

Sygn. akt: KIO 450/23

WYROK
z dnia 7 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Atman Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 5, 6 i 7;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum e-Zdrowia – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w pn. *Usługa Relokacji, Usługę Kolokacji infrastruktury techniczno-systemowej oraz Usługę Łączy dostępowych*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 lutego 2023 r. pod nr 2023/S 028-081733.

W dniu 20 lutego 2023 r. wykonawca Netia S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 16 pkt 1 i art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez uprzywilejowanie wykonawcy ATM S.A. (dalej „ATM”), który aktualnie realizuje usługę dla Zamawiającego, co znajduje wyraz w szczególności:
 - a) we wzorze umowy, który w sposób jednoznaczny przewiduje odmienny zakres obowiązków dla ATM oraz pozostałych wykonawców, a także istotnie mniejszy zakres odpowiedzialności ATM, w tym z tytułu kar umownych;
 - b) w OPZ, którego niektóre postanowienia nie mają zastosowania do ATM (zgodnie z § 1 ust. 9 wzoru umowy);
 - c) w określeniu terminów realizacji zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 4 pkt 1 lit b oraz w § 1 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy oraz w pkt 3.3. OPZ jako terminów zbyt krótkich i w sposób faworyzujący ATM, do którego to wykonawcy ww. terminy nie mają zastosowania;
- 2) art. 239 oraz 240 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób uprzywilejowujący wykonawcę ATM;
- 3) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie podzielenia zamówienia na części, co doprowadziło do uprzywilejowania wykonawcy ATM;
- 4) art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 436 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1, przez określenie terminów rozpoczęcia świadczenia usług kolokacji i usług łączy dostępowych (§ 1 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy i pkt 2.2. OPZ) datą sztywną (kalendarzową), od której liczony jest termin końcowy oraz jako terminów zbyt krótkich i ponownie, w sposób oczywisty faworyzujący ATM;
- 5) art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający;

- 6) art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 i art. 439 ustawy Pzp, przez ograniczenie możliwości waloryzacji ceny energii elektrycznej do 20% wartości wynagrodzenia;
- 7) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieudostępnienie wdrożonej i stosowanej przez Zamawiającego Procedury dostępu do Ośrodków Przetwarzania Centrum Danych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ukształtowania warunków udziału, praw i obowiązków stron, zasad odpowiedzialności, kryteriów oceny ofert, w sposób, który zapewni realizację zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez wydzielenie do odrębnego postępowania zamówienia na usługi relokacji lub wykonanie usług relokacji przez Zamawiającego własnymi środkami lub zasobami,
- ewentualnie, z ostrożności procesowej – dokonania podziału postępowania na części, z których odrębną częścią stanowiłyby usługi relokacji;
- określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług kolokacji i usług łączy dostępowych wskazanego w § 1 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy na 4 miesiące od daty zawarcia umowy;
- określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający do 20% wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1 wzoru Umowy;
- zwiększenia limitu waloryzacji ceny energii elektrycznej do 70% wartości wynagrodzenia;
- udostępnienia wdrożonej i stosowanej przez Zamawiającego Procedury dostępu do Ośrodków Przetwarzania Centrum, o której mowa w pkt 4.6. OPZ, ewentualnie wykreślenia pkt 4.6. OPZ;
- ewentualnie, z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia wniosków wskazanych powyżej – unieważnienie postępowania.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania są usługi relokacji, usługi kolokacji infrastruktury techniczno-systemowej oraz usługi łączy dostępowych. Aktualnie usługi są świadczone przez ATM, który zapewnia usługi kolokacji dla infrastruktury Zamawiającego w udostępnionych przez siebie Ośrodkach przetwarzania danych położonych przy ul. Grochowskiej 21 A i Konstruktorskiej 5.

Odwołujący podniósł, że usługi relokacji (czyli fizyczne przeniesienie infrastruktury technicznej Zamawiającego do innego centrum przetwarzania danych) wymagają bardzo precyzyjnej wiedzy o rodzaju przenoszonych urządzeń, sposobie ich odłączenia, uwarunkowaniach technicznych, w jakich muszą zostać przetransportowane etc. Z uwagi na

konieczność posiadania zupełnie innych kompetencji niż wymagane dla usług telekomunikacyjnych (kolokacji, zapewnienia łączy dostępowych), powszechną praktyką Zamawiających jest zlecenie tych usług w odrębnym postępowaniu, gdzie określone są warunki z uwzględnieniem specyfiki tych właśnie usług, odrębne od warunków, które muszą zostać spełnione dla usług telekomunikacyjnych. Jest to uzasadnione tym bardziej, że proces ten wymaga zaangażowania dużej ilości wykwalifikowanego personelu, specjalistycznego sprzętu oraz ubezpieczenia całego procesu, co wiąże się ze znacznymi kosztami i jest angażujące czasowo. Do zrealizowania usługi potrzebny jest zespół złożony z różnych specjalistów, którzy będą odpowiadać za poszczególne etapy operacji, w skład którego standardowo wchodzi: kierownik projektu (osoba odpowiedzialna za ogólny nadzór nad relokacją, planowanie i koordynację prac), specjaliści od transportu i logistyki (osoby, które zajmują się organizacją transportu i przygotowaniem urządzeń do transportu, specjaliści od demontażu (osoby, które będą odpowiedzialne za demontaż urządzeń w miejscu wyjściowym), specjaliści od montażu (osoby, które będą odpowiedzialne za montaż urządzeń w miejscu docelowym), elektrycy (osoby, które będą odpowiedzialne za podłączenie urządzeń do sieci oraz sprawdzenie poprawności instalacji elektrycznej), specjaliści od testowania i kontroli jakości (osoby, które będą testować urządzenia po relokacji, aby upewnić się, że funkcjonują poprawnie). W zależności od skali operacji, wymagane może być również dodatkowe wsparcie zewnętrzne, takie jak transportowcy, spedytorzy, czy firmy outsourcingowe. Z uwagi na specjalistyczny charakter urządzeń podlegających relokacji, na proces przenoszenia infrastruktury składa się szereg czynności takich jak: zestawienie niezbędnych tymczasowych połączeń sieciowych, wykonanie przeglądu zerowego, inwentaryzacja zasobów sprzętowych, sporządzenie dokumentacji, wyłączenie systemów relokowanych urządzeń, zapakowanie urządzeń i przygotowania do transportu, transportu urządzeń, rozładunek i rozpakowanie, montaż w miejscu nowej kolokacji, uruchomienia ich w trybie serwisowym, wykonania przeglądu zerowego po transporcie wykonania dokumentacji powykonawczej, przeprowadzenie testów. Usługa relokacji wymaga wielomiesięcznego planowania i uzgodnień, wcześniejszego przygotowania odpowiedniej infrastruktury, dokonania wizji lokalnej, przeprowadzenia wielodniowych okien serwisowych, podczas których system będzie niedostępny, a także przygotowania planów awaryjnych, zapasowych części zamiennych dla potencjalnie uszkodzonych elementów, przygotowania planów odtworzeniowych. Relokacja sprzętu wiąże się z ogromnym ryzykiem braku możliwości uruchomienia systemu, ze względu na uszkodzenia dysków, serwerów, pamięci, procesorów oraz brak możliwości zachowania SLA. Firmy relokujące posiadają odpowiedni transport, który zabezpiecza sprzęt w trakcie komunikacji, rampy rozładunkowe, wyspecjalizowany zespół.

W ocenie Odwołującego, z powyższych względów zasadne jest rozłączenie usług relokacji od usług strictly telekomunikacyjnych. Tymczasem, Zamawiający nie tylko potraktował obie usługi jako jedno zamówienie, ale również, w dokumentacji przetargowej wyraźnie podzielił wykonawców na:

- wykonawcę ATM, który z uwagi na aktualnie realizowaną usługę kolokacji, nie musi świadczyć usługi relokacji, cała infrastruktura Zamawiającego znajduje się bowiem w ośrodkach ATM;
- wszystkich innych wykonawców, którzy są zmuszeni do przeniesienia urządzeń do swoich ośrodków przetwarzania danych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 9 i z OPZ, do ATM w ogóle nie będą miały zastosowania żadne postanowienia dotyczące:

- samego procesu relokacji, procedur odbioru związanych z relokacją, szczegółowych testów akceptacyjnych opisanych w pkt 7 OPZ, specjalistycznych wymagań określonych w pkt 3 OPZ,
- terminów usług relokacji określonych w § 1 ust. 4 ust. 2 lit. a (15-16 lipca) i b (22-23 lipca) wzoru umowy oraz w pkt 3.3. OPZ (12 h), które w żadnym stopniu nie odzwierciedlają faktycznego czasu niezbędnego do zrealizowania tej usługi, gdyż szacunkowy czas potrzebny na relokację 204 urządzeń z jednego centrum przetwarzania danych do drugiego w warunkach miejskich, może wynosić od kilku dni do kilku tygodni (średni czas potrzebny na relokację jednego urządzenia to ok. 2-3 godziny);
- konieczności ubezpieczenia relokowanego sprzętu, którego wartość według informacji w pkt 3.10 OPZ wynosi 80.000.000 zł – wg wstępnych ustaleń Odwołującego koszt tego typu polisy wynosi ok. 140 000,00 zł;
- odpowiedzialności i kar umownych za niedotrzymanie terminów relokacji – zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 3 wzoru Umowy, „w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminów zakończenia przez Wykonawcę Usługi Relokacji w stosunku do każdej z Lokalizacji (w stosunku do każdego przypadku) zgodnie z §1 ust. 4 pkt 2 Umowy lub pkt 3.3 OPZ, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki” – co oznacza, że wysokość kary umownej za 1 godzinę zwłoki może wynieść ponad 600.000 zł.

Z powyższego wynika, że wykonawca ATM, w przeciwieństwie do wszystkich pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu nie ma obowiązku uwzględniania w swojej ofercie kosztów i ryzyk związanych z całym zakresem zamówienia

wchodzącym w zakres relokacji, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że Zamawiający stosuje całkowicie odmienne kryteria oceny ofert w stosunku do ATM oraz pozostałych wykonawców. Wskazał, że zgodnie z rozdziałem XV SWZ, kryterium łącznej ceny za realizację zamówienia wynosi 60%, przy czym na łączną cenę realizacji zamówienia składa się cena za usługi relokacji, usługi kolokacji, usługi łącz oraz energii elektrycznej. Jeżeli zatem ATM nie realizuje usług relokacji i nie uwzględnia kosztów tych usług oraz ryzyk z nimi związanych w łącznej cenie oferty, Zamawiający nie ma możliwości porównania oferty ATM z ofertami innych wykonawców. Wszystkie oferty, poza ofertą ATM, będą bowiem zawierały cenę za świadczenie usług relokacji, która według obliczeń Odwołującego stanowi od 5 do 10 procent łącznej ceny za realizację zamówienia, na którą to cenę składa konieczność zatrudnienia wykwalifikowanych specjalistów oraz konieczność podjęcia szeregu czynności. W związku z odmiennymi zakresami zamówienia, które miałyby być realizowane przez ATM oraz przez pozostałych wykonawców, trudno jest uznać, że oferty ATM oraz pozostałych wykonawców zostałyby ocenione na jednakowych zasadach.

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że chociaż w świetle art. 91 ustawy Pzp podział zamówienia na części jest autonomiczną decyzją Zamawiającego, to jednak decyzja ta musi uwzględniać rozważenie wszystkich aspektów związanych z realizacją zamówienia, wpływających na możliwość jego wykonania w najbardziej efektywny sposób. W szczególności, zamawiający muszą mieć na uwadze, że podział zamówienia na części/odstąpienie od tego podziału nie może naruszać lub ograniczać uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze specyfikę usług relokacji, ich odrębność od usług telekomunikacyjnych, inny zakres kompetencji wymagany do ich realizacji oraz uwarunkowania tego konkretnego postępowania, należy uznać, że Zamawiający, chcąc objąć zakresem zamówienia wszystkie usługi, miał obowiązek podzielić zamówienie na części, gdyż tylko w ten sposób może zagwarantować realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy „Wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia Usługi Kolokacji i Usługi Łączy Dostępowych dla dwóch Lokalizacji od 1 sierpnia 2023 r. z zachowaniem nieprzerwanej i ciągłej realizacji przedmiotu niniejszej Umowy względem Umowy Nr CEZ/55/2021 oraz Umowy Nr CeZ/93/2022”.

Odwołujący podniósł, że mając na uwadze możliwość przedłużenia się postępowania z uwagi na ewentualne odwołania oraz przerwy świąteczne, podpisanie umowy może nastąpić nie wcześniej niż w czerwcu 2023 r. Oznacza to, że w wykonawca będzie miał około 60 dni na uruchomienie usługi kolokacji. W ocenie Odwołującego, ww. termin na uruchomienie usługi jest nierealny i możliwy do spełnienia wyłącznie przez wykonawcę ATM.

Ponadto Odwołujący podniósł, że taki sposób wyznaczenia terminu pozostaje w sprzeczności z art. 436 pkt 1 ustawy, który nakazuje określenie terminów realizacji zamówienia co do zasady w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, co ma na celu zapewnienie, aby wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia, niezależnie od spodziewanego terminu zawarcia umowy, a wyjątki od tej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione. Tymczasem, Zamawiający nie wskazał żadnej uzasadnionej obiektywnej przyczyny dla wskazania daty wykonania umowy, mimo że Zamawiający mógł przewidzieć czas trwania postępowania i w przypadku konieczności uruchomienia usługi w sierpniu, wrześniu czy nawet październiku 2022 r. przygotować to postępowanie wcześniej.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiot zamówienia obejmuje również budowę dedykowanych łączy do lokalizacji Zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy. Ponadto, możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowana jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw podejmują czynności mające na celu przygotowanie się do świadczenia usługi, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie nowej infrastruktury zgodnie z wymaganiem określonym przez Zamawiającego, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. Wykonawca może skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada) lub wybudować dedykowane szyfrowane łącza do realizacji usługi (zgodnie z OPZ). Jednocześnie wykonawca musi dokonać wizji lokalnej w tych lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia, przy czym regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres około 120 dni.

Zdaniem Odwołującego, na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 120 dni od dnia zawarcia umowy. Zgodnie z pkt.5.1 OPZ Zamawiający nie dopuszcza dzierżawy światłowodów od podmiotu trzeciego. Zatem tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie

posiada własnych łączy dostępowych, na budowę łączy szyfrowanych, zamówienie i otrzymanie wymaganego sprzętu oraz należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej. Jedyńm podmiotem, który jest w stanie rozpocząć realizację usługi kolokacji i łączy dostępowych w terminie określonym przez Zamawiającego jest wykonawca ATM.

Zarzut nr 5

Odwołujący powołał się na przepis z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa zawiera postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Podniósł, że powyższy przepis ma na celu równoważnie interesów stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdzie z założenia Zamawiający zajmuje pozycję silniejszą. Tymczasem, Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy maksymalnej wartości kar, których może żądać od wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, ograniczenie maksymalnej wysokości kar do 20% łącznego wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1 wzoru umowy jest uzasadnione w szczególności z uwagi na treść postanowienia § 12 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy, zgodnie z którym, Zamawiający może odstąpić od umowy w całości lub części, jeżeli poziom naliczonych kar umownych wynosi lub przekracza 20% maksymalnego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 8 ust. 1 umowy.

Zarzut nr 6

Odwołujący wskazał, że w § 8 ust. 7 wzoru umowy Zamawiający wymaga, aby cena jednostkowa energii elektrycznej odpowiadała cenie energii elektrycznej dostarczanej wykonawcy przez dostawcę energii elektrycznej, wykorzystywanej w celu realizacji usług zgodnie z umową. Jednocześnie, zgodnie z § 14 ust. 6 w zw. z § 14 ust. 5 wzoru umowy, maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmian opłat za energię elektryczną nie może przekroczyć łącznie 20% maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1.

Odwołujący podniósł, że koszt energii elektrycznej przy szacowanym przez Zamawiającego poborze mocy będzie przekraczał 60% wartości zamówienia. Ceny energii elektrycznej w ostatnich latach są bardzo niestabilne i utrzymują tendencję wzrostową. Koszty energii elektrycznej w odcinkach czasowych odpowiadających okresowi umowy z przedmiotowego postępowanie, historycznie wzrastały nawet o 70%. Jeżeli trend wzrostowy zostanie utrzymany to ograniczenie waloryzacji do 20% wartości umowy, będzie powodowało, że wykonawca będzie ponosił znaczną stratę.

Odwołujący podniósł, że do stosunku zobowiązaniowego między Zamawiającym a wykonawcą, w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy Pzp, mają zastosowanie

przepisy Kodeksu cywilnego. Zasada swobody umów, o której mowa w art. 353(1) doznaje na gruncie przepisów ustawy Pzp istotnego ograniczenia, co wynika z uprawnienia i obowiązku zamawiającego do określenia istotnych postanowień umownych. W konsekwencji, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnie ukształtowania warunków umowy, na których treść wykonawca nie ma żadnego wpływu. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może kształtować warunki umowy w sposób całkowicie dowolny. W ocenie odwołującego, przerzucenie na wykonawcę ryzyka wzrostu cen energii w tak dużym zakresie, prowadzi do nadużycia pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony umowy i pozostaje w sprzeczności z zasadą ekwiwalentności świadczeń

Zdaniem Odwołującego, mimo że to do Zamawiającego należy określenie wysokości waloryzacji w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika, powinno to następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie. W określonych sytuacjach za uzasadnione należy uznać podwyższenie limitu waloryzacji. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego.

Zarzut nr 7

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4.6 OPZ, „wymagane jest stosowanie się Wykonawcy do wdrożonej i stosowanej przez Zamawiającego Procedury dostępu do Ośrodków Przetwarzania Centrum, która zostanie udostępniona Wykonawcy”. Jednocześnie, Zamawiający nie udostępnił ww. procedur, co uniemożliwia ich weryfikację pod kątem określenia wpływu na bieżące działanie Data Center Odwołującego pod względem bezpieczeństwa, ciągłości działania, wpływu na wywiązywanie się z realizacji umów już podpisanych z klientami korzystającymi usług Data Center. Zdaniem Odwołującego jedynym podmiotem, któremu te procedury są znane, jest wykonawca ATM.

Odwołujący podkreślił, że ruch osobowy w obiektach typu Data Center odbywa się na zasadach zatwierdzonych w procedurze obowiązującej dla całej Grupy Netia. Jeżeli "Procedura dostępu do Ośrodków Przetwarzania Centrum Zamawiającego" będzie kolidować w jakim zakresie z zasadami obowiązującymi w przedsiębiorstwie Odwołującego, będą wymagały one dostosowania z odpowiednim wyprzedzeniem, m.in. z uwagi na zawarte umowy z innymi klientami. Może się również zdarzyć, że procedury Zamawiającego nie będą mogły zostać uwzględnione dla obiektów Odwołującego i Odwołujący podejmie decyzję o nieskładaniu oferty w postępowaniu. Z tych względów, doprecyzowanie OPZ jest kluczowe dla oceny możliwości złożenia oferty przez Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Atman Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że wykonawca ten zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 5, 6 i 7, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o ich wycofaniu.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest Usługa Relokacji, Usługa Kolokacji infrastruktury techniczno-systemowej oraz Usługa Łączy dostępowych (rozd. III pkt 1 SWZ).

W rozdz. III pkt 2 SWZ Zamawiający wskazał, że podział postępowania na części nie jest możliwy z uwagi na wymóg jednoczesnego zachowania dostępności do specjalistycznych usług w zakresie: funkcjonowania infrastruktury sprzętowej, wysokiego poziomu bezpieczeństwa, kontroli parametrów środowiskowych, wydajnych łączy internetowych jak również dostępności systemów zasilania i chłodzenia oraz instalacji gaśniczej w ośrodku przetwarzania danych z wymaganym w OPZ poziomem SLA.

W rozdz. XV SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: łączna Cena ofertowa brutto – 60%, prędkość połączenia do sieci Internet – 30%, czas przechowywania obrazu z monitoringu – 10%. Ocena punktowa w kryterium „Łączna Cena ofertowa brutto” (C) złożonych ofert zostanie dokonana na podstawie podanej przez Wykonawcę łącznej ceny ofertowej brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia uwzględniającej zakres zamówienia podstawowego i opcjonalnego. Cena ta winna być wskazana w ofercie – w pkt 3 Formularza ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ i będzie przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej. W formularzu cenowym należało wycenić: usługę relokacji, usługę kolokacji i usługę łączy dostępowych oraz zużycie energii (zamówienie podstawowe), a także magazynowanie szafy, usługę kolokacji i usługę łączy dostępowych dla 1 szafy przeniesionej na produkcję z magazynu,

usługę kolokacji i usługę łączy dostępowych dla dodatkowych szaf oraz dodatkowe zużycie energii dla zamówienia gwarantowanego (opcja).

Zgodnie z § 1 ust. 9 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ): *W przypadku, w którym zgodnie z ofertą Wykonawcy Lokalizacja ITS nie ulega zmianie w stosunku do obowiązującej umowy nr CEZ/55/2021 oraz CeZ/93/2022 oraz nie ma potrzeby dokonania relokacji ITS lub innego podłączenia w celu realizacji przedmiotu Umowy w pozostałym zakresie (w stosunku do umowy nr CEZ/55/2021 oraz CeZ/93/2022), nie stosuje się postanowień dotyczących Usługi Relokacji (Etap 2), w szczególności § 3, § 15 ust. 2, pkt 7 OPZ. Wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu Umowy w pozostałym zakresie, w tym do realizacji Etapu 3.*

Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy:

Z zastrzeżeniem §1 ust. 9, Wykonawca jest zobowiązany do realizacji Usługi Relokacji dla każdej Lokalizacji zgodnie z OPZ, a w szczególności zobowiązuje się do:

- 1) wykonania przeglądu zerowego przed transportem ITS,*
- 2) inwentaryzacji zasobów sprzętowych w zakresie warstwy sprzętowej, sieciowej i systemowej,*
- 3) dokumentacji, w tym właściwego oznakowania, wykonania dokumentacji fotograficznej, połączeń logicznych,*
- 4) wyłączenia systemów i relokowanych Urządzeń (operacja zostanie wykonana przez personel CeZ). Odłączenie okablowania fizycznego i logicznego zostanie wykonane przez Wykonawcę,*
- 5) demontażu ITS,*
- 6) pakowania ITS i przygotowania do transportu,*
- 7) transportu ITS,*
- 8) rozpakowania,*
- 9) montażu w miejscu nowej kolokacji, zgodnie z Planem Rozlokowania,*
- 10) uruchomienia przeniesionego ITS w trybie serwisowym,*
- 11) wykonania przeglądu zerowego po transporcie zgodnie z zakresem prac wskazanym przez producenta danego elementu ITS,*
- 12) wykonania testów akceptacyjnych,*
- 13) wykonania dokumentacji powykonawczej będącej opisem wykonanych prac oraz zawierającej wyniki pomiarów okablowania logicznego.*

Umowa w § 1 ust. 4 stanowi:

Strony określają następujący ramowy harmonogram realizacji Umowy:

- 1) Etap 1 - Czynności przygotowawcze:*

- a) *W przypadku, o którym mowa w ust. 9 – czynności przygotowawcze wskazane w ust. 9-11,*
 - b) *W przypadkach, gdy ust. 9 nie ma zastosowania – czynności przygotowawcze określone w ust. 8 oraz w punktach 3.2, 3.5, 3.7.1-3.7.4 OPZ zostaną zrealizowane w terminie do 9 dni przed rozpoczęciem realizacji Usługi Relokacji do pierwszej Lokalizacji, o którym mowa w pkt 2 lit. a),*
- 2) *Z zastrzeżeniem ust. 9 - Etap 2 - Usługi Relokacji, w ramach którego wchodzi:*
- a) *Realizacja Usługi Relokacji do pierwszej Lokalizacji – realizacja w dniach 15-16 lipca 2023,*
 - b) *Realizacja Usługi Relokacji do drugiej Lokalizacji – realizacja w dniach 22-23 lipca 2023,*
przy uwzględnieniu w obu powyższych przypadkach, że muszą rozpocząć się w soboty o godz. 18-tej i zakończyć następnego dnia o 6 rano, przy założeniu aby zachowany został czas niezbędny do wykonania procedury odbioru ośrodka relokacji,
- 3) *Etap 3 - Usługa Kolokacji i Usługa Łączy Dostępowych dla dwóch Lokalizacji: Wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia Usługi Kolokacji i Usługi Łączy Dostępowych dla dwóch Lokalizacji od 1 sierpnia 2023 r. z zachowaniem nieprzerwanej i ciągłej realizacji przedmiotu niniejszej Umowy względem Umowy Nr CEZ/55/2021 oraz Umowy Nr CeZ/93/2022.*

Zgodnie z § 1 ust. 8 wzoru umowy:

Jeśli zastosowania nie ma ust. 9:

- 1) *W terminie 7 dni roboczych od zawarcia Umowy, Wykonawca jest zobowiązany do:*
 - a) *przygotowania i dostarczenia Zamawiającemu do akceptacji planu rozmieszczenia szaf w serwerowni i schematu podłączenia serwerów do zasilania i sieci komputerowej (dalej: „Plan Rozlokowania”),*
 - b) *przygotowania i dostarczenia Zamawiającemu do akceptacji planu testów akceptacyjnych w zakresie określonym w pkt 7 OPZ (dalej: „Plan Testów Akceptacyjnych”),*
 - c) *wskazania i udostępnienia pomieszczenia dla administratorów (na okres trwania Umowy), w szczególności na potrzeby przeprowadzenia przez Zamawiającego i podmiot wskazany przez Zamawiającego testów akceptacyjnych i odbiorów,*
 - d) *udostępnienia pomieszczenia serwerowni lub jego wydzielonej części przeznaczonej na świadczenie Usług Kolokacji wraz z niezbędnym wyposażeniem, celem dokonania montażu szaf i podłączenia serwerów,*

- e) *przygotowania i dostarczenia szczegółowego harmonogramu realizacji Usługi Relokacji, z uwzględnieniem terminów wynikających z Umowy, w tym OPZ (dalej: „Harmonogram Usługi Relokacji”),*
- 2) *Zamawiający dokona akceptacji Planu Rozlokowania, Planu Testów Akceptacyjnych oraz Harmonogramu Usługi Relokacji, w terminie maksymalnie 7 dni od ich otrzymania bądź zgłosi do nich uwagi. W przypadku zgłoszenia uwag Wykonawca uwzględni je w ciągu 7 dni i przedstawi stosownie - Plan Rozlokowania, Plan Testów Akceptacyjnych lub Harmonogram Usługi Relokacji ponownie do ostatecznej akceptacji Zamawiającego. Termin realizacji przez Wykonawcę zobowiązań określonych w pkt 1 uznaje się za dochowany, jeżeli Plan Rozlokowania, Plan Testów Akceptacyjnych oraz Harmonogram Usługi Relokacji zostanie ostatecznie zaakceptowany przez Zamawiającego w terminie określonym w zdaniu poprzedzającym,*
- 3) *Zakończenie realizacji Etapu 1 – Czynności przygotowawcze, następuje poprzez podpisanie przez Zamawiającego Częściowego Protokołu Odbioru - Etap 1 (Załącznik nr 3), obejmującego Protokół Odbioru Testów Akceptacyjnych (Załącznik nr 4) - potwierdzającego należyłą realizację zobowiązań Wykonawcy przewidzianych na Etap 1,*
- 4) *Zamawiający dokonuje akceptacji wyników testów w terminie maksymalnie 2 dni od chwili otrzymania informacji o nich, bądź zgłasza do nich uwagi. W przypadku zgłoszenia uwag Wykonawca uwzględni je w ciągu 7 dni od ich otrzymania. Za termin realizacji przez Wykonawcę zobowiązań określonych w niniejszym ustępie uznaje się termin przedstawienia do akceptacji poszczególnych prac, o ile Zamawiający nie zgłosił uwag i dokonał akceptacji. W razie zgłoszenia uwag, terminem akceptacji jest termin przedstawienia do odbioru wersji, do której Zamawiający nie wniósł uwag i dokonał akceptacji.*

Zarzuty nr 1-3

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

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 239 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 240 ustawy Pzp:

1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.
2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Stosownie do art. 91 ustawy Pzp:

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

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy.

Ocena przedmiotowych zarzutów wymagała odpowiedzi na pytanie, czy w okolicznościach analizowanego postępowania Zamawiający był uprawniony do wprowadzenia postanowienia § 1 ust. 9 wzoru umowy, zgodnie z którym jeśli lokalizacja ITS nie ulega zmianie i nie ma potrzeby dokonania realokacji lub innego podłączenia, nie stosuje się postawień dotyczących usługi relokacji, a wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu zamówienia w pozostałym zakresie. Takie ukształtowanie obowiązków jest bowiem źródłem pozostałych zarzutów odwołania, takich jak naruszające zasadę równego traktowania wykonawców określenie terminów realizacji zamówienia i kryteriów oceny ofert oraz zaniechanie podzielenia zamówienia na części.

Na wstępie zauważyć należy, że wyłączenie obowiązków w zakresie relokacji ITS nie zostało określone od strony podmiotowej – Zamawiający nie wskazuje, że obowiązki te nie dotyczą Przystępującego (świadczącego obecnie usługi kolokacji). Wyłączenie tych obowiązków zostało uzależnione od tego, czy nastąpi faktyczna konieczność zmiany lokalizacji ITS, czego nie można automatycznie utożsamiać ze zwolnieniem Przystępującego z usług relokacji. Nie można wykluczyć (nawet jeśli prawdopodobieństwo w tym zakresie nie jest znaczne), że Przystępujący, z powodów biznesowych czy organizacyjnych, podejmie decyzję o zaoferowaniu innej lokalizacji, w której świadczone będą usługi kolokacji, a wówczas będzie zobowiązany do relokacji sprzętu.

Niezależnie jednak od powyższego, nie sposób nie zauważyć, że dotychczasowy wykonawca znajduje się w korzystniejszej sytuacji niż pozostali wykonawcy, z uwagi na możliwość uniknięcia konieczności relokowania sprzętu, a w konsekwencji nieponoszenia kosztów relokacji oraz ryzyka związanego chociażby z terminami realizacji tej usługi. Wynika to jednak – zdaniem Izby – z obiektywnych okoliczności towarzyszących temu postępowaniu, których, z uwagi na uzasadnione potrzeby Zamawiającego, nie można nie uwzględnić. Trudno bowiem wymagać, aby Zamawiający, w celu zapewnienia równej pozycji wszystkich wykonawców, ponosił koszty usługi, której nie trzeba wykonać, czy też nie mógł zlecić realizacji tej usługi w sytuacji, gdy zmiana lokalizacji będzie konieczna. Racjonalnie działający zamawiający musi uwzględniać uwarunkowania, w jakich udziela zamówienia, w tym również takie, które mogą powodować, że dotychczasowy wykonawca będzie w korzystniejszej sytuacji względem pozostałych. Jeśli jest to konsekwencją obiektywnych okoliczności, nie zaś woli stworzenia konkretnemu wykonawcy korzystniejszych warunków, nie można mówić o naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych.

W ocenie Izby wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia § 1 ust. 9 należy uznać za uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego, w tym względami racjonalnej gospodarki finansowej, nie zaś podyktowane wolą uprzywilejowania Przystępującego. Jest to bowiem sytuacja, w której wybór oferty najkorzystniejszej we wcześniejszym postępowaniu i realizacja przedmiotu umowy na tej podstawie, wpływają na to, że dotychczasowy wykonawca może uzyskać pewną przewagę polegającą na braku konieczności realizacji usługi relokacji, co nie może być odczytywane jako naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy mieć na uwadze, że zazwyczaj podmiot, który aktualnie realizuje daną usługę, znajduje się w korzystniejszej sytuacji w kolejnym postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego na taki sam przedmiot zamówienia.

Szczegółowe zastrzeżenia Odwołującego, dotyczące zróżnicowania obowiązków wykonawców, terminów przewidzianych na wykonanie relokacji oraz jej kosztów wpływających na cenę ofertową, są konsekwencją przyjęcia przez Zamawiającego, że jeśli lokalizacja ITS nie ulega zmianie i nie ma potrzeby dokonania realokacji lub innego podłączenia, nie stosuje się postawień dotyczących usługi relokacji. Skoro Zamawiający tak ukształtował zakres zamówienia (będąc do tego uprawnionym), to naturalne jest, że zakres obowiązków wykonawcy, który nie będzie dokonywał relokacji ITS będzie inny i nie będą go dotyczyły terminy określone dla wykonania tej części zamówienia.

W odniesieniu do terminów na wykonanie relokacji wskazać należy, że w odwołaniu kwestionowano te terminy w kontekście tego, że nie dotyczą one wykonawcy Atman, co powoduje m.in. brak konieczności uwzględnienia przez tego wykonawcę szeregu ryzyk.

Zarzuty w tym zakresie nie dotyczyły tego, że terminy te są obiektywnie niemożliwe do dotrzymania, a Odwołujący nie wnosił o ich wydłużenie. Należy więc stwierdzić, że próba wykazywania na rozprawie, że nieprawidłowe było określenie 12-godzinnego terminu wykonania relokacji (dowodem czego miały być wyciągi z dokumentacji z innych postępowań), nie koresponduje z zarzutem przedstawionym w odwołaniu. W związku z tym na marginesie jedynie zauważyć należy, że termin 12-godzinny odnosi się do samego transportu sprzętu, co poprzedzone jest opisany w umowie etapem przygotowawczym.

Podobnie, w sytuacji gdy zakres zamówienia zależy od tego, czy sprzęt będzie musiał być relokowany, oczywiste jest, że w sytuacji braku konieczności relokacji koszty z tym związane nie będą musiały być uwzględnione w cenie oferty. Trudno zresztą zakładać, że Zamawiający powinien ponosić koszty świadczeń, które nie muszą być i nie będą wykonane. Wykonawca, który relokacji nie będzie realizować, jest bez wątpienia w korzystniejszej sytuacji, która jednak – jak już wyżej wskazano – jest następstwem okoliczności obiektywnych, nie zaś działań Zamawiającego zmierzających do uprzywilejowania tego wykonawcy. Przyjmując nawet, że koszt relokacji może wynieść do 12% ceny ofertowej (Odwołujący złożył na tę okoliczność ofertę podwykonawcy), którego to kosztu Przystępujący być może nie będzie uwzględniał, w okolicznościach tego postępowania, nie świadczy to o naruszeniu przez Zamawiającego równego traktowania wykonawców, jest to bowiem konsekwencją wcześniejszych zdarzeń, które determinują zakres obecnego zamówienia, a które nie wynikają z popełnionych przez Zamawiającego przy udzielaniu wcześniejszych zamówień błędów. Nie sposób również dopatrzeć się w tym naruszenia przepisów ustawy odnoszących się do kryteriów oceny ofert.

Brak jest również podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Po pierwsze wskazać należy, że punkcie III.2 SWZ Zamawiający przedstawił powody niepodzielenia zamówienia na części, podając, że *podział postępowania na części nie jest możliwy z uwagi na wymóg jednoczesnego zachowania dostępności do specjalistycznych usług w zakresie: funkcjonowania infrastruktury sprzętowej, wysokiego poziomu bezpieczeństwa, kontroli parametrów środowiskowych, wydajnych łączny internetowych jak również dostępności systemów zasilania i chłodzenia oraz instalacji gaśniczej w ośrodku przetwarzania danych z wymagany w OPZ poziomem SLA.*

Po drugie zauważenia wymaga, że wnioskowany przez Odwołującego podział zamówienia, przez wydzielenie relokacji do odrębnego postępowania lub odrębnej części, nie stanowi rozwiązania pozwalającego na zaspokojenie potrzeb Zamawiającego z jednoczesnym zniwelowaniem różnic w sytuacji wykonawców. Prowadzenie postępowania i

udzielenie zamówienia na wykonanie usługi relokacji w sytuacji, gdy nie wiadomo, czy trzeba będzie ją wykonać (to bowiem zależałoby od rozstrzygnięcia postępowania na usługi kolokacji) trudno uznać za racjonalne.

Ponadto, nie zostało wykazane, że powszechną praktyką zamawiających jest zlecanie usług relokacji i kolokacji w odrębnych postępowaniach. Jak wynika z dowodów przedstawionych przez obie strony, praktyka w tym zakresie jest różna i – jak należy zakładać – uzależnione jest to od uwarunkowań dotyczących konkretnego zamawiającego.

Nie zasługuje też na uwzględnienie wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu wykonanie usług relokacji we własnym zakresie. Odnosząc się do takiego wniosku przede wszystkim wskazać należy, że to Zamawiający, nie wykonawca, uprawniony jest do decydowania, jakie zadania realizuje samodzielnie, a jakie zleca podmiotom zewnętrznym. Niezależnie od powyższego należy mieć na uwadze, że samodzielne wykonanie relokacji przez Zamawiającego mogłoby być nieracjonalne pod względem organizacyjnym (brak odpowiednich zasobów) oraz finansowym.

Wobec niestwierdzenia, aby postanowienia opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy naruszały przepisy ustawy, brak jest też podstaw do uwzględnienia sformułowanego przez Odwołującego wniosku ewentualnego o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Zarzut nr 4

Zgodnie z art. 99 ustawy Pzp:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Stosownie do art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał związku między kwestionowaną czynnością Zamawiającego (określenie terminu realizacji zamówienia datą kalendarzową) a wskazaną przez Odwołującego podstawą prawną – art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do kwestii naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy Pzp wskazać należy, że przepis ten, określając jako zasadę ustalanie terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, wprost dopuszcza określenie tego terminu przez wskazanie daty, pod warunkiem istnienia ku temu obiektywnego uzasadnienia.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że w okolicznościach tej sprawy uzasadnione było posłużenie się datą kalendarzową. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, obecnie realizowana umowa nr CEZ/55/2021 przewiduje świadczenie usług kolokacji przez okres 28 miesięcy licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi kolokacji, wskazanego w § 1 ust. 4 (tj. 1 kwietnia 2021). Przewidzenie dat kalendarzowych (przede wszystkim daty 1 sierpnia 2023 r. oraz dat dla realizacji relokacji) w obecnym zamówieniu jest właśnie uwarunkowane datą zakończenia powyższej umowy nr CEZ/55/2022.

Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje infrastrukturę techniczno-systemową, na której posadowione są kluczowe systemy teleinformatyczne zapewniające realizację szeregu usług niezbędnych dla funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej w Polsce. Dotyczy to m.in. systemów teleinformatycznych wytworzonych i rozwijanych w ramach projektu prowadzonego przez Zamawiającego pn. „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych” (Projekt P1), a także wiele innych zasobów służących zapewnieniu funkcjonowania opieki zdrowotnej w kraju, w tym System Monitorowania Zagrożeń (SMZ), System Monitorowania Kształcenia Pracowników Medycznych (SMK), System Obsługi Importu Docelowego (SOID), Zintegrowany System Monitorowania obrotem Produktami Leczniczymi (ZSMOPL), System Statystyki w Ochronie Zdrowia (SSOZ), Krajowy Rejestr Dawców Krwi (KRDK) i inne. Zamawiający jest także podmiotem odpowiedzialnym za kluczowe rozwiązania informatyczne w walce z epidemią COVID-19 system Ewidencja Wjazdów do Polski (EWP). Zasoby te zapewniają:

- obsługę wystawiania recept elektronicznych (ok. 2 mln recept dziennie),
- obsługę realizacji recept papierowych oraz recept elektronicznych (ok. 2 mln dokumentów realizacji recept dziennie).
- obsługę wystawiania i realizacji skierowań elektronicznych (obecnie w Systemie P1 jest przetwarzana realizacja ok. 180 tys. skierowań dziennie i wystawiane ok 250 tys. skierowań dziennie),

- dostarczenie i utrzymywanie narzędzia w postaci Internetowego Konta Pacjenta,
- gromadzenie danych o zdarzeniach medycznych (obecnie usługodawcy raportują ok. ok. 10 mln zdarzeń dziennie, bez weekendów),
- aplikacja e-gabinet – aplikacja umożliwiająca lekarzom wystawienie recept i realizację usług elektronicznych;
- dostarczenie i utrzymywanie narzędzia, w którym przetwarzane są dane związane z osobami chorymi na SARS-CoV-2 (EWP);
- utrzymywanie systemu, w którym przetwarzane są dane zawarte w zgłoszeniach, o których w ustawie z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, a więc m.in. zawarte w zgłoszeniu podejrzenia lub rozpoznania zakażenia lub choroby zakaźnej (SMZ – System Monitorowania Zagrożeń).

Ponadto Zamawiający wskazał i udokumentował, że jest podmiotem uczestniczącym w krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, wprowadzonego ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, jako jednostka wskazana jako operator usług kluczowych. Zgodnie z decyzją Ministra Zdrowia z dnia 22 listopada 2018 (znak FZP.426.1.2018.RZ) Zamawiający został uznany za operatora następujących usług kluczowych: Zarządzanie danymi epidemiologicznymi, Gromadzenie i udostępnianie Elektronicznej Dokumentacji Medycznej.

Powyższą argumentację należy uznać za wiarygodną i przekonującą. Potwierdza ona, że Zamawiający zobowiązany jest zapewnić stabilność i ciągłość działania systemów teleinformatycznych i usług leżących w jego gestii, a wszelkie przerwy w działaniu systemów mogą wiązać się z negatywnymi konsekwencjami dla zdrowia i życia ludzkiego. Ponadto Zamawiający przedstawił zestawienia tabelaryczne obrazujące rodzaj i skalę obsługiwanych przez te systemy usług oraz wyjaśnił, że przy określaniu daty rozpoczęcia świadczenia usługi kolokacji i usługi łączy dostępowych chodziło o wybranie takiego dnia w ciągu roku, kiedy obciążenie łączy jest najmniejsze i najmniejsze są skutki ewentualnego przerwania ciągłości systemu. Złożone przez Zamawiającego zestawienia potwierdzają, że w lipcu obciążenie systemów jest najmniejsze.

O zasadności zarzutu nie mogą świadczyć dowody złożone przez Odwołującego na okoliczność czasu trwania procesu podłączenia się do dedykowanego łącza, w tym uzyskania pozwoleń na budowę oraz innych związanych tym zezwoleń (np. na zajęcie pasa drogowego). Zauważenia wymaga, że przedmiot zamówienia nie obejmuje procesów inwestycyjnych, w tym robót budowlanych, co oznacza, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien dysponować infrastrukturą techniczną pozwalającą na rozpoczęcie świadczenia usług w ustalonych przez Zamawiającego terminach. Odwołujący nie wykazał, aby realizacja zamówienia wymagała wybudowania nowej infrastruktury, bez

możliwości wykorzystania łączy posiadanych przez wykonawców, które można by tak dostosować lub w ograniczonym zakresie przebudować, aby przekształcić je w łączy dedykowane dla Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: