Sygn. akt:KIO 2050/25, KIO 2055/25, KIO 2068/25

Warszawa, 25 czerwca 2025 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **20 czerwca 2025 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **23 maja 2025 r.** przez wykonawców:

A.Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący Orange"] **– sygn. akt 2050/25**

B.T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący T-Mobile"] **– sygn. akt KIO 2055/25**

C.Netia S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący Netia"] **– sygn. akt KIO 2068/25**

w postępowaniu pn.: *Zakup usług telekomunikacyjnych MPLS na 24 miesiące wraz z prawem opcji na kolejne 23 miesiące* (DZP.2610.9.2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający"]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Odwołującego Orange i Odwołującego T-Mobile wykonawcy:**Netia S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt: KIO 2050/25, KIO 2055/25**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 2055/25 i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego T-Mobile kwoty 13500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.
2. **Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 2050/25 co do zarzutów odwołania wycofanych przez Odwołującego Orange z pkt II pkt 1. lit. b) i pkt 3 oraz żądań z pkt III pkt 2. i 5, a także co zarzutu z pkt II.2 lit. a), dla którego dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne.**
3. **Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 2068/25 co do wycofanego przez Odwołującego Netia zarzutu z pkt 2.2. oraz żądania z pkt 3.1., a także co do zarzutów z pkt 2.1., 2.3. i 2.5. oraz żądań z pkt 3.1.i 3.2. odwołania, dla których dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne.**
4. **W pozostałym zakresie oddala odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 2050/25 i KIO 2068/25.**
5. **Kosztami postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt: KIO 2050/25 i KIO 2068/25 obciąża odpowiednio Odwołującego Orange i Odwołującego Netia, tj. zalicza w poczet tych kosztów kwotę 30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), **łącznie uiszczoną tytułem wpisów od tych dwóch odwołań.**

Na niniejsze 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.**

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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie {dalej: „ARiMR" lub „Zamawiający} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", ustawa PZP", „pzp", „Pzp", „PZP"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zakup usług telekomunikacyjnych MPLS na 24 miesiące wraz z prawem opcji na kolejne 23 miesiące* (DZP.2610.9.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 lipca 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_128 pod poz. 366117.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

{KIO 2050/25}

23 maja 2025 r. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Orange", „Odwołujący" lub „Odwołujący Orange"} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp [w nawiasie numeracja według systematyki odwołania odzwierciedlonej w sentencji orzeczenia]:

1. Naruszenie art. 99 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ze względu na:
   a) zastrzeżenie zbyt krótkiego i określonego datą kalendarzową terminu wdrożenia, który, po pierwsze, nie uwzględnia czasu, jaki potrzebują wykonawcy na realizację prac związanych z wdrożeniem – zestawieniem łączy i rozpoczęciem

świadczenia usług, a po drugie sprawia, przez oznaczenie terminu datą kalendarzową, że jest niemożliwy do ustalenia dla wykonawcy, z uwagi na to, że okres ten, niezależnie od tego, że jest zbyt krótki, zależny jest od czynników niezależnych od wykonawcy, takich jak termin zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy termin zawarcia umowy, co uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny oferty i ustalenie, czy zamówienie w ogóle może zostać zrealizowane w terminie, jaki Zamawiający przewidział na wdrożenie usługi (§ 2 ust. 2, § 3 ust. 3, § 5 ust. 1 Wzoru Umowy, także Roz. II SWZ) [pkt II pkt 1. lit. a)]

b) niejednoznaczne wskazanie okresu, w jakim oferowane urządzenia CE i CPE mają mieć zapewnione wsparcie producenta, z uwagi na wskazanie, że ma być to okres obowiązywania umowy, bez doprecyzowania, czy chodzi o okres obowiązywania umowy w ramach zamówienia podstawowego, czy również okres obowiązywania z uwzględnieniem prawa opcji, co uniemożliwia dobranie odpowiedniego sprzętu i sporządzenie oferty (§ 5 ust. 13 Wzoru Umowy) [pkt II pkt 1. lit. b)].

2.Art. 99 ust. 4 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję ze względu na:

a) zastrzeżenie zbyt krótkiego i określonego datą kalendarzową terminu wdrożenia, który, po pierwsze, nie uwzględnia czasu, jaki potrzebują wykonawcy na realizację prac związanych z wdrożeniem, a po drugie sprawia, przez oznaczenie terminu datą kalendarzową, że jest niemożliwy do ustalenia dla wykonawcy, z uwagi na to, że okres ten, niezależnie od tego, że jest zbyt krótki, zależny jest od czynników niezależnych od wykonawcy, takich jak termin zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy termin zawarcia umowy, co uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny oferty i ustalenie, czy zamówienie w ogóle może zostać zrealizowane w terminie, jaki Zamawiający przewidział na wdrożenie usługi, co w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi i nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego (§ 2 ust. 2, § 3 ust. 3, § 5 ust. 1 Wzoru Umowy, także Roz. II SWZ) [pkt II pkt 2. lit. a)].),

b) zastrzeżenie konieczności zainstalowania routerów CPE we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego realizujących technologię szyfrowania Get VPN, która jest technologią stosowaną przez firmę Cisco, co nie jest uzasadnione obiektywnie uzasadnionym potrzebami Zamawiającego, gdyż na rynku istnieją produkty innych producentów oferujące te same funkcjonalności w oparciu o inne technologie, co ogranicza krąg potencjalnych wykonawców i w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi, który już dysponuje odpowiednimi urządzeniami w lokalizacjach Zamawiającego (§ 3 ust. 3 pkt 6 Wzoru Umowy) [pkt II pkt 2. lit. b)].

3.Art. 106 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 – przez zaniechanie wymagania złożenia innych, proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających, że zaoferowane dostawy i usługi spełniają wymagania Zamawiającego, ze względu na brak wymagania złożenia wraz z ofertą wykazu producentów i modeli oferowanych routerów CE i CPE, co nie tylko uniemożliwia Zamawiającemu badanie i ocenę ofert, lecz również narusza zasadę przejrzystości postępowania, przez wyłączenie możliwości zweryfikowania przez podmioty inne niż Zamawiający, w tym innych uczestników postępowania, jakie urządzenia zostały zaoferowane [pkt II pkt 3].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian treści SWZ [w nawiasie numeracja według systematyki odwołania odzwierciedlonej w sentencji orzeczenia]:

1.Wydłużenia terminu na wdrożenie usług do 7 miesięcy od zawarcia umowy, po upływie którego będzie 30-dniowy czas bezpłatnego testowania sieci [pkt III pkt 1.].

2.Wskazania przez jaki okres (w miesiącach) ma być zapewnione wsparcie dla urządzeń CPE i CE, ewentualnie doprecyzowanie, co Zamawiający rozumie przez okres obowiązywania umowy, tj. czy tylko zamówienie podstawowe czy łącznie zamówienie podstawowe i prawo opcji [pkt III pkt 2.].

3.Dopuszczenia urządzeń realizujących taką samą funkcjonalność (na zasadzie równoważności) jak Get VPN producenta Cisco, w oparciu o technologie innych producentów [pkt III pkt 3].

4.Dopuszczenia alternatywnej możliwości zastosowania innych urządzeń pełniących rolę serwerów kluczy, o tożsamych funkcjonalnościach, gdyby posiadane przez Zamawiającego urządzenia nie współpracowały poprawnie z oferowanymi przez wykonawcę urządzeniami równoważnymi urządzeniom producenta Cisco [pkt III pkt 4].

5.Uzupełnienia zawartego w SWZ opisu sposobu przygotowania i złożenia oferty, tj. wprowadzenia obowiązku wskazania w ofercie producenta i modeli oferowanego sprzętu (routerów CE i CPE) [pkt III pkt 5].

{KIO 2055/25}

23 maja 2025 r. T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „T-Mobile", „Odwołujący" lub „Odwołujący T-Mobile"} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ"}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów {pisownia oryginalna}:

1.art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) Pzp oraz art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz

sporządzenie Projektowanych Postanowień Umowy – Załącznik nr 6 do SWZ (dalej jako: „PPU") w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający równowagę stron umowy, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki termin zestawienia w Lokalizacjach Łączy dostępowych i zapewnienia usługi teletransmisji danych oraz zestawienia dwóch Łączy punkt-punkt, określając go jako datę sztywną,

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp oraz art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał na konieczność takiej samej wyceny usług realizowanych w ramach zamówienia opcjonalnego i zamówienia podstawowego (załącznik nr 1 do SWZ – wzór Formularza Ofertowego, str. 3 pod Tabelą 2) i nie uwzględnił konieczności podwyższenia stawek za zakres opcjonalny w oparciu o rzeczywisty wzrost kosztów;

3.art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp oraz art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie PPU w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wskazał zbyt krótki termin na poinformowanie wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji wskazując, że nastąpi to z 30-dniowym wyprzedzeniem, w sytuacji gdy jest to termin zbyt krótki na przygotowanie do świadczenia usług (rodz. II SWZ, §2 ust. 5 PPU),

4.art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie PPU, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca w przypadku zastosowania w Lokalizacjach typu BP łącza zapasowego GSM w technologii LTE zapewnił gwarantowaną wymaganą przepustowość na poziomie m.in. 16 Mb/s i 32 Mb/s wsytuacji, gdy specyfika tej technologii i jej uzależnienie od czynników, na które wykonawca nie ma wpływu, uniemożliwiają taką deklarację, a co za tym idzie jedynie fikcyjne dopuszczenie przez Zamawiającego tej technologii dla łączy zapasowych,

5.art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez sporządzenie PPU w sposób uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w: a. w § 8 ust. 6 PPU Zamawiający określił łączny limit kar umownych na poziomie 100% łącznej wartości wynagrodzenia netto zarówno w zakresie zamówienia podstawowego jak i zamówienia opcjonalnego (w zw. z art. 436 pkt 3 Pzp);b. Zamawiający w § 10 ust. 2 PPU przewidział rażąco wygórowane kary umowne za niedotrzymanie poziomu SLA, c. Zamawiający w § 10 ust. 4 PPU przewidział podwójne (w przypadku Lokalizacji BP i OR), a nawet potrójne (w przypadku Lokalizacji CB, CPD i ROPD), karanie wykonawcy przewidując, że kary umowne będą naliczane niezależnie od siebie za przekroczenia dopuszczalnego czasu w poszczególnych okresach rozliczeniowych (odrębnie za przekroczenia limitu dopuszczalnego czasu w dniu, miesiącu lub roku),

6.art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez uwzględnienie w procedurze waloryzacji wyłącznie opłat abonamentowych z pominięciem opłat instalacyjnych, o których mowa w § 9 ust. 3 pkt 1-8 PPU, które również powinny zostać podwyższone w przypadku wzrostu cen.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian treści SWZ {pisownia oryginalna}:

1.modyfikację PPU i SWZ poprzez wskazanie, że termin zestawienie Łączy, zapewnienia usługi transmisji danych, dostarczenia i konfiguracji Urządzeń, uruchomienia transmisji w poszczególnych Lokalizacjach wynosi 4 miesiące od dnia podpisania umowy, przy czym termin ten nie uwzględnia czasu trwania procedury testów (§ 2 ust. 2, § 5 ust. 4 PPU) oraz wskazanie czasu trwania zakresu podstawowego umowy (rozdz. II SWZ, § 2 ust. 1 PPU) poprzez określenie go liczbą miesięcy, a nie datą sztywną,

2.modyfikację Formularza ofertowego i PPU poprzez: a. usunięcie prawa opcji i włączenie zakresu opcjonalnego do zakresu podstawowego zamówienia tj. wskazanie, że umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia przez 47 miesięcy lub do wyczerpania łącznej kwoty wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 pkt 1 Umowy, w zależności co nastąpi wcześniej, ewentualnie w przypadku braku rezygnacji z prawa opcji b. usunięcie zastrzeżenia, że cena jednostkowa netto w zamówieniu podstawowym musi być równa cenie jednostkowej netto w zamówieniu opcjonalnym oraz dodanie zastrzeżenia, że koszty usług świadczonych w ramach zamówienia opcjonalnego (prawo opcji) nie mogą być przerzucane do koszów świadczenia usług w ramach zamówienia podstawowego; oraz c. dodanie postanowienia

zgodnie z którym, w przypadku skorzystania z prawa opcji stawki wskazane w Formularzu ofertowym w zakresie prawa opcji będą podlegały zmianie w zależności od faktycznej zmiany kosztów, które zostaną wykazane przez wykonawcę (w szczególności w zakresie kosztów gwarancji, licencji i pełnego wsparcia producenta, sprzętu, kosztów związanych z dzierżawą łączy, miejsca pod anteny, studzienek kanalizacyjnych),

3.modyfikację rozdziału II SWZ i § 2 ust. 5 PPU poprzez wskazanie, że informacja na temat skorzystania z prawa opcji zostanie przekazana wykonawcy z min. 60-dniowym wyprzedzeniem;

4.modyfikację § 3 ust. 5 PPU poprzez wskazanie, że zastrzeżenie, że „wszelkie użyte Łącza winny gwarantować wymaganą Przepustowość", nie dotyczy łączy GMS w technologii LTE w lokalizacjach typu BP, dla których w Załączniku nr 2 do PPU wskazało przepustowość łącza zapasowego na poziomie 16 Mb/s i 32 Mb/s, oraz dodanie, że w ich przypadku Zamawiający wymaga zastosowania modemów kategorii minimum 18 i minimalnej gwarantowanej przepustowości na poziomie 8 Mb/s;

5.modyfikację § 8 ust. 6 PPU poprzez obniżenie łącznej wysokości kar umownych:a. w zakresie zamówienia podstawowego do 30% łącznej wartości wynagrodzenia netto,b. w zakresie zamówienia opcjonalnego do 30% łącznej wartości wynagrodzenia netto;

6.modyfikację PPU w zakresie: a. § 10 ust. 2 PPU poprzez obniżenie kar umownych przewidzianych w tych postanowieniach do 50% ich obecnej wysokości, tj. przykładowo obniżenie kary umownej przewidzianej w § 10 ust. 2 poz. 1 PPU z „5% wynagrodzenia miesięcznego, o którym mowa w § 9 ust. 3 Tabela 2 odpowiednio pkt 1 lub pkt 2 lub pkt 3 Umowy za daną Lokalizację, ale nie mniej niż 200,00 zł/h" do „2,5% wynagrodzenia miesięcznego, o którym mowa w § 9 ust. 3 Tabela 2 odpowiednio pkt 1 lub pkt 2 lub pkt 3 Umowy za daną Lokalizację, ale nie mniej niż 100,00 zł/h", b. usunięcie z § 10 ust. 4 PPU fragmentu „przy czym w przypadku gdy zwłoka w usunięciu danej Awarii lub Usterki powodować będzie przekroczenia dopuszczalnego czasu określonego w ust. 2 jednocześnie w różnych okresach rozliczeniowych (dnia, miesiąca, roku), kary umowne będą naliczane niezależnie od siebie za przekroczenia dopuszczalnego czasu w poszczególnych okresach rozliczeniowych (odrębnie za przekroczenie limitu dopuszczalnego czasu w dniu, miesiącu lub roku).", ewentualnie modyfikację § 10 ust. 4 PPU poprzez wskazanie, że zwłoka w usunięciu danej Awarii lub Usterki, która stała się podstawą do naliczenia kary umownej dla SLA dziennego, nie będzie brana pod uwagę do obliczania SLA miesięcznego i analogicznie zwłoka w usunięciu danej Awarii lub Usterki, która stała się podstawą do naliczenia kary umownej dla SLA dziennego i miesięcznego nie będzie brana pod uwagę do obliczenia SLA rocznego, ewentualnie usunięcie z § 10 ust. 2 PPU wymagań w zakresie SLA dziennego i rocznego, a w konsekwencji odpowiednie zmodyfikowanie § 10 ust. 4 PPU;

7.modyfikację § 9 ust. 26 PPU poprzez objęcie procedurą waloryzacji również opłat instalacyjnych, o których mowa w § 9 ust. 3 Tabela 1 PPU.

{KIO 2068/25}

23 maja 2025 r. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie{dalej również: „Netia", „Odwołujący" lub „Odwołujący Netia"} wniosła odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}[w nawiasie numeracja według systematyki odwołania odzwierciedlonej w sentencji orzeczenia]:

1.Art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 436 pkt 1 – przez określenie w treści SWZ oraz PPU terminów datą sztywną (kalendarzową), w szczególności określenie datą sztywną (kalendarzową): 1) terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w rozdziale II SWZ, 2) terminu obowiązywania umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 PPU, 3) terminu zestawienia łączy, w tym łączy dostępowych i zapewnienia usługi teletransmisji (w tym dostarczenie, konfiguracja Urządzeń i uruchomienie transmisji w poszczególnych Lokalizacjach), o którym mowa w § 2 ust. 2 PPU, 4) terminów rozpoczęcia świadczenia usługi, zestawienia docelowych parametrów łącz oraz przeprowadzenia testów oraz przełączenia i używania jako sieć docelowa produkcyjna, o których mowa w § 3 ust. 3 pkt 1 PPU, 5) terminu przygotowania projektu technicznego, o którym mowa w § 5 ust. 1 PPU, 6) terminu testowego uruchomienia usługi MPLS, o którym mowa w § 5 ust. 3 PPU, 7) terminu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS, o którym mowa w § 5 ust 4 PPU – podczas gdy brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających zaniechanie określenia tych terminów w inny sposób niż liczonego w dniach lub miesiącach od daty zawarcia umowy, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminów zbyt krótkich [pkt 2.1.]

2.Art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 pkt 1 – przez określenie terminów realizacji czynności przygotowawczych, w szczególności: 1) terminu zestawienia łączy, w tym łączy dostępowych i zapewnienia usługi teletransmisji (w tym dostarczenie, konfiguracja Urządzeń i uruchomienie transmisji w poszczególnych Lokalizacjach), o którym mowa w § 2 ust. 2 PPU, 2) terminów rozpoczęcia świadczenia usługi, zestawienia docelowych parametrów łącz oraz przeprowadzenia testów oraz przełączenia i używania jako sieć docelowa produkcyjna, o których mowa w § 3 ust. 3 pkt 1 PPU, 3) terminu przygotowania projektu technicznego, o którym mowa w § 5 ust. 1 PPU, 4) terminu testowego

uruchomienia usługi MPLS, o którym mowa w § 5 ust. 3 PPU, 5) terminu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS, o którym mowa w § 5 ust. 4 PPU – w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie, a także w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję [pkt 2.2.].

3.433 pkt 2 w zw. w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego {„kc} w zw. z art. 483 kc _ przez wprowadzenie do treści PPU (§ 9 ust. 23) rażąco wysokiej kary umownej w stosunku do obowiązku nałożonego na usługodawcę w zakresie złożenia wyjaśnień lub dokumentów niezbędnych do oceny wpływu waloryzacji na koszty wykonania umowy oraz stopnia zmiany tych kosztów wobec zmiany wysokości wynagrodzenia, a także wprowadzenie uprawnienia do wypowiedzenia umowy przez usługobiorcę za niespełnienie powyższego obowiązku przez usługodawcę [pkt 2.3.].

4. Art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 pkt 1 – przez wprowadzenie do treści dokumentacji zamówienia (w szczególności § 3 ust. 3 pkt 6 PPU, § 5 ust. 11 PPU) wymogu zastosowania technologii Get VPN, stanowiącej rozwiązanie CISCO, oraz wymogu, aby dostarczone routery pozostawały kompatybilne z routerami w sieci Usługobiorcy (Cisco ISR4331/K9), co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wskazanie produktu jednego producent [pkt 2.4.].

5. Art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 – przez zaniechanie opisania w treści dokumentacji zamówienia jednolitych dla wszystkich wykonawców uwarunkowań (w tym technicznych i finansowych) związanych z dostępem i korzystaniem z lokalizacji świadczenia usług, będącej własnością podmiotu obecnie świadczącego usługi sieci WAN MPLS dla Usługobiorcy – tj. ROPD [pkt 2.5.].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści SWZ w zakresie [w nawiasie numeracja według systematyki odwołania odzwierciedlonej w sentencji orzeczenia]:

1.Terminów określonych datą sztywną (kalendarzową), w tym terminów realizacji czynności przygotowawczych, przez ich określenie jednostkami czasu, w szczególności terminów: 1) przygotowania projektu technicznego – na 20 dni od dnia zawarcia umowy (zamiast w terminie 20 dni od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do 10.09.2025 r.), 2) zestawienia docelowych parametrów łącz – na 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy (zamiast do 30.09.2025 r.), 3) uruchomienia usługi MPLS – na 1,5 miesiąca od dnia zestawienia docelowych parametrów łącz (zamiast: od 1.10.2025 r. do 14.11.2025 r.), 4) przeprowadzenia testów oraz przełączenia i używania jako sieć docelowa produkcyjna – na 1,5 miesiąca od dnia zestawienia docelowych parametrów łącz (zamiast od 1.10.2025 r. do 14.11.2025 r.), 5) zestawienia łączy, w tym łączy dostępowych i zapewnienia usługi teletransmisji (w tym dostarczenia, konfiguracji urządzeń i uruchomienia transmisji w poszczególnych Lokalizacjach) – na 1,5 miesiąca od dnia zestawienia docelowych parametrów łącz (zamiast: do 14.11.2025 r.), 6) rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS – na po zakończeniu testów (zamiast 15.11.2025 r. godz. 00:00), 7) obowiązywania umowy (realizacji zamówienia) – na do wyczerpania łącznej kwoty wynagrodzenia brutto, jednak nie dłużej niż przez 24 miesiące od rozpoczęcia świadczenia usług MPLS (zamiast do wyczerpania łącznej kwoty wynagrodzenia brutto, jednak nie dłużej niż do 14.11.2027 r.) [pkt 3.1.].

2. Waloryzacji wysokości wynagrodzenia(§ 9 ust. 23 PPU), przez usunięcie postanowień uprawniających Usługobiorcę do nałożenia wysokiej kary umownej w odniesieniu do nałożonego na Usługodawcę obowiązku złożenia wyjaśnień lub dokumentów niezbędnych dla oceny wpływu waloryzacji na koszty wykonania umowy oraz stopnia zmian tych kosztów wobec zmiany wysokości wynagrodzenia, a także przez usunięcie postanowień uprawniających Usługobiorcę do wypowiedzenia umowy za niespełnienie powyższych obowiązków przez Usługodawcę [pkt 3.2.].

3.Postanowień dotyczących wymogu dostarczenia routerów CPE umożliwiających szyfrowanie w technologii Get VPN oraz wymogu kompatybilności z routerami w sieci Usługobiorcy (Cisco ISR4331/K9) pełniącymi funkcję serwerów kluczy z wykorzystaniem technologii Get VPN: 1) przez ich usunięcie [pkt 3.1.1.], 2) ewentualnie przez zastąpienie wymogiem dostarczenia przez Wykonawcę serwerów umożliwiających realizację kryptografii z wykorzystaniem PKI [pkt 3.1.2.], 3) ewentualnie przez wprowadzenie szczegółowego opisu wymaganej kompatybilności dostarczanych urządzeń z routerami w sieci Usługobiorcy ze wskazaniem kryteriów kompatybilności i funkcjonalności koniecznych do osiągnięcia [pkt 3.1.3.].

{KIO 2050/25, KIO 2055/25, KIO 2068/25}

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 19 czerwca 2025 r. wniósł o oddalenie każdego z nich jako, po uwzględnieniu na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy pzp wprowadzonych zmian w dokumentach zamówienia, bezzasadnych.

{umorzenie postępowania odwoławczego}

{KIO 2055/25}

Pismem z 18 czerwca 2025 r. Odwołujący T-Mobile w całości wycofał odwołanie.

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust. 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Stąd Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp oraz stosownie do art. 575 pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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) – orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w rozpoznawanych sprawach.
{KIO 2050/25, KIO 2068/25}

Odwołujący Orange na posiedzeniu oświadczył do protokołu, że wycofuje zarzuty z pkt II pkt 1. lit. b) i pkt 3 [według systematyki odwołania].

Z kolei Odwołujący Netia na posiedzeniu oświadczył do protokołu, że wycofuje zarzut z pkt 2.2. [według systematyki odwołania].

Ponadto w związku ze zmianami, które Zamawiający wprowadził do dokumentów zamówienia, prowadzenie postępowania odwoławczego stało się bezprzedmiotowe w odniesieniu do wszystkich pozostałych zarzutów, z wyjątkiem zarzutów: z pkt II pkt 1. lit. a oraz pkt II pkt 2 lit. b) odwołania Orange oraz zarzutu z pkt 2.4 [według systematyki odwołań].

Skoro według przywołanego powyżej art. 520 ust. 1 i 2 ustawy pzp odwołanie może zostać wycofane w całości, dopuszczalne jest również częściowe wycofanie odwołania, czyli w zakresie niektórych zarzutów. Z kolei z art. 568 pkt 2 ustawy pzp wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w razie stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne.

Stąd Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 i 2 ustawy pzp, orzekła, jak w pkt 2. i 3. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w rozpoznawanych sprawach.

{rozważania wstępne – granice kognicji Izby}

Zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp; dalej: „popzp") Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Powyższa regulacja ma o tyle znaczenie dla zarzutów odwołań, które ostały się do merytorycznego rozstrzygnięcia, o ile dynamika postępowania odwoławczego, w tym zmiany i wyjaśnienia specyfikacji wprowadzone przez Zamawiającego, spowodowały, że z jednej strony uzasadnienie zarzutów częściowo się zdezaktualizowało, a z drugiej strony dał Odwołującym asumpt do podnoszenia zupełnie nowych okoliczności, pod pretekstem konieczności odniesienia się do treści odpowiedzi na odwołanie i zmian treści skarżonych postanowień. Stąd przed przystąpieniem do omawiania poszczególnych zarzutów konieczne stało się zaznaczenie, że mogły one zostać rozpoznane w granicach przysługującej Izbie kognicji. Konkretne przypadki wykroczenia przez Odwołujących poza te granice wyznaczone przez okoliczności zawarte we wniesionych odwołaniach zostały poniżej co najwyżej zasygnalizowane, bez merytorycznego odnoszenia się do tych nowych zarzutów.
{KIO 2050/25}

{zarzut 1 a) odwołania Orange – termin rozpoczęcia świadczenia usługi}

Izba ustaliła, co następuje:

W ramach uzasadnienia faktycznego zarzutu Odwołujący Orange poniósł, co następuje [pisownia oryginalna]:

(...)

Należy podkreślić, że Zamawiający wymaga uruchomienia wszystkich łączy w jednym terminie i brak uruchomienia choćby jednego łącza będzie skutkował naliczeniem kar umownych.

(…)

Należy podkreślić, że Zamawiający od początku realizacji obecnie obowiązującej umowy miał świadomość, że umowa ta zakończy się 14 listopada 2025r. Zamawiający miał więc świadomość upływającego czasu. Mimo to, Zamawiający z pełną premedytacją zdecydował się ogłosić Postępowanie dopiero na 6 miesięcy przed czasem zakończenia obecnej umowy, uniemożliwiając tym samym wykonawcom, innym niż wykonawca aktualnie świadczący usługi, złożenie oferty.

Struktura organizacyjna Zamawiającego obejmuje Centralę ARiMR (CB), Centrum Przetwarzania Danych (CPD) Równoległy Ośrodek Przetwarzania Danych (ROPD), 17 Oddziałów Regionalnych (OR) oraz 309 Biur Powiatowych (BP – w sumie 329 lokalizacji. Zamawiający wymaga ponadto, aby każda lokalizacja Zamawiającego była podłączona do sieci WAN dwoma łączami oraz wyposażona przez Wykonawcę w co najmniej dwa routery (CE i CPE). Przy tak dużej skali przedsięwzięcia (liczba lokalizacji, ich rozlokowanie na terenie całego kraju, konieczność zapewnienia 2 łączy w każdej lokalizacji, konieczność zainstalowania co najmniej dwóch routerów), czas potrzebny na skoordynowanie i zestawienie wszystkich lokalizacji dodatkowo się wydłuża.

(…) Niezależnie od technologii świadczenia usługi, operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług.

Dodatkowo Zamawiający wymaga obligatoryjnie świadczenia usług dla łączy podstawowych w lokalizacjach CB, CPD, ROPD, OR oraz co najmniej 50% lokalizacji BP, za pośrednictwem łączy w technologii światłowodowej, a zadeklarowana liczba lokalizacji BP (ponad 50%) dla łącza podstawowego w technologii światłowodowej stanowi jedno z kryteriów oceny ofert, w związku z tym im większą liczbę lokalizacji BP w technologii światłowodowej dla łącza podstawowego wykonawca będzie w stanie zaoferować, tym więcej punktów w zakresie tego kryterium otrzyma.

Podobnie dla łącza zapasowego w lokalizacjach BP zamawiający nie dopuszcza świadczenia usług z wykorzystaniem technologii LTE w więcej niż 50% lokalizacji BP, a zadeklarowanie w ofercie większej liczby lokalizacji BP w technologii innej niż LTE dla łącza zapasowego, skutkować będzie przyznaniem większej ilości punktów w kolejnym kryterium oceny ofert.

W konsekwencji Wykonawca obligatoryjnie musi zapewnić światłowodowe łącza telekomunikacyjne w ponad połowie lokalizacji Zamawiającego. Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego, uwarunkowania formalno-prawne przy budowie infrastruktury telekomunikacyjnej, a także terminy dostaw sprzętu definiowane przez producentów, termin narzucony przez Zamawiającego na wdrożenie sieci WAN i rozpoczęcie świadczenia usług jest nierealny, całkowicie oderwany od realiów rynkowych oraz zdecydowanie preferuje on wykonawcę obecnie świadczącego te usługi dla Zamawiającego. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że przy takich warunkach ofertę będzie w stanie złożyć tylko wykonawca obecnie je świadczący – T-Mobile Polska.

W tak krótkim czasie tylko wykonawca obecnie świadczący Zamawiającemu te usługi będzie w stanie „przygotować" infrastrukturę dla nowej umowy – bo w praktyce ma ją w pełni lub w znaczącej większości już przygotowaną. Pozostali Wykonawcy będą musieli taką infrastrukturę przygotować/wybudować, co biorąc pod uwagę obowiązujące w Polsce przepisy nie jest możliwe w tych terminach – budowa infrastruktury nie jest możliwa w ciągu 2-3 miesięcy, a zaangażowanie większych zasobów kadrowych, technicznych i finansowych nie uczyni tego terminu realnym.

Potencjalny wykonawca może zapewnić łącza w lokalizacjach, w których nie ma infrastruktury poprzez budowę nowej infrastruktury, ewentualnie pozyskanie infrastruktury od innych operatorów. Przy czym nie w każdym przypadku, w szczególnie w zależności od lokalizacji, każde z tych rozwiązań jest dostępne.

Zamawiający wymaga podłączenia każdej lokalizacji do sieci WAN dwoma łączami – łącza trzeba wybudować lub pozyskać, co choćby ze względu na uwarunkowania prawne nie jest możliwe w tak krótkim terminie.

Budowa łączy telekomunikacyjnych oraz uruchomienie usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Wobec tego czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń, zezwoleń, uzgodnień.

Realizacja inwestycji kablowej zaczyna się od wizji lokalnej w terenie, uzgodnieniami z Zamawiającym i właścicielem/administratorem budynku, dotyczącymi miejsca dostarczenia usługi oraz przebiegów kablowych. Konieczne

jest pozyskanie rysunków/rzutów budynku, na których nanoszone są planowane przebiegi linii światłowodowej i pomieszczenia, gdzie dostarczana jest usługa. Te uzgodnienia trwają zazwyczaj od 4 do nawet 8 tygodni.

Kolejne kroki to pozyskanie map zasadniczych i wykonanie projektu budowlanego i uzyskanie pozwolenia na budowę.

Często obiekty znajdują się pod opieką konserwatora zabytków, co znacznie wydłuża cały proces inwestycyjny. Na wydłużenie czasu budowy przyłączy mają także wpływ uwarunkowania lokalne, jak: np. autostrady, drogi krajowe, cieki wodne, torowiska, które wymagają dodatkowych uzgodnień z instytucjami takimi jak m.in. GDDKiA, Wody Polskie, PKP itp. Jeśli okaże się, że na planowanej trasie budowy łącza znajdują się obszary infrastruktury objęte gwarancją wykonanych robót (gwarancja udzielona na nowobudowany fragment chodnika, jezdni, etc.) wykonawca musi przeprowadzić negocjacje i zawrzeć umowę z wykonawcą tych robót. Wiąże się to nie tylko z wydłużeniem procesu inwestycyjnego, ale również dodatkowymi kosztami. Te działania to kolejne od 8 do nawet kilkudziesięciu tygodni.

W przypadku konieczności przejścia łącza przez działki prywatne lub miejskie istnieje potrzeba ustalenia ich właścicieli i przeprowadzenia negocjacji w celu ustalenia warunków finansowych ze przejście przez te działki. Jeśli działki są własnością miasta/gminy wykonawca jest zobowiązany do podpisania dodatkowej umowy zobowiązującej wykonawcę do opłacenia kosztów wykonania operatu wyceniającego służebność, poniesienia kosztów aktu notarialnego dot. ustanowienia służebności przesyłu. Czas trwania takich negocjacji to też od 4 do 8 tygodni. Kolejny krok to przygotowywanie projektu organizacji ruchu i jego uzgodnienia (w zależności od kategorii drogi) z Policją i u Starosty lub Marszałka lub Prezydenta Miasta). Trwa to ok 6-10 tygodni.

Następnie należy przygotować i złożyć wniosek o umieszczenie infrastruktury w gruncie (na stałe) i o czasowe zajęcie pasa drogowego na czas budowy. Zgodnie z przepisami urząd ma na odpowiedź 30 dni, ale istnieje możliwość wydłużenia tego czasu do 60 dni.

Czynności związane stricte z budową łącza, w zależności od długości linii i poziomu skomplikowania, trwają od kilku dni do ok. 3 tyg., przy założeniu, że nie wystąpią nieprzewidziane niedrożności kanalizacji lub inne przeszkody. Następnie dochodzą odbiory, wprowadzenie wybudowanej infrastruktury do ewidencji i dopiero wówczas wykonawca może przystąpić do procesu uruchamiania usług.

Budowa łącza światłowodowego jest procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że proces taki trwa minimum kilka miesięcy.

Wieloletnie doświadczenie Odwołującego w budowie łączy światłowodowych pokazuje, że w przypadku zadań typowych (czyli takich, w których nie występują utrudnienia typu konieczność angażowania konserwatora zabytków, Wód Polskich, podmiotów związanych z PKP, GDDKiA, obszarów objętych gwarancjami, problemy własnościowe z gruntami, inne nieprzewidziane problemy administracyjne, niedrożności dzierżawionej kanalizacji), standardowy czas realizacji łącza wynosi minimum 25 tygodni. Nieprzewidziane okoliczności i sytuacje dodatkowo ten proces wydłużają.

Czynności zarówno formalne, jak i techniczne konieczne dla wybudowania infrastruktury, w szczególności punktowanej przez Zamawiającego infrastruktury w technologii światłowodowej zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale wykonawców. Wykonawca nie ma np. wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia.

(...)

W celu przygotowania do świadczenia usług, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji projektowej, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń i zgód w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego).

Podkreślenia wymaga, iż nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem wyłącznie stosowne wydłużenie terminu na wdrożenie umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przeciwnym wypadku, krótki maksymalny termin na wykonanie prac staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w Postępowaniu.

(...)

Należy mieć również na uwadze, że po uruchomieniu łączy i dostarczeniu urządzeń Zamawiający oczekuje przeprowadzenia odbiorowych testów akceptacyjnych. Jest to proces bardzo czasochłonny, a czas przewidziany przez Zamawiającego na wykonania prac niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia wskazanych usług nie jest wystarczający.

(…)

Jednocześnie należy podkreślić, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez Zamawiającego.

Zamawiający miał świadomość, kiedy kończy się obecnie obowiązująca umowa, mimo to nie zdecydował się na wcześniejsze wszczęcie postępowania. Nic nie stało na przeszkodzie, aby postępowanie to zostało wszczęte kilka

miesięcy wcześniej. W takiej sytuacji Zamawiający zapewniłby każdemu potencjalnemu wykonawcy wystarczający czas na wdrożenie, nie faworyzując w ten sposób wykonawcy aktualnie świadczącego usługi.

Odwołujący jest największym operatorem telekomunikacyjnym działającym na rynku polskim, który ma ogromne doświadczenie w przygotowywaniu i składaniu ofert. Z doświadczenia tego wynika, że tak krótki termin wdrożenia usług w tak dużej ilości lokalizacji jest wyjątkiem, anomalią. W postępowaniach ze znacznie mniejszą liczbą lokalizacji, łączy i urządzeń, terminy wdrożenia usług były znacznie dłuższe.

Przykładowe terminy wdrożeń w tożsamych postępowaniach w okresie ostatnich 2-3 lat. w instytucjach podobnej wielkości:

a) Sieć WAN Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (274 lokalizacje) –6 miesięcy na wdrożenie od zawarcia umowy + 1 dodatkowy miesiąc na konfiguracje systemów.

b) Sieć WAN Ministerstwa Sprawiedliwości (412 lokalizacji) – 7 miesięcy na wdrożenie od daty zawarcia umowy.

c) Sieć WAN Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (343 lokalizacje) – 6 miesięcy na wdrożenie od daty zawarcia umowy.

d) Sieć WAN Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (373 lokalizacje) – do 280 dni na wdrożenie od daty zawarcia umowy

e) Sieć WAN Lasy Państwowe (486 lokalizacji) – termin rozpoczęcia świadczenia usług od 01.11.2025 – Zamawiający ogłosił postępowanie w listopadzie 2024r.

Również pozyskanie łączy od innego operatora wymaga czasu. Zapewnienie łącza z pomocą infrastruktury innego operatora także wiąże się z koniecznością wykonania szeregu czynności prawnych, jak i faktycznych niezbędnych do uruchomienia łącza. Inni operatorzy, którzy posiadają infrastrukturę w określonych lokalizacjach niejednokrotnie także potrzebują dodatkowego czasu na udostępnienie łącza, w szczególności, gdy muszą doposażyć je w taki sposób, aby spełniało ona wymagania określone przez Zamawiającego. Nie we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego znajdują się łącza innych operatorów.

Niezależnie od tego, w jaki sposób zostanie zestawione łącze, nawet, jeśli Wykonawca posiada własną infrastrukturę, to aby uruchomić łącze musi mieć urządzenia CE i CPE. Dodatkowym terminem, który jest niezbędny do uruchomienia usługi, który jest niezależny od wykorzystanej technologii, od tego, czy wykonawca posiada w danej lokalizacji infrastrukturę, jest termin dostawy urządzeń, który obecnie wynosi ok. 2 miesięcy.

Z kolei Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie podniósł następujące okoliczności faktyczne [pisownia oryginalna]:

(…)

Należy wskazać, iż Zamawiający dokonał stosownych zmian w SWZ, polegających na wyznaczeniu terminu zestawienia łączy w okresie 4 miesięcy od dnia podpisania umowy, po którym to nastąpi 1,5-miesięczny okres testowania. Wskutek czego, jedynym punktem spornym pozostała sama długość okresu wyznaczonego na zestawienie łączy dostępowych – 4 miesiące (Zamawiający) vs 7 miesięcy (Odwołujący) oraz okresu testowania po zestawieniu łączy (1,5 miesiąca vs 30 dni).

Powyższy wywód Odwołującego jest niezasadny z kilku powodów. Przede wszystkim, Zamawiający nie wymaga, aby Wykonawca budował całą sieć „od zera". Zamawiający dopuszcza wykorzystanie (dzierżawienie) łącz od innych operatorów telekomunikacyjnych, co jest praktyką powszechną, a wręcz pożądaną z ekonomicznego punktu widzenia. Nielogicznym jest budowanie nowej sieci światłowodowej w sytuacji, gdy w danej lokalizacji już takowa istnieje. Warunki na jakich zasadach operatorzy mają współpracować w tym zakresie, zostały określone przez prawodawcę w ustawie Prawo Komunikacji Elektronicznej, z czego Odwołujący jako operator działający na terenie całego kraju doskonale sobie musi zdawać sprawę. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku, gdy klient zażyczy sobie zmienić dostawcę energii elektrycznej. Nielogicznym w tej sytuacji byłoby budowanie sieci energetycznej od podstaw na potrzeby jednego klienta. Takie podejście byłoby czasochłonne, logistycznie trudne do zrealizowania i przede wszystkim niezasadne z ekonomicznego punktu widzenia.

Należy w tym miejscu wskazać na pewną sprzeczność w wywodach Odwołującego. Odwołujący wprawdzie wywodzi, że niezbędne jest wybudowanie całej infrastruktury, co ma być procesem czasochłonnym, lecz jednocześnie (wprawdzie zupełnie zdawkowo) wskazuje, iż przy całym procesie zestawiania łącz, należy wziąć pod uwagę czynności związane z wydzierżawieniem infrastruktury od innych operatorów. Potwierdza to, że Odwołujący zdaje sobie sprawę, iż w przypadku przedmiotowego zamówienia, budowanie infrastruktury teleinformatycznej od podstaw jest nieracjonalne i w większości lokalizacji nie ma potrzeby doprowadzania osobnych łączy telekomunikacyjnych. Faktyczne pominięcie (poza zdawkowym wspomnieniem) możliwości korzystania z istniejącej już infrastruktury w ocenie Zamawiającego stanowi istotną wadę stanowiska Odwołującego skutkującą jego bezzasadnością.

Podkreślenia przy tym wymaga, że Zamawiający, określając wymagania dotyczące łączy w poszczególnych lokalizacjach, wskazał jako wymaganie minimalne, iż tylko w przypadku 50 % lokalizacji (dotyczy biur powiatowych) należy zastosować łącze światłowodowe. W pozostałych przypadkach wystarczy zestawić łącza radiowe o parametrach

określonych w SWZ. Mając powyższe na uwadze, Wykonawca dokonując rozeznania jaka infrastruktura teleinformatyczna jest doprowadzona do poszczególnych lokalizacji Zamawiającego, jest w stanie zaplanować tak swoje działania, żeby nie było w ogóle potrzeby doprowadzania nowych łączy światłowodowych do lokalizacji Zamawiającego, spełniając przy tym warunki określone w SWZ.

Odwołujący w swoich wywodach wskazuje, iż okres 7 miesięcy na zestawienie łączy jest konieczny, między innymi dlatego, że usługa MPLS obejmuje miejscowości rozmieszczone na terenie całego kraju. Taki argument miałby rację bytu, gdyby Zamawiający określił warunek przyłączania poszczególnych lokalizacji do sieci w ściśle określonym porządku, uniemożliwiając Wykonawcom realizację prac przygotowawczych w wielu lokalizacjach na raz. Takiego warunku nie ma – wręcz pożądane jest rozpoczęcie prac przygotowawczych równolegle na terenie całego kraju w lokalizacjach Zamawiającego

Odwołujący jest dużym operatorem i jak wskazano powyżej działającym na terenie całego kraju, posiadającym zasoby finansowe oraz osobowe pozwalające na realizację zamówienia symultanicznie na terenie całego kraju. Kluczowym przy realizacji tego typu zamówień jest sprawne koordynowanie działań na większym obszarze, w czym Odwołujący ma niewątpliwie ogromne doświadczenie.

Podkreślenia także wymaga, iż Zamawiający w dniu 28 stycznia 2025 r. opublikował w BZP oraz na swojej stronie www plan zamówień na rok 2025, uwzględniający przedmiotowe zamówienie, przez co Wykonawcy dysponowali wiedzą, iż takie postępowanie zostanie ogłoszone w najbliższym czasie i mogli już zacząć się do niego przygotowywać, w szczególności poprzez rozpoczęcie procesu uzgodnień warunków wykorzystania infrastruktury należącej do innych podmiotów.

Co więcej we wrześniu ubiegłego roku, w celu oszacowania kosztów Zamawiający przygotowując się do przedmiotowego postępowania, za pośrednictwem Platformy Zakupowej rozesłał zapytania ofertowe (RFI) do potencjalnych Wykonawców, w tym do Odwołującego, wskazując wszystkie lokalizacje, w których będą zestawiane łącza MPLS. Tym samym Odwołujący już wówczas miał pełną wiedzę o skali przedsięwzięcia, w tym nawet konkretnych adresach, pod które należy przygotować łącza i już wcześniej mógł zbadać jaka infrastruktura jest dostępna w lokalizacjach Zamawiającego i ustalić warunki dzierżawy łączy w przypadkach, gdy właścicielem łącza był inny operator.

Należy mieć przy tym na uwadze, iż Odwołujący jest wykonawcą cyklicznie ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie u Zamawiającego. Wiedza na temat wymagań Zamawiającego i świadomość tego, iż Odwołujący będzie zamierzał ubiegać się o to zamówienie po raz kolejny w świetle profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności w ocenie Zamawiającego winny skutkować tym, iż podejmuje on pewne wstępne działania przygotowawcze związane z ubieganiem się o zamówienie (w szczególności wskazane powyżej) w szczególności już wówczas, gdy Zamawiający informuje potencjalnych wykonawców o swoich planach zakupowych. Nota bene taki właśnie jest cel chociażby publikacji planów postępowań, dzięki którym Wykonawcy jeszcze przed ich wszczęciem mogą podjąć wstępne czynności. Tym bardziej uzasadnione wydaje się być powyższe twierdzenie w przypadku wykonawców cyklicznie ubiegających się o dane zamówienie u danego zamawiającego, którego to warunki nota bene pozostają co do zasady od wielu lat tożsame.

Podkreślenia wymaga, iż Przystępujący w swoim odwołaniu wskazuje na krótszy – 5 miesięczny termin, a nie 7 miesięczny jak wskazuje Odwołujący jako niezbędny.

Odwołujący podaje również przykłady innych postępowań przeprowadzonych w okresie ostatnich lat w instytucjach podobnej wielkości do Zamawiającego, gdzie przewidziano dłuższe okresy realizacji zamówienia dla takich podmiotów jak Lasy Państwowe czy też Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie. Jednak poza informacją ilu obiektów dotyczyły wskazane zamówienia oraz czasem realizacji zamówienia Odwołujący nie wskazał żadnych szczegółów dotyczących wskazanych postępowań. Nie wiadomo zatem czy Zamawiający wymagał od Wykonawcy wybudowania całej infrastruktury od podstaw czy też, tak jak w przypadku przedmiotowego postepowania, Wykonawcy mieliby świadczyć usługi na de facto już przygotowanej infrastrukturze teleinformatycznej. Co więcej nietrudno sobie wyobrazić, iż w przypadku takich podmiotów jak Lasy Państwowe, posiadających swoje nieruchomości w terenach leśnych/górzystych, czyli trudno dostępnych, występują okoliczności uzasadniające wyznaczenie odpowiednio dłuższych terminów realizacji zamówienia niż w przypadku Zamawiającego, którego to nieruchomości są zlokalizowane w terenach łatwo dostępnych. Tym samym wskazane przez Odwołującego przykłady postępowań nie mogą być punktem odniesienia dla przedmiotowego postępowania.

Zamawiający wskazuje także na dostrzeżenie przez Przystępującego w jego odwołaniu, iż w myśl §3 ust. 8 projektowanych postanowień umowy, gdzie Zamawiający zastrzegł sobie możliwość przeniesienia łącza do innej lokalizacji, wskazano termin 4–miesięczny na realizację (pkt 33 odwołania Przystępującego). Odwołujący podobnie jak Przystępujący także nie kwestionuje owego 4 miesięcznego terminu na zmianę lokalizacji łącz lub utworzenia nowego połączenia mpls w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego powyższe potwierdza, iż termin 4 miesięczny jest terminem wystarczającym dla realizacji tego rodzaju zobowiązań.

Tak jak wspomniano powyżej, Zamawiający wysyłając zapytania ofertowe do potencjalnych Wykonawców wskazał precyzyjnie lokalizacje, w których będą świadczone usługi MPLS, przez co Wykonawca mógł wcześniej zaplanować szereg działań i podjąć wstępne czynności w szczególności w zakresie ustalenia warunków korzystania z istniejącej infrastruktury. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż w praktyce czas w jakim także te czynności mogą być wykonywane de facto jest dłuższy niż 4 miesiące od dnia zawarcia umowy, gdyż zasadnym wydaje się przyjęcie, iż co najmniej część czynności możliwa jest do podjęcia także już w okresie pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty a dniem podpisania umowy.

Ww. okoliczności nota bene nie występują, gdy Zamawiający po podpisaniu umowy zleci Usługodawcy przeniesienie łącza do innej lokalizacji. W takim przypadku Usługodawca od momentu przyjęcia zlecenia od Usługobiorcy ma 4 miesiące na uruchomienie łącza w lokalizacji, o której wcześniej nie wiedział. Zamawiający przewidział 4-miesięczny termin mając na uwadze, iż w nowej lokalizacji może nie być przygotowanej żadnej infrastruktury teleinformatycznej, a z przyczyn obiektywnych również nie będzie możliwości zabezpieczenia łącza bezprzewodowego o wymaganych parametrach. Tymczasem w przypadku takiej zmiany lokalizacji w trakcie wykonywania umowy Odwołujący i Przystępujący uznają termin 4 miesięczny za wystarczający (nie kwestionują go).

Podkreślenia wymaga także, iż Zamawiający już przeprowadzał postępowania na dostarczenie tożsamej usługi MPLS na terenie całego kraju w zbliżonej ilości lokalizacji, określając termin realizacji zamówienia (zestawienie łączy) na 4 miesiące. Nie stało to na przeszkodzie temu, aby w wyniku postępowania o tak określonych warunkach doszło do zmiany wykonawcy tego przedmiotu zamówienia. Co więcej miało to miejsce w czasie, gdy infrastruktura teleinformatyczna w kraju nie była tak rozbudowana jak obecnie, co mogło skutkować mniejszą niż obecnie skalą możliwości wykorzystania istniejącej już infrastruktury. Okoliczność ta potwierdza w praktycznym wymiarze, iż ww. 4 miesięczny okres jest wystarczającym także dla wykonawcy, który nie jest dotychczasowym wykonawcą przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego to uprzednie postępowania prowadzone przez Zamawiającego na tożsamy przedmiot zamówienia w latach ubiegłych przy co do zasady tożsamych warunkach zamówienia winny być raczej punktem odniesienia aniżeli wskazywane przez Odwołującego postępowania prowadzone przez innych zamawiających, na być może podobne rodzajowo, ale jednak odmienne (odpowiadające, wszakże specyficznym warunkom tych zamawiających) przedmioty zamówienia.

Jak już wyżej zasygnalizowano, jako uzasadnienie zarzutu Odwołujący podaje zasadniczo argumentację sprowadzającą się do wywodzenia, że czas ten nie jest wystarczający do wybudowania własnej infrastruktury. …wspomina się zdawkowo o możliwości pozyskania infrastruktury istniejącej od innego operatora telekomunikacyjnego, to należy stwierdzić, że faktycznie wątek ten jest przez Odwołującego pominięty.

Podnieść w tym miejscu należy, iż z żadnego elementu swz nie wynika tymczasem, aby Zamawiający ograniczył możliwość świadczenia zamawianej usługi do świadczenia jej wyłącznie w oparciu o własną infrastrukturę Wykonawców. Nie podnosi tego także Odwołujący. Co więcej – jak wyżej wskazano sam Odwołujący sygnalizuje możliwość skorzystania z łączy innych operatorów.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że sam Odwołujący dostrzega możliwość współpracy międzyoperatorskiej w tym zakresie.

Zamawiający podnosi zatem w tym miejscu, iż twierdzenia i żądania Odwołującego w powyższym zakresie mogłyby być zasadne jedynie wtedy, gdyby w normalnym toku czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej o profesjonalnym charakterze jako operator telekomunikacyjny, kwestie te były niemożliwe do ustalenia przez Wykonawców, a w szczególności Odwołującego.

Zamawiający wskazuje, że wszelkie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie, a także iż, z uwzględnieniem posiadanej przez Odwołującego wiedzy oraz w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów regulujących rynek telekomunikacyjny a w szczególności kwestię udostępniania infrastruktury innych operatorów telekomunikacyjnych i kosztów tego udostępnienia, Odwołujący jak i inni wykonawcy mogą, na podstawie danych zawartych w swz, sporządzić oferty w Postępowaniu.

(...)

…Zamawiający podnosi, że Odwołujący jako podmiot profesjonalnie działający na rynku usług telekomunikacyjnych, winien być świadomy tego, że podstawą działalności telekomunikacyjnej jest współpraca międzyoperatorska. W zasadzie każde postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci wiąże się z dzierżawą łączy telekomunikacyjnych podmiotu trzeciego, czy uzyskaniem dostępu do czyjegoś centrum danych. Twierdzenie odmienne prowadziłoby do oczywiście absurdalnych wniosków, iż każde postępowanie dotyczące świadczenia usług telekomunikacyjnych musiałoby oznaczać finansowanie przez operatorów, a w konsekwencji przez Zamawiających, budowy infrastruktury powielającej istniejącą już infrastrukturę innych wykonawców. Skutki takiego stanu rzeczy byłyby w sposób oczywisty irracjonalne i drastycznie wręcz szkodliwe dla całej gospodarki narodowej. Absurdalność takiego stanu rzeczy można przyrównać do str. 7 konieczności budowania odrębnej sieci

kolejowej czy też drogowej dla świadczenia usług przewozu przez każdego przewoźnika.

W związku z powyższym powszechną praktyką jest dokonywanie wyceny oferty w oparciu o ceny zaproponowane przez podmioty konkurujące. (…)

Podkreślenia wymaga, iż potencjalny problem dotyczący negatywnych konsekwencji ewentualnego braku woli podjęcia współpracy międzyoperatorskiej w zakresie udostępniania istniejącej infrastruktury dostrzegł ustawodawca i dokonał regulacji praktyki rynkowej w tym zakresie na drodze ustawowej.

Dla Zamawiającego, mającemu na uwadze profesjonalny charakter prowadzonej przez Odwołującego działalności, nie są zrozumiałe przyczyny dla których Odwołujący zdaje się ignorować bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy z dnia 12 lipca 2024 r. Prawo komunikacji elektronicznej (Dz.U.2024.1221 z dnia 2024.08.09, dalej „PKE").

(…)

Zamawiający podnosi, że wobec pominięcia przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu w istocie rzeczy jakiejkolwiek argumentacji zmierzającej do wykazania, iż kwestionowane przez niego postanowienia SWZ stoją na przeszkodzie także zapewnieniu możliwości wykonania czynności umożliwiających czy to złożenie oferty czy to realizację przedmiotu zamówienia, wszelkie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie podnoszone po wniesieniu Odwołania należy uznać za spóźnione i stanowiące niedopuszczalną modyfikację zarzutów Odwołania. Nie zmienia tego fakt zdawkowego wskazania w pkt 30 Odwołania, iż „nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy". Po pierwsze jest to teza zupełnie gołosłowna, po drugie zaś w żaden sposób nie referuje do choćby zbadania możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury i warunków nawiązania współpracy międzyoperatorskiej, czy dzierżawy łączy.

Odwołujący jest niewątpliwie profesjonalistą także jeśli wziąć pod uwagę częstotliwość i skalę jego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego z zakresu usług telekomunikacyjnych, nie tylko prowadzonych przez Zamawiającego, ale w ogóle w skali kraju. Także zatem i z tego punktu widzenia winien być świadom stanowiska Izby w tym zakresie.

Podkreślenia wymaga w tym kontekście to, że rozpatrując zarówno obowiązki Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak i zapewnienia konkurencyjności postępowania i równego traktowania wykonawców, nie sposób owych rozważań odrywać od warunków rynku właściwego dla danych usług, w szczególności zaś od przepisów tenże rynek regulujących.

Zamawiający podnosi, że wszelkie w tym zakresie zarzuty i żądania Odwołującego, nie mogą się ostać, gdy tylko uwzględni się podnoszoną już wyżej okoliczność, iż określenia zawarte w swz skierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo świadczeniem usług danego rodzaju. Wynika z tego, że Zamawiający nie tylko może, ale i powinien prowadzić postępowanie z uwzględnieniem faktu, iż profesjonalne podmioty znają i nie wymagają powtarzania w swz bezwzględnie obowiązujących przepisów regulujących rynek, z którym związany jest przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający nie był obowiązany do czynienia przedmiotem szczegółowej regulacji w swz okoliczności, co do których pełną regulację zawiera PKE (tak jak uprzednio UPT). Każdy Wykonawca w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy PKE może zapewnić sobie dostęp do istniejących łączy należących do innych podmiotów, w tym innych operatorów telekomunikacyjnych.

Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 170 PKE operator jest obowiązany do prowadzenia negocjacji w celu zawarcia umowy o dostępie w zakresie połączenia sieci i interoperacyjności usług na wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, zaś zgodnie z art. 173 PKE podmiot będący właścicielem okablowania pomiędzy zakończeniami sieci w obiekcie budowlanym a najbliższym punktem dystrybucji na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, jest obowiązany zapewnić dostęp do tego okablowania wraz z powiązanymi zasobami, jeżeli powielenie tego okablowania byłoby ekonomicznie nieefektywne lub technicznie niewykonalne.

Dostęp telekomunikacyjny świadczony jest na podstawie umowy lub na podstawie decyzji prezesa UKE, o której mowa w art. 182 ust. 1 oraz w art. 188.

W przypadku zatem wystąpienia problemów z uzyskaniem dostępu na podstawie umowy, operator może doprowadzić na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów do wydania odpowiedniej decyzji Prezesa UKE.

Za nieuzasadnione w ocenie Zamawiającego należy uznać wobec powyższego zarzuty oparte w warstwie faktycznej na wywodzeniu konieczności budowy własnej infrastruktury na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu w oderwaniu od możliwości realizacji tego przedmiotu w oparciu o dostęp do istniejącej już infrastruktury. Tym bardziej, że jak już wyżej wspomniano, to ten drugi stan jest zarówno odpowiadającym praktyce rynkowej, jak i odpowiadającym intencjom prawodawcy zmierzającego w szczególności do ograniczenia nieuzasadnionych ekonomicznie nakładów na budowę infrastruktury powielającej tę już istniejącą.

Oczywistym przy tym jest, że powyżej wskazana regulacja PKE odpowiada w zupełności zakresowi koniecznego wykorzystania infrastruktury na potrzeby świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia w Postępowaniu, co przesądza zarazem o bezzasadności żądań Odwołującego. Odwołujący w normalnym toku czynności – typowym i

charakterystycznym dla prowadzonej przez niego działalności, ma możliwość zagwarantowania sobie dostępu do infrastruktury innego podmiotu, w szczególności innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. 42. Co więcej, jak wynika z powołanej wyżej regulacji PKE, Zamawiający jako podmiot nie będący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, w przeciwieństwie do Odwołującego, nie ma możliwości skutecznego wystąpienia z żądaniami mogącymi doprowadzić do udostępnienia istniejącej infrastruktury Odwołującemu czy innemu Wykonawcy.

(…) *Mając na uwadze powyższe to nie korzystanie z cudzej infrastruktury należy uznać za swego rodzaju opcję teoretyczną, lecz właśnie budowę infrastruktury własnej tożsamej z już istniejącą – oczywiście jest to technicznie wykonalne, ale powoduje, iż oferta na takich założeniach oparta w realiach rynkowych właściwie już a priori skazana jest na przegraną.*

Jak już wyżej wskazywano – sam ustawodawca uznał takie praktyki za absurd ekonomiczny i z tej właśnie przyczyny dokonał odpowiedniej regulacji w PKE w zakresie zasad udostępniania infrastruktury i środków przymuszenia operatorów do jej rzeczywistego udostępniania.

Wymaga podkreślenia także i to, że także w wyniku postępowania przeprowadzonego w roku 2015 – doszło do zastąpienia dotychczasowego Wykonawcy nowym podmiotem (konsorcjum T-Mobile, Netia – nota bene obecnego Przystępującego). Co istotne, w świetle stawianych przez Odwołującego zarzutów, ów nowy wykonawca złożył ofertę korzystniejszą od wykonawcy dotychczasowego, oferując termin rozpoczęcia świadczenia usługi 120-dniowy. Jak wyżej wskazano, termin ten zaoferowało i zrealizowało ówcześnie konsorcjum, którego członkiem był obecny Przystępujący. Nie sposób zatem uznać za zasadne wywody Odwołującego zmierzające do wykazywania rzekomej niemożności dotrzymania kwestionowanych terminów, podczas gdy nawet własne doświadczenie tego właśnie podmiotu z udziału w tożsamym postępowaniu o udzielenie zamówienia u tego samego Zamawiającego w sposób oczywisty potwierdza, iż terminy te są dla Wykonawców (także innych niż dotychczasowy) wystarczające.

Podkreślić należy, że zmiany kwestionowanych postanowień SWZ (§ 2 ust. 1 i 2 oraz § 5 ust. 1-4 PPU) spowodowały, że termin wdrożenia usługi transmisji danych został wydłużony do łącznie 5,5 miesiąca (w tym 4 miesiące na zestawienie łączy i 1,5 miesiąca testowania). Odwołujący Orange domagał się wydłużenia tego terminu do łącznie 8 miesięcy (w tym 7 miesięcy na zestawienie łączy i 30 dni testowania), co oznacza, że okoliczności podnoszone dla uzasadnienia zarzutu częściowo stały się nieaktualne.

Przede wszystkim w ramach powyżej zacytowanego wywodu Zamawiający podniósł fakty, które obiektywnie i wyczerpująco podważają adekwatność podstawy faktycznej zarzutu zawartego w odwołaniu Orange. W szczególności należy zwrócić uwagę, że Odwołujący zdaje się przechodzić do porządku dziennego nad tym, że nie jest to pierwsze a któreś z rzędu zamówienie na świadczenie usług transmisji danych na rzecz ARMiR, co do zasady w tych samych lokalizacjach, co oznacza, że w przeważającej mierze istnieje infrastruktura techniczna umożliwiająca zestawienie łączy. W konsekwencji Odwołujący Orange może, a wręcz powinien, korzystać w trybie odnośnych przepisów Prawa telekomunikacyjnego z infrastruktury teletechnicznej innego operatora tam, gdzie nie ma własnej. Nie sposób uznać również za wiarygodne, że jako największy operator telekomunikacyjny Orange nie jest w stanie odpowiednio optymalizować procesu wdrażania. Dla wykonawcy zawodowo trudniącego się prowadzeniem działalności gospodarczej w danej dziedzinie oczywiste powinno być złożenie zamówienia na urządzenia konieczne dla należytego wykonywania tego zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem.

Nic nie mogły wnieść do sprawy złożone na rozprawie przez Odwołującego harmonogramy czynności dotyczących 4 wybranych lokalizacji. Z jednej strony jako opracowania własne nie stanowią dowodu a niedopuszczalne rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu, w sytuacji gdy nic nie stało na przeszkodzie, aby załączyć je do odwołania. Z drugiej strony pobieżny sposób prezentacji danych uniemożliwia ich weryfikację, co oznacza, że mają charakter li tylko perswazyjny. Złożone harmonogramy mają bardzo ramowy charakter, gdyż polegają na wyszczególnieniu 16 etapów, wymienienia hasłowo czynności składających się na dany etap i przypisaniu na zasadzie *deus ex machina* każdemu z tych etapów takiej liczby tygodni, aby na końcu uzyskać założony z góry rezultat.

Z kolei zarzut odwołania Orange, że termin wykonania prac wdrożeniowych faworyzuje T-Mobile jako aktualnie świadczącą usługi objęte przedmiotem zamówienia na rzecz Zamawiającego, opiera się li tylko na tym fakcie, czyli na obiektywnym uwarunkowaniu, które jest naturalną konsekwencją faktu, że poprzednie postępowanie o udzielenie tego zamówienia wygrała akurat T-Mobile, a nie Orange.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ramach uzasadnienia zarzut. Z kolei według art. 99 ust. 4 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że okoliczności składające się na podstawę faktyczną zarzutu mogą

być uznane za podpadające pod kwalifikację prawną z art. 99 ust. 1 pzp wyłącznie w takim zakresie, w jakim określenie zbyt krótkiego terminu rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych można poczytać za przejaw nieuwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie wielokrotnie podnoszone w uzasadnieniu zarzutu, że dotrzymanie tego zbyt krótkiego terminu możliwe jest wyłącznie w przypadku wykonawcy dotychczas realizującego zamówienie na rzecz ARiMR (czyli T-Mobile), ma być przejawem opisu przedmiotu zamówienia utrudniającego uczciwą konkurencję.

W ustalonych powyżej okolicznościach zarzucanie Zamawiającemu naruszenia przepisów – zarówno co do art. 99 ust. 1 pzp, jak i co do art. 99 ust. 4 pzp – należy uznać za niezasadne. W żadnym stopniu nie zostało bowiem wykazane przez Odwołujących, że określone przez Zamawiającego terminy wdrożenia świadczenia usług są obiektywnie rzecz biorąc niemożliwe lub nadmiernie utrudnione do dotrzymania lub chociażby nie odpowiadają uzasadnionym potrzebom Zamawiającego w związku z prowadzoną przez niego działalnością. Z kolei nie ma prawnej możliwości, aby Zamawiający mógł ustalić odmienne terminy wykonania zamówienia, w tym dla poszczególnych etapów, dla wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, w zależności od tego, czy aktualnie wykonują na jego rzecz takie usługi (krótsze terminy), czy też nie (dłuższe terminy).

{KIO 2050/25, KIO 2068/25}

{rozpatrzenie zarzutu 2 b) odwołania Orange i zarzut 2.4 odwołania Netii}

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący Orange następująco uzasadnił swoją legitymację do wniesienia odwołania [pisownia oryginalna]:

Odwołujący jako wykonawca, który może złożyć ofertę w postępowaniu i zrealizować zamówienie posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jednocześnie na skutek niezgodnego z ustawą opisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia może ponieść szkodę. Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję uniemożliwia złożenie oferty w Postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy i umożliwi złożenie oferty Odwołującemu i uzyskanie zamówienia w Postępowaniu. Wobec powyższego, należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy.

W ramach uzasadnienia faktycznego zarzutu Odwołujący Orange poniósł, co następuje [pisownia oryginalna]:

Zgodnie z § 3 ust. 3 pkt 6 Wzoru Umowy. W ramach realizacji Usługi MPLS Usługodawca zapewni: „routery CPE we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, umożliwiające realizację szyfrowania w technologii GET VPN (PKI) (…)".

Technologia GET VPN jest stosowane przez firmę Cisco i jest jej własnością.

W obecnym brzmieniu postanowienia § 3 ust. 3 pkt 6 i § 5 ust. 11 Wzoru Umowy eliminują wszystkie produkty – routery CPE – inne niż wyprodukowane przez firmę Cisco, a w konsekwencji eliminują część wykonawców, która mogłaby złożyć oferty, gdyby dopuszczalne było zastosowanie urządzeń stosujących techniki szyfrowania ruchu w sieciach wykorzystujących metody szyfrowania równoważne do GET VPN i gwarantujących Zamawiającemu te same funkcjonalności.

Jednocześnie tak daleko idące ograniczenie konkurencyjności nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego z uwagi na to, że równoważne funkcjonalności opracowane przez innych producentów niż Cisco mogą zapewnić te same parametry szyfrowania ruchu w sieciach wykorzystujących routery co GET VPN.

Ograniczenia te nie mają wpływu na możliwość złożenia oferty przez wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, gdyż z istoty rzeczy posiada on już urządzenia o parametrach określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący Netia następująco uzasadnił swoją legitymację do wniesienia odwołania [pisownia oryginalna]:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

Profil działalności Odwołującego odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany jego pozyskaniem i zamierza złożyć konkurencyjną ofertę, a zawarte w dokumentacji zamówienia postanowienia oraz wymogi (będące przedmiotem postawionych zarzutów) – uniemożliwiają złożenie takiej konkurencyjnej oferty w postępowaniu, czego skutkiem może być poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania i realizacji Zamówienia.

Na skutek wadliwego sprecyzowania przez Zamawiającego postanowień SWZ, w tym warunków udziału w postępowaniu, zdolność Odwołującego do realnego konkurowania z innymi wykonawcami została w sposób znaczący ograniczona.

Zamawiający sformułował postanowienia SWZ, w tym uwarunkowania realizacji zamówienia, w sposób faworyzujący niektórych wykonawców działających na rynku i w sposób wyróżniający rozwiązania konkretnego producenta, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, obiektywnych potrzebach czy też interesie Zamawiającego. Ponadto kwestionowane postanowienia ograniczają możliwości oferowania urządzeń innych dostawców niż producenta

Cisco, co ogranicza Odwołującego w możliwości złożenia oferty opartej na innych technologiach lub produktach niż te faworyzowane przez Zamawiającego. Także kwestionowane postanowienie projektowanych postanowień umownych (PPU) sprzeczne są z przepisami prawa i naruszają możliwość składnia konkurencyjnej oferty.

Z kolei brak złożenia oferty, a tym samym brak pozyskania zamówienia, może powodować szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej.

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 4.10.2010 r. (sygn. KIO 2036/10), który zachowuje aktualność również na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp – (…) „Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów, prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.

W ramach uzasadnienia faktycznego zarzutu Odwołujący Netia poniósł w szczególności, co następuje [pisownia oryginalna]:

Zamawiający w dokumentacji zamówienia określił wymóg dotyczący dostarczenia urządzeń CPE (urządzeń sieciowych – routerów), spełniających określone wymagania. W zakresie tych wymogów Zamawiający wskazał, że dostarczone urządzenia muszą umożliwiać realizację szyfrowania w określonej technologii GET VPN oraz muszą być kompatybilne z routerami w sieci Usługobiorcy (Cisco ISR4331/K9), pełniącymi funkcje serwerów kluczy, z wykorzystaniem technologii GET VPN.

Powyższe wymogi, związane z technologią GET VPN oraz kompatybilnością, wyartykułowane zostały m.in. w § 3 ust. 3 pkt 6 PPU oraz § 5 ust. 11 PPU: (...)

Zarówno wymóg dotyczący technologii szyfrowania GET VPN, jak również wymóg kompatybilności skutkują koniecznością dostarczenia rozwiązań jednego konkretnego producenta CISCO.

Odwołujący zwraca uwagę, że technologia GET VPN jest technologią, stanowiącą produkt własnościowy Cisco (Proprietary) – "GET VPN uses a Cisco proprietary protocol called Metadata to encapsulate the pseudoTimeStamp." /Cisco Group Encrypted Transport VPN Configuration Guide, Cisco IOS XE Release 3S - Cisco Group Encrypte Transport VPN [Support] - Cisco/.Jednoczesne powiązanie powyższej technologii z wymogiem dot. kompatybilności dostarczanych urządzeń z routerami Cisco ISR 4331/K9 powoduje, że praktycznie wykluczona jest możliwość dostarczenia w ramach niniejszego zamówienia sprzętu / oprogramowania, czy jakichkolwiek rozwiązań alternatywnych dostawców.

(...)

W ocenie Odwołującego wystarczające– zarówno dla zaspokojenia potrzeb Zamawiającego, jak również dla zapewnienia konkurencyjności postępowania – jest odniesienie wymogów dotyczących dostarczanych urządzeń (w tym technologii szyfrowania), do celowości, związanej z zapewnieniem – poprzez dostarczane urządzenia CPE – następujących funkcjonalności:

- dostarczenie rozwiązania kryptograficznego zapewniającego szyfrowanie połączeń,

- wykorzystanie Infrastruktury Klucza Publicznego (PKI – Public Key Infrastructure)

- zapewnienie łatwej konfiguracji środowiska z zachowaniem bezpiecznego połączenia (zabezpieczenie kryptograficzne)

W związku z powyższym oczekiwaniem Odwołującego jest, aby Zamawiający bądź to zrezygnował z zakwestionowanych wymogów, bądź to wprowadził zmiany w opisie tych wymogów, wskazujące na osiągnięcie opisanych wyżej funkcjonalności – bez uszczerbku dla konkurencyjności postępowania.

Nie bez znaczenia przy tym pozostaje wspomniana dywersyfikacja rozwiązań rynkowych, które z powodzeniem spełnić mogą wymogi ukierunkowane na osiągnięcie ww. funkcjonalności, a tym samym osiągnięcie celów postępowania.

Warto w tym miejscu nadmienić, że technologia Cisco GET VPN została po raz pierwszy wdrożona około 2005 – 2006 r. Poniżej link do dokumentacji z roku 2012, (Cisco Group Encrypted Transport VPN Configuration Guide, Cisco IOS Release 15.2M&T - Cisco Group Encrypted Transport VPN [Support] - Cisco Systems), „w której w Table 6 Featur Information for Cisco Group Encrypted Transport VPN - jest wskazanie, że dodatkowa funkcjonalność w zakresie GET VPN została dodana w release (publikacji) 12.4(6)T: Cisco IOS Software Releases 12.4 Special and Early Deployments · Support - Cisco.

Od czasu wdrożenia technologii CISCO rynek branży telekomunikacyjnej rozwinął się w sposób dynamiczny, zostały opracowane nowe metody i uruchomione nowe rozwiązania dostarczane przez nowych liderów rynku (np. Juniper, H3C). Istnieją nowe narzędzia i technologie realizujące potrzeby wskazane przez Zamawiającego (kryptografia oparta o PKI), takie jak np. rodzina technologii oparta o koncepcję SD WAN, która jest główną technologią rozwijaną w zakresie uproszczenia zarządzania transmisją danych. Zaniechanie otwarcia postępowania na te nowe rozwiązania skutkuje

uszczerbkiem dla konkurencyjności postępowania i z uszczerbkiem dla interesu Zamawiającego.

Pomimo że technologia GET VPN opiera się o publiczne protokoły (RFC 3547: The Group Domain of Interpretation, RFC 6407: The Group Domain of Interpretation) to jest ona jednak rozszerzona o dodatkowe funkcjonalności, które uniemożliwiają pełną integrację z rozwiązaniami Cisco przez innych dostawców. Z doświadczeń Odwołującego, który w zakresie swojej działalności również świadczy usługi oparte o GET VPN, wynika, że integracja z platformami innych dostawców jest niemożliwa w realnych warunkach - bez rezygnacji z części funkcjonalności i wsparcia producenta Cisco. Tymczasem wsparcie to może być niemożliwe do uzyskania ze względu na to, że Cisco nie publikuje rekomendacji do konfiguracji GET VPN, czy też wskazań do platform, mających być kluczową częścią infrastruktury, w oparciu o którą świadczona jest ta technologia (serwery kluczy). Dla przykładu ostatnia publikacja pochodzi z roku 2016 i wskazuje na urządzenia, które nie są obecnie w sprzedaży.

Wyżej opisane ryzyka tworzą po stronie wykonawców realne problemy, związane z ubieganiem się o niniejsze zamówienia na konkurencyjnych warunkach – przy czym trudno dopatrzeć się obiektywnego uzasadnienia dla podtrzymywania przez Zamawiającego uwarunkowań, ograniczających paletę dostępnych rynkowo rozwiązań - do rozwiązania jednego producenta.

Z kolei Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie podniósł następujące okoliczności faktyczne [pisownia oryginalna]:

(…)

Ma to związek między innymi z:

1.Istniejącą infrastrukturą i integracją Zamawiający dysponuje już środowiskiem produkcyjnym, w którym funkcjonuje system monitoringu Zabbix w pełni zintegrowany z urządzeniami wspierającymi technologię GET VPN. Urządzenia wykorzystujące technologię Get VPN są skorelowane z innymi systemami wykorzystywanymi w infrastrukturze Zamawiającego (w tym. in. technologia uwierzytelniania Cisco ISE, Telefonia IP Cisco, systemy monitorowania, Zabbix, Splunk).Zamawiający nie dopuszcza wymiany posiadanych systemów monitorujących wiele obszarów infrastruktury, w tym Zabbixa. Należy zaznaczyć, że dopuszczenie tak daleko idącej równoważności wiązałoby się z koniecznością wykonania wielu prac dodatkowych, nieobejmujących przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wymiana lub konfiguracja wewnętrznych systemów wymagałaby przekazania uprawnień Wykonawcy w dostępie do systemów informatycznych ARiMR. Wiąże się to z ryzykiem potencjalnych problemów z odpowiedzialnością za poprawność działania infrastruktury. Dopuszczenie rozwiązań oczekiwanych przez Odwołującego w praktyce wiązałoby się z:- gruntowną przebudową struktury zbierania danych (np. zmiana źródeł danych SNMP/API),- koniecznością tworzenia nowych skryptów i polityk wykrywania awarii,- potencjalną utratą funkcjonalności dostępnych w obecnym środowisku.To oznacza znaczące koszty oraz ryzyko spadku efektywności monitoringu w kluczowych obszarach. Dopuszczenie takich rozwiązań skutkowałoby koniecznością rekonstrukcji polityki QoS (Quality of Service). Polityki QoS w obecnym środowisku są skonfigurowane w oparciu o oryginalny nagłówek IP pakietu, który w GET VPN nie jest modyfikowany. Dzięki temu możliwe jest:- klasyfikowanie pakietów po źródłach i portach, - egzekwowanie priorytetów transmisji (np. VoIP, transmisje danych operacyjnych), - zapewnienie ciągłości usług nawet przy ograniczeniach pasma. W przypadku rozwiązań tunelowych (np. IPsec w trybie tunelowym), nagłówek jest enkapsulowany i oryginalne parametry QoS są niewidoczne na poziomie operatora. Odtworzenie polityk wymagałoby ich całkowitej zmiany — w tym m.in. translacji DSCP, dostosowania klas ruchu i ponownej kalibracji urządzeń brzegowych. W przypadku rozwiązania GET VPN nie ma potrzeby budowy polityk tunelowych site-tosite dla telefonii IP, co ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia bezpieczeństwa. GET VPN umożliwia szyfrowanie danych w ramach jednej domeny routingu bez konieczności zestawiania tuneli typu site-to-site, co skutkuje: - uproszczeniem architektury (brak wzajemnych konfiguracji tuneli Nx(N-1)/2),- zmniejszeniem liczby punktów potencjalnej awarii,- redukcją opóźnień i komplikacji przy rekonfiguracjach sieci,- brakiem potrzeby prowadzenia osobnych polityk routingu w obrębie tuneli. Z punktu widzenia bezpieczeństwa, brak tuneli oznacza też mniejszą liczbę „punktów końcowych", które trzeba chronić (np. przed atakami typu man-in-the-middle na tunele). Zastosowanie innej technologii wymusiłoby: - Rekonfigurację systemów, - Przeszkolenie personelu, - Stworzenie nowych procedur serwisowych i diagnostycznych, co wiąże się z dodatkowymi kosztami i ryzykiem operacyjnym.

2.Bezpieczeństwem i zarządzaniem kluczami GET VPN opiera się na sprawdzonej infrastrukturze dystrybucji kluczy szyfrujących. Zamawiający posiada własne serwery kluczy, co zapewnia pełną kontrolę i wysoki poziom poufności transmisji danych. Wprowadzenie innej technologii skutkowałoby koniecznością budowy równoległej infrastruktury bezpieczeństwa. Rozwiązanie GET VPN korzysta z modelu GDOI (Group Domain of Interpretation), który zapewnia: centralne zarządzanie kluczami grupowymi (GMK),- dynamiczne odświeżanie kluczy bez przerywania transmisji,- pełną kontrolę lokalną (serwer KS jest pod pełną kontrolą Zamawiającego).W przypadku innych technologii konieczne byłoby:- wdrożenie własnych mechanizmów PKI lub HSM (jeśli nie są częścią danego rozwiązania),- synchronizacja kluczy w ramach wielu punktów (np. przy site-to-site),- potencjalne zakupy subskrypcyjnych komponentów do

zarządzania certyfikatami. Szacunkowy koszt takiej infrastruktury dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego może wynosić od 1 000 000 zł do 2 000 000 zł, nie licząc kosztów operacyjnych i audytowych. Przystosowanie istniejącej infrastruktury teoretycznie jest technicznie możliwe, ale oznaczałoby odejście od sprawdzonego modelu i zmniejszenie poziomu integracji, automatyzacji oraz nadzoru.

3. *Przewagą technologiczną GET VPN Technologia GET VPN zachowuje oryginalny nagłówek IP pakietu, co pozwala utrzymać oryginalne ustawienia QoS w sieci operatora, co w praktyce przekłada się na szereg korzyści użytkownika:- możliwość bezproblemowego zarządzania QoS na poziomie sieci WAN,- ruch VoIP, transmisje wideo i inne krytyczne aplikacje działają płynnie nawet przy większym obciążeniu,- operator sieci może stosować priorytety transmisji, ponieważ nie traci informacji o źródle i klasie ruchu. W rozwiązaniach tunelowych (np. IPsec), ten nagłówek jest ukrywany lub modyfikowany, przez co trzeba stosować mechanizmy pośrednie (np. mapowanie DSCP), które są mniej precyzyjne i mniej przewidywalne. Jest technologią beztunelową – eliminuje potrzebę utrzymywania dużej liczby tuneli, co zwiększa wydajność, upraszcza diagnostykę i skalowalność, Umożliwia przesyłanie pakietów najkrótszą możliwą drogą w sieci operatora, co jest kluczowe dla aplikacji wrażliwych na opóźnienia, np. VoIP. GET VPN nie tworzy tuneli, przez co pakiety są przesyłane trasą wyznaczaną przez protokoły routingu — bez sztucznych „skoków" przez punkty centralne (jak przy hub-and-spoke). Dla VoIP oznacza to:- mniejsze opóźnienia (latency),- brak jittera,- lepszą jakość rozmów i mniejsze ryzyko ich zerwania.*
4. *Ekonomią wdrożenia Zamawiający: - posiada przeszkolony personel oraz procedury operacyjne i serwisowe dla GET VPN, - posiada wdrożone i przetestowane narzędzia do monitorowania i diagnostyki, - unika dodatkowych kosztów związanych z wdrożeniem, szkoleniem oraz dostosowaniem istniejących narzędzi.*
5. *Niesubskrypcyjny charakter rozwiązania GET VPN nie jest rozwiązaniem subskrypcyjnym, co odróżnia go od wielu oferowanych obecnie komercyjnych technologii. Pozwala to Zamawiającemu na pełną kontrolę nad infrastrukturą bez ponoszenia ciągłych opłat licencyjnych. Większość nowoczesnych rozwiązań bezpieczeństwa VPN oferowanych przez duże podmioty (np. Fortinet, Palo Alto,) funkcjonuje w modelu subskrypcyjnym, np.:- licencje czasowe (rok/3 lata),- opłaty za użytkownika,- licencje na funkcje (np. SD-WAN, zaawansowane szyfrowanie).GET VPN działa w oparciu o model stałej licencji (tzw. perpetual), co pozwala uniknąć kosztów stałych i planować budżet w perspektywie wieloletniej.*
6. *Ograniczenie złożoności sieci W przypadku technologii odmiennej do GET VPN konieczne byłoby budowanie własnej domeny routingu oraz tunelowania (Nx(N-1)/2), co znacząco zwiększa złożoność, obniża skalowalność i wpływa negatywnie na niezawodność. W przypadku rozwiązania opartego na tunelach site-to-site (np. IPsec), liczba wymaganych połączeń rośnie wykładniczo: dla N lokalizacji, potrzeba ok. N×(N–1)/2 tuneli. To oznacza:- ogromną pracę konfiguracyjną,- trudność utrzymania spójności konfiguracji,- wzrost kosztów utrzymania i większe ryzyko błędów.Dla Agencji, która posiada ponad 300 lokalizacji, byłoby to rozwiązanie:- trudne do wdrożenia i utrzymania,- mniej odporne na awarie,- bardziej podatne na błędy ludzkie przy rekonfiguracjach.*

Powyższe okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że rozwiązanie GET VPN posiada cechy unikalne, które są nierozerwalnie związane z istniejącą infrastrukturą Zamawiającego oraz jego wymaganiami operacyjnymi, bezpieczeństwa i wydajności. Wprowadzenie rozwiązania oczekiwanego przez Odwołującego nie tylko nie gwarantuje zachowania tych parametrów, ale wiązałoby się z istotnym wzrostem kosztów, a przede wszystkim istotnym zwiększeniem ryzyka zakłócenia działania kluczowych usług Zamawiającego. Wskazując pożądane technologie, Zamawiający minimalizuje ryzyko związane z zakłóceniem ciągłości działania instytucji, która jest agencja płatniczą, posiadającą wymagane akredytacje. Wdrażanie nowych technologii wymagałoby przeprowadzenia bardzo rozległych, testów dotykających wszystkich elementów infrastruktury Zamawiającego.

W związku z powyższym aktualne ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia jest w pełni uzasadnione i zgodne z zasadą efektywności i racjonalności wydatkowania środków publicznych.

W przypadku rezygnacji z GET VPN i przejścia na inne rozwiązanie, konieczne byłyby zmiany m.in. w:

- centralnym systemie monitorowania i zarządzania siecią,
- systemach QoS oraz priorytetyzacji transmisji (istotne dla central telefonicznych i wideokonferencji),
- systemach bezpieczeństwa (np. logowanie zdarzeń, analiza zagrożeń),
- procedurach operacyjnych, w tym zarządzaniu incydentami.

To wymagałoby nie tylko czasu, ale i zaangażowania wewnętrznych zasobów IT, co w przypadku środowiska produkcyjnego niesie istotne ryzyka operacyjne.

(…)

Należy również wspomnieć, że głównym przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi dostępu do sieci MPLS, a nie dostawa routerów. Dostawa routerów stanowi tylko niewielką część zamówienia, a konieczność dostarczenia routerów kompatybilnych z posiadaną infrastrukturą podyktowany jest gwarancją bezpieczeństwa i integralności rozwiązania, o czym wspomniano powyżej.

Należy dodać, iż urządzenia takie są powszechnie dostępne i żaden z potencjalnych Wykonawców, profesjonalnie

świadczących usługi będące przedmiotem zamówienia, nie ma żadnych ograniczeń w dostępie do ww. urządzeń. Tym samym Zamawiający wymagając instalacji urządzeń kompatybilnych z routerami w sieci Zamawiającego w żaden sposób nie ograniczył grona potencjalnych Wykonawców oraz z tego powodu żaden z potencjalnych Wykonawców nie stoi na uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych Wykonawców.

Odnotowania wymaga, że na własnej witrynie internetowej, Odwołujący zachwala usługi VPN i urządzenia, w tym routery pochodzące od CISCO, czy oparte na technologiach CISCO jako bezpieczne i najlepsze w swojej klasie. Niezrozumiałe jest dla Zamawiającego, z jakich to powodów Odwołujący uważa, że w przypadku Zamawiającego zasadne jest obniżenie standardów bezpieczeństwa sieci MPLS względem tych, które on sam oferuje na rynku. Z treści Odwołania nie sposób się niczego na ten temat dowiedzieć. W konsekwencji zasadnie można po pierwsze postawić tezę, iż chodzi tu wyłącznie potencjalną korzyść ekonomiczną po stronie Odwołującego, co nie może być okolicznością zasadniczo determinującą opis przedmiotu zamówienia. Po drugie zaś należy wskazać, że wszelkie wywody Odwołującego w tym zakresie obecnie będzie należało uznać za spóźnione, jako pominięte w treści Odwołania.

Zamawiający uważa za zasadne zwrócenie uwagi Izby także na specyfikę rynku podmiotów oferujących usługi będące przedmiotem Postępowania. Jego cechą charakterystyczną jest to, że to nie producenci konkretnych rozwiązań czy technologii są oferentami w poszczególnych postępowaniach, lecz operatorzy je wykorzystujący. Kolejną przy tym istotną cechą tego rynku jest i to, że owi operatorzy nie są wyłącznymi podmiotami oferującymi dane rozwiązania czy technologie. Skutkiem tej okoliczności jest zarówno to, że owe rozwiązania i technologie oferuje wielu operatorów (wykonawców), jak i to, iż jeden operator może być i z reguły oferuje różne technologie i rozwiązania.

Ma to w ocenie Zamawiającego niepoślednie znaczenie dla oceny zarzutów będących przedmiotem Odwołania. W przypadku rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, nawet daleko idące wymagania wynikające z danej specyfikacji skutkujące zawężeniem technologii czy rozwiązań nie skutkuje ograniczeniem wielości wykonawców mogących złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu w danym postępowaniu. W skrajnym przypadku takiego ustanowienia wymagań, które skutkowałoby nawet ograniczeniem ilości autorów technologii czy rozwiązań do jednego, teza o istnieniu ograniczeń uniemożliwiających wzięcie udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę wymagałaby wykazania, iż obiektywnie nie jest możliwe złożenie przez niego oferty obejmującej rozwiązania i technologie spełniające wymagania. Nic takiego nie zachodzi w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący w żaden sposób nie wskazuje i nie wywodzi, że dana technologia czy rozwiązanie są dla niego niedostępne, zaś informacje zamieszczone na jego własnej witrynie internetowej wskazują na stan przeciwny.

Wykonawcy oferujący nawet te same technologicznie rozwiązania także mogą ze sobą konkurować choćby dzięki różnej polityce cenowej czy innymi elementami kosztotwórczymi. Z praktycznego punktu widzenia, w istocie rzeczy to zatem od wybranego przez samego wykonawcę modelu prowadzenia działalności opartej na oferowaniu rozwiązań opartych na jednej czy wielu technologiach i rozwiązaniach uzależniona jest możliwość pozyskania danego zamówienia.

Za wysoce dyskusyjną należy uznać tezę, iż zasługuje na uwzględnienie dążenie wykonawcy do takiego ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia, aby mógł on złożyć ofertę korzystniejszą być może dla niego ekonomicznie, podczas gdy nic, poza jego własną wolą, nie stoi na przeszkodzie oferowaniu przez tego samego wykonawcę rozwiązań w innej technologii, którą dysponuje lub może dysponować, ale nie czyni tego, gdyż uważa to (być może nawet słusznie) za mniej korzystne dla niego samego.

Znaczenie powyższych okoliczności dla oceny zarzutów rodzaju stawianego w Odwołaniu w ocenie Zamawiającego Izba dostrzegła i podkreśliła m.in. w uzasadnieniu wyroku z października 2017 r. (KIO 2158/17), gdzie wskazano: „(…) zaznaczyć należy przy tym, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący nie są producentami macierzy, a jedynie pośredniczą w ich sprzedaży, konkurując ze sobą głównie ceną produktów, które pozyskują od producentów, zaś same wymagania jakie te produkty miałyby spełniać nie jest relewantną cechą konkurencji pomiędzy tymi podmiotami (…)".

Jak wynika z treści zamieszczonych na witrynie internetowej Odwołującego, dysponuje on możliwością korzystania z rozwiązań, których wymaga Zamawiający w Postępowaniu.

W ramach powyżej zacytowanego wywodu Zamawiający podniósł fakty, które obiektywnie i wyczerpująco wskazują na uwarunkowanie zakwestionowanych postanowień opisu przedmiotu zamówienia jego uzasadnionymi potrzebami.

Nic nie mogły wnieść do sprawy złożone na rozprawie przez Odwołującego dowody, gdyż albo dotyczyły szczegółowych okoliczności wykraczających poza podstawę faktyczną odwołania i mających charakter specjalistyczny, wymagających wiedzy technicznej (wyciąg z dokumentacji technicznej wraz z tłumaczeniem), albo nie potwierdzały zgłoszonej tezy dowodowej (wyjaśnienia udzielone przez ARMiR w ramach postępowania z 2022 r., z których wynika, że również wtedy była wymagana pełna kompatybilność i integralność z Cisco Get VPN).

Izba zważyła, co następuje:

Według art. 505 ust. 1 ustawy pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale [IX, gdzie mowa jest o odwołaniu właśnie oraz skardze na orzeczenia Izby do sądu powszechnego] przysługują wykonawcy, uczestnikowi

konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stąd, jak jednolicie jest to postrzegane w doktrynie i orzecznictwie, dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające zaliczanie się do jednej z kategorii podmiotów wymienionych w art. 505 ust. 1 pzp. Każdy z podmiotów korzystających ze środków ochrony prawnej uregulowanych w ustawie pzp musi także bowiem wykazać kumulatywnie, że: po pierwsze – ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia (lub nagrody w konkursie), po drugie – poniósł lub może ponieść szkodę, po trzecie – szkoda ta jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, czyli zachodzi pomiędzy nimi tzw. adekwatny związek przyczynowy. Innymi słowy konieczne jest wykazanie przez taki podmiot, że dzięki łącznemu spełnieniu tych tzw. materialnoprawnych przesłanek wniesienia środka ochrony prawnej jest do tego legitymowany (legitymacja czynna). Przy czym ukształtowała się tradycja, że każdy przypadek braku kumulatywnego zajścia powyższych przesłanej określany jako braku po stronie wnoszącego odwołanie interesu w jego wniesieniu, co jest pewnym uproszczeniem.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi również wątpliwości, że organ orzekający ocenia legitymację czynną danego podmiotu na moment wniesienia środka ochrony prawnej wyłącznie na podstawie informacji zawartych w odwołaniu lub skardze. Odnośnie tej kwestii reprezentatywny jest wywód zawarty w uzasadnieniu wyroku Izby z 3 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 3777/23: *Obowiązek wykazania posiadania legitymacji czynnej spoczywa na podmiocie korzystającym ze środka ochrony prawnej: „Odwołujący (…) winien wykazać w jaki sposób działania lub zaniechania Zamawiającego których dotyczą podnoszone w niniejszym odwołaniu zarzuty naruszenia ustawy – rzutowały na sytuację prawną Odwołującego skutkując poniesieniem lub możliwością poniesienia przez Odwołującego szkody. Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania czy tym bardziej z innego postępowania odwoławczego. Wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać spełnienie tych przesłanek, co oznacza że nie tylko musi wykazać że faktycznie one są spełnione ale w ogóle podnieść argumentację w tym zakresie (wyr. KIO z 3.3.2022 r., 427/22, tak też wyr. KIO z 26.10.2020 r., KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20)*.

Takie stanowisko prezentuje również Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych, który zwrócił uwagę, że: *Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U.L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej. Analiza omawianego przepisu ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania.*

W ocenie Izby w przytoczonych powyżej *in extenso* wywodach, zarówno odnoszących się wprost do interesu we wniesieniu odwołania, jak i w ramach uzasadnienia zarzutów, żaden z Odwołujących nie wykazał, że zaskarżone postanowienia opisu przedmiotu zamówienia skutkują możliwością poniesienia przez nich szkody. Jak się bowiem okazało na rozprawie, obiektywnie rzecz biorąc, każdy z Odwołujących może złożyć ofertę zgodną z tymi postanowieniami dokumentów zamówienia. Jednocześnie w odwołaniach nie skonkretyzowano szkody, jaką Odwołujący mieliby ponieść w związku ze złożeniem oferty na takich warunkach. W konsekwencji możliwość poniesienia szkody nie została choćby uprawdopodobniona i ma wymiar wyłącznie hipotetyczny. Odwołujący Orange poprzestał na ogólnikowym stwierdzeniu, jakoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję uniemożliwiało mu złożenie oferty i uzyskanie tego zamówienia. Jednakże takie twierdzenie nie odpowiada rzeczywistemu stanowi rzeczy, który istniał na chwilę wniesienia odwołania, w sytuacji gdy niesporne jest, że Orange oferuje również rozwiązania objęte skarżonymi postanowieniami. Z kolei odwołanie Netii, co prawda zawiera obszerniejsze i bardziej szczegółowe wywody, jednak uwzględnienie niespornego faktu oferowania rozwiązań objętych skarżonymi postanowieniami prowadzi do takiego samego wniosku. W szczególności samo powołanie się na ograniczenie możliwości oferowania innych urządzeń niż producenta wskazanego w tych postanowieniach jest dalece niewystarczające.

Wspólne odwołaniom Orange i Netii jest zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który

charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Art. 99 ust. 4 pzp stanowi konkretyzację w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zasady przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy pzp. Stąd wskazanie w odwołaniu Netii na naruszenie tego ostatniego przepisu rozszerza kwalifikację prawną co najwyżej na niedochowanie przez Zamawiającego zasady przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Niezależnie od braku wykazania legitymacji w powyżej ustalonych okolicznościach faktycznych nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wskazanych jako kwalifikacja prawna zarzutów.

Jednocześnie ani ze zwięzłego ujęcia na wstępie odwołania, ani z uzasadnienia odwołania Netii nie wynika (a nie jest to oczywiste), w jaki sposób okoliczności składające się na podstawę faktyczną zarzutu miałyby świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 pzp, gdyż podstawa faktyczna zarzutu nie dotyczy nieprecyzyjności czy niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, względnie nieuwzględnienia jakichś wymagań lub okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

{KIO 2050/25, KIO 2068/25}

Wobec stwierdzenia niezasadności podtrzymanych zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 – orzekła, jak w pkt 4. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tych sprawach, na które każdorazowo złożył się uiszczony wpis od odwołania orzeczono w pkt 5. sentencji stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i z § 8 ust. 2 zd. 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. poz. 2437) obciążając nimi Odwołujących Orange i Netię.