Zamawiającemu.

9. Wykreślenie §5 umowy oraz wykreślenie §12 ust. 1 pkt 5 umowy;

10. Modyfikację §22 ust. 1 i 2 umowy poprzez wskazanie, że wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczy osób, wykonujących działania obsługowe w okresie obowiązywania umowy (np. w ramach utrzymania sieci lub helpdesk, rozliczeń, reklamacji) i nie dotyczy osób wskazanych w ust. 6 pkt 6.1 ppkt 4.2) SWZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 24 lutego 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 1a, 1b, 1c, 1e, 1f, 1g i 3 odwołania i w tym zakresie zostaną dokonane stosowne zmiany w opisie przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści umowy, które stanowią odpowiednio załącznik nr 1 i załącznik nr 2 do pisma. Jednocześnie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu nr 1d, 2a, 2b, 2c. Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dołączył dokonane modyfikacje dokumentów zamówienia.

W dniu 26 lutego 2025 r. Odwołujący złożył oświadczenie, że z uwagi na zakres uwzględnienia odwołania dokonany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 lutego 2025 r., jak również zmiany poczynione przez Zamawiającego (dołączone do odpowiedzi na odwołanie modyfikacje Umowy oraz SOPZ) cofa odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp oraz zwrot uiszczonego wpisu od odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453), postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane ww. odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....

.....

.....