

Sygn. akt: KIO 1343/22

WYROK
z dnia 3 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2022 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:**
 - a) zarzutu nr III.4. a odwołania, związanego z żądaniem IV.5. odwołania,
 - b) zarzutu nr III.2. b odwołania, związanego z żądaniem IV.3. odwołania,
 - c) zarzutu nr III.3. odwołania, związanego z żądaniem IV.4. odwołania,
 - d) zarzutu nr III.2. a odwołania, związanego z żądaniem IV.2. odwołania,
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę T-Mobile Polska S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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

Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „wdrożenie i migracja z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla IMGW-PIB”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 maja 2022 r., nr 2022/S 090-248020.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 20 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca T-Mobile Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) 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 przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie umowy 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 poprzez wskazanie zbyt krótkiego, nierealnego terminu realizacji zamówienia, zgodnie z którym wykonawca będzie zobowiązany rozpocząć świadczenie usług w lokalizacjach w terminie 12 tygodni od zawarcia umowy (Rozdział V ust. 1 SWZ, §2 ust. 1 umowy, pkt 6 Formularza ofertowego oraz PU18 OPZ) (zarzut III.1 odwołania),
- 2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) 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 w zakresie, w jakim:
 - a) nie wskazał w poz. 31-46 Tabeli nr 1 formularza ofertowego dokładnych lokalizacji (budynków) w ramach lotnisk, do których mają być doprowadzone łącza (zarzut III.2.a odwołania);
 - b) Zamawiający wskazał na możliwość przeniesienia lokalizacji w ramach wynagrodzenia umownego w dowolnym czasie trwania umowy (PU18 OPZ) (zarzut III.2.b odwołania);
- 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 umowy, 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 wyceny w ofercie prawa opcji dla nowych, nieznanymi lokalizacji, jak również realizacji zamówienia z prawa opcji w terminie jak dla zamówienia podstawowego, tj. 12 tygodni (Formularz ofertowy, Tabela nr 2 Załącznika nr 10 do SWZ, Rozdział V ust. 3 SWZ, §3 umowy, PU28 OPZ) (zarzut III.3. odwołania);

4) 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 sporządzenie umowy 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 zastrzegł, że przysługuje mu prawo do naliczenia następujących kar umownych:

a) *„w przypadku niewykonania Umowy przez Wykonawcę, z przyczyn leżących po jego stronie - w wysokości 5% łącznego wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy” - §7 ust. 1 pkt 1 umowy (zarzut III.4. a odwołania);*

b) *„w przypadku zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usług w danej lokalizacji względem terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy - w wysokości 300% miesięcznego abonamentu brutto za łączne za każdy kolejny rozpoczęty tydzień zwłoki. Jeśli zwłoka przekroczy 3 tygodnie, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy” - §7 ust. 1 pkt 4 umowy (zarzut III.4. b odwołania).*

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i załączników, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, tj.:

1) modyfikację rozdziału V ust. 1 SWZ, §2 ust. 1 umowy oraz pkt 6 formularza ofertowego w ten sposób, że termin rozpoczęcia świadczenia usług będzie wynosił minimum 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż w dniu, w którym wygaśnie umowa z dotychczasowym Wykonawcą, świadczącym na rzecz Zamawiającego usługi o tożsamym przedmiocie, jak usługi objęte przedmiotem zamówienia, tj. nie wcześniej niż w dniu 12 października 2022 r. (żądanie IV.1. odwołania);

2) wskazanie w odniesieniu poz. 31-46 tabeli nr 1 Formularza ofertowego konkretnych budynków, do których mają być doprowadzone łącza (żądanie IV.2 odwołania);

3) modyfikację PU18 OPZ w ten sposób, że:

a) wykreślone zostanie sformułowanie, iż wykonawca dokona przeniesienia części łączy w ramach wynagrodzenia złożonego w ofercie,

- b) przeniesienie części łączy (nie więcej niż 10 łączy) do nowych lokalizacji nastąpi w terminie do 9 miesięcy od dnia zlecenia Zamawiającego, gdy będą istniały warunki techniczne do świadczenia usługi w nowej lokalizacji.
 - c) krótszy termin może być potwierdzony przez wykonawcę po wskazaniu nowej lokalizacji, do której łącza mają być przeniesione,
 - d) w przypadku przeniesienia łączy do nowych lokalizacji wprowadzenie postanowień dających Wykonawcy możliwość naliczenia jednorazowej opłaty za likwidację dotychczasowych łączy stanowiącej równowartość miesięcznej opłaty abonamentowej za to łącze pomnożonej przez ilość miesięcy pozostałych do końca umowy,
ewentualnie wprowadzenie postanowień wyodrębniających wynagrodzenie wykonawcy z tytułu zestawienia łączy w danej nowej lokalizacji i wprowadzenie z tego tytułu opłaty instalacyjnej rozliczanej po podpisaniu protokołu odbioru usług;
(żądanie IV.3 odwołania),
- 4) modyfikację formularza ofertowego, rozdziału V ust. 3 SWZ, Tabeli nr 2 Załącznika nr 10 do SWZ, PU28 OPZ oraz §3 umowy poprzez wykreślenie realizacji prawa opcji i wskazanie, że uruchomienie nowych dodatkowych lokalizacji nastąpi w ramach zmiany umowy i zostanie dokonane po poinformowaniu wykonawcy o dokładnej lokalizacji, w której mają być uruchomione dodatkowe usługi WAN oraz po potwierdzeniu technicznej możliwości świadczenia usług w nowej lokalizacji wraz z podaniem przez wykonawcę dokładnego terminu uruchomienia usług w nowej lokalizacji oraz wyceny przez wykonawcę usług w nowej lokalizacji. Wycena będzie uwzględniała wynagrodzenie wykonawcy z tytułu zestawienia łączy w dodatkowej lokalizacji poprzez wprowadzenie z tego tytułu opłaty instalacyjnej rozliczanej po podpisaniu protokołu odbioru usług oraz wynagrodzenia miesięcznego z tytułu świadczenia usług w nowej lokalizacji (żądanie IV.4. odwołania);
- 5) wykreślenie §7 ust. 1 pkt 1 umowy (żądanie IV.5. odwołania);
- 6) modyfikację §7 ust. 1 pkt 4 umowy w następujący sposób: *„w przypadku zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usług w danej lokalizacji względem terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy - w wysokości 50% miesięcznego abonamentu brutto za łącze za każdy kolejny rozpoczęty tydzień zwłoki. Jeśli zwłoka przekroczy 3 tygodnie, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy”* (żądanie IV.6. odwołania).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem V ust. 1 SWZ *„Wykonawca będzie zobowiązany rozpocząć świadczenie usług w terminie 12 tygodni, licząc od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż w dniu, w którym wygaśnie umowa*

z dotychczasowym Wykonawcą, świadczącym na rzecz Zamawiającego usługi o tożsamym przedmiocie, jak usługi objęte przedmiotem zamówienia, tj. nie wcześniej niż w dniu 12 października 2022 r. ". Analogiczne postanowienia dotyczące konieczności uruchomienia usług w terminie 12 tygodni zostały zawarte w Formularzu ofertowym, wzorze umowy oraz OPZ. Zdaniem odwołującego, termin realizacji zamówienia narusza zasady opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał, że termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 99 ust. 1 Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy.

Zdaniem odwołującego, zamawiający określił termin realizacji zamówienia w sposób nieadekwatny i nieuwzględniający wszystkich wymagań związanych z przygotowaniem oferty, nie przewidując odpowiedniej ilości czasu na przygotowanie do świadczenia usług. Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest wykonanie 168 łączy w 84 lokalizacjach. Operator telekomunikacyjny potrzebuje czasu w celu realizacji prac niezbędnych do wdrożenia usługi, tym bardziej, że zamawiający wymaga łączy, których budowa jest specyficzna i czasochłonna. Według odwołującego główne wymagania, które wpływają na okoliczność, że termin jest rażąco krótki, to:

- a) konieczność budowy łączy kablowych,
- b) trudny dostęp do niektórych lokalizacji wskazanych w dokumentach zamówienia;
- c) konieczność zapewnienia sprzętu niezbędnego do świadczenia usług.

Odwołujący argumentował, że w celu przygotowania do świadczenia usług transmisji danych operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług. Budowa łączy telekomunikacyjnych jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. 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 i zezwoleń. Budowa łączy kablowych wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy. Są to czynniki obiektywne, niezależne od wykonawcy, które należy uwzględnić w dokumentacji postępowania. Odwołujący argumentował, że bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora w każdym z tych przypadków, konieczne jest zapewnienie wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usług i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności

faktycznych i prawnych. Czynności zarówno formalne, jak i praktyczne konieczne dla wybudowania infrastruktury zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjalne 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.

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

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający dosyć szczegółowo określił sposób realizacji łączy w zależności od kategorii, np.:

P09 OPZ:

Lokalizacje należące do kategorii „0” będą pracowały w konfiguracji dwa łącza przewodowe. Każde urządzenie CE, połączone będzie z innym urządzeniem szkieletowymi operatora Provider Edge (PE).

Łącze podstawowe i łącze zapasowe mają przebiegać po dwóch rozłącznych trasach (patrz Rysunek 1. Łącze dostępne w konfiguracji „2CE + 2PE”). Wymóg rozłączności tras nie dotyczy ostatniego odcinka kablowego (z wyjątkiem lokalizacji Warszawa), stanowiącego dojście do budynku, w którym ma być świadczona usługa.

PU10 OPZ:

W lokalizacjach należących do kategorii „1” łącze dostępne zostanie zrealizowane w konfiguracji „2CE + 2PE”. Zakłada ona instalację dwóch urządzeń dostępowych CE, które są połączone z dwoma różnymi urządzeniami szkieletowymi operatora (PE) za pomocą dwóch łączy przewodowych o rozłącznych trasach (patrz Rysunek 2. Łącze dostępne w konfiguracji „2CE + 2PE”). Wymóg rozłączności tras nie dotyczy ostatniego odcinka kablowego, stanowiącego dojście do budynku, w którym ma być świadczona usługa.

PU11 OPZ:

W lokalizacjach należących do kategorii „2” zostanie zrealizowane łącze dostępne w konfiguracji „1 CE + 2 PE”, która zakłada podłączenie urządzenia końcowego CE do dwóch różnych urządzeń szkieletowych operatora (PE) za pomocą dwóch łączy o rozłącznych trasach (patrz Rysunek 3. Łącze dostępne w konfiguracji „1CE + 2PE”

Wymóg rozłączności tras nie dotyczy odcinka kablowego, od przyłącza telefonicznego w budynku gdzie będzie świadczona usługa do najbliższej studni telekomunikacyjnej, stanowiącego dojście do budynku, w którym ma być świadczona usługa.. Łącza podstawowe będą realizowane za pomocą technologii kablowych.

PU 13 OPZ:

W lokalizacjach należących do kategorii 4 (radary meteorologiczne), od urządzenia CE powinny zostać poprowadzone dwa niezależne łącza do dwóch różnych urządzeń szkieletowych (PE) operatora. Łącza podstawowe będą realizowane za pomocą technologii kablowych.

Zdaniem odwołującego, powyższe wymogi wpływają na czasochłonność realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż każda lokalizacja powinna uwzględniać dwa łącza przewodowe o rozdzielnych trasach co daje łącznie 168 łączy. Odwołujący podniósł, że lokalizacje zamawiającego są usytuowane w miejscach, które dla każdego z wykonawców nie realizujących obecnie usług będą wymagały więcej czasu niż podłączenie „klasycznych” lokalizacji miejskich. Podał przykłady.

Zdaniem odwołującego, zapewnienie usług w powyższych, przykładowych lokalizacjach będzie wymagało odpowiedniego czasu, z całą pewnością okres 12 tygodni nie jest wystarczający dla uruchomienia transmisji np. w Hali Gąsienicowej.

Odwołujący argumentował, że w poz. 31-46 tabeli nr 1 Formularza cenowego załącznika nr 10 do SWZ zamawiający wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany uruchomić usługi na terenie lotnisk. Jednocześnie w dokumentach zamówienia nie wskazano dokładnych informacji, gdzie konkretnie na teren lotniska ma być doprowadzona infrastruktura. Tereny lotnisk są bardzo rozległe i z jego praktyki wynika, że informacja o konkretnym budynku, do którego mają być doprowadzone łącza ma istotne znaczenie dla możliwości wyceny oferty oraz oszacowania ryzyk. W przedmiotowym postępowaniu nie dość, że zamawiający nie wskazał konkretnej informacji w ww. zakresie to jeszcze przerzucił na wykonawcę całe ryzyko realizacji zamówienia w terminie 12 tygodni od zawarcia umowy.

Odwołujący argumentował, że w analogicznych postępowaniach zamawiający przewidywali znacznie dłuższe oraz bardziej realne terminy wykonania niezbędnej infrastruktury dla uruchomienia usług WAN, przykładowo:

- a. GAZ SYSTEM S.A. „Świadczenie usług transmisji danych w alternatywnej sieci prywatnej WAN II” Znak postępowania: ZP/2020/05/0077/PS - termin realizacji 7 miesięcy od zawarcia umowy - ilość lokalizacji 78 (uwaga w tym postępowaniu przedmiotem wykonania było 1 łącze w 1 lokalizacji, a w niniejszym są do wykonania 2 łącza dla każdej lokalizacji);
- b. Państwowy Instytut Geologiczny „Świadczenie usługi dostępu do Internetu oraz sieci korporacyjnej obejmującej Warszawę i Oddziały PIG-PIB oraz dzierżawa ciemnego światłowodu pomiędzy budynkami PIG-PIB zlokalizowanymi przy ul. Jagiellońskiej 76 i Rakowieckiej 4 na okres 24 miesięcy/” numer postępowania: NZ-240-61 / 2018 termin rozpoczęcia świadczenia usług dla zaledwie 8 lokalizacji był określony na 4 miesiące (IMGW przewidziało 84 lokalizacje - 12 tygodni);

- c. Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, przetarg nieograniczony na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych przesyłu danych z wykorzystaniem łączy w technologii MPLS dla 12 lokalizacji” sprawa nr 120/PAŻP/2021 /AZP - 12 lokalizacji - termin realizacji 9 miesięcy;
- d. PKP INTERCITY „Świadczenie usług telekomunikacyjnych”, numer postępowania: 21 /WNP-009396/PRZ - 129 lokalizacji w sieci WAN - termin realizacji 12 miesięcy od zawarcia umowy.

Odwołujący zauważył, że warunki realizacji ww. przykładowych usług są porównywalne do IMGW, gdyż lokalizacje kolejowe, gazownicze, lotniskowe są równie nietypowe, trudne w dostępie jak ma to miejsce w przypadku IMGW.

Zdaniem odwołującego, poza obowiązkiem zapewnienia łączy na termin przygotowania do świadczenia usługi wpływ mają również terminy dostawy urządzeń wymaganych do świadczenia usług. Nawet w „standardowych” okolicznościach dostawy tego rodzaju sprzętu (np. routery) to okres co najmniej 3-4 miesiące, a obecnie z powodu skutków pandemii COVID-19 i w związku z brakiem dostępności podzespołów na rynku terminy dostaw sprzętu są mocno wydłużone - zgodnie z informacją uzyskaną od potencjalnych dostawców sprzętu służącego do realizacji zamówienia obecny termin dostawy znacznie przekracza 12 tygodni wskazane przez zamawiającego jako termin uruchomienia całej usługi. Według odwołującego należy wziąć również pod uwagę, że na terminy dostawy sprzętu wpływ ma również konflikt zbrojny na Ukrainie i konsekwencje jakie się z tym wiążą, w tym zamknięcie przestrzeni powietrznej nad Ukrainą. Istotne jest również, że Ukraina odpowiada za 70% światowych dostaw neonu, który jest wykorzystywany w fabrykach półprzewodników. Z uwagi na to, że sytuacja na wschodzie jest dynamiczna i rozwija się z dnia na dzień, wszystkich skutków tych wydarzeń, które mogą mieć wpływ na termin realizacji tego zamówienia, nie da się w tej chwili przewidzieć.

Według odwołującego, istotne jest również, że od połowy lutego w Polsce sukcesywnie podwyższany jest stopień alarmowy dotyczący zagrożenia w cyberprzestrzeni. Stopnie te wprowadza się w sytuacji zagrożenia o charakterze terrorystycznym, które dotyczy systemów teleinformatycznych administracji publicznej lub systemów, które wchodzi w skład infrastruktury krytycznej. ALFA to pierwszy stopień alarmu, BRAVO - drugi, CHARLIE - trzeci, a DELTA - czwarty, najwyższy. Obecnie obowiązuje stopień trzeci CHARLIE-CRP. Powoduje to wysoki stopień mobilizacji i wiele obowiązków po stronie operatorów infrastruktury krytycznej (w tym operatorów telekomunikacyjnych), m.in. obowiązki związane z zapewnieniem bezpieczeństwa i ciągłości usług celem zapewnienia bezpieczeństwa funkcjonowania państwa, co powoduje wydłużenie terminów realizacji innych procesów.

Zdaniem odwołującego, wszystkie te okoliczności należy wziąć pod uwagę, przy ustalaniu terminu realizacji przedmiotowego zamówienia - z uwagi na wydłużone terminy dostawy urządzeń sieciowych (które mogą zostać jeszcze bardziej wydłużone) oraz długotrwałe procedury związane z budową łączy światłowodowych, zamawiający powinien zapewnić wykonawcy wystraczający czas na przygotowanie do świadczenia usług. Według odwołującego nie jest możliwe podejmowanie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji czy zamówień przed zawarciem umowy. Zatem, wyłącznie stosowna modyfikacja postanowień dokumentów zamówienia określająca odpowiednią liczbę miesięcy na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przeciwnym wypadku, wyznaczony termin na wykonanie prac staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie treść ofert, zdecydują komu zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia.

W dalszej części odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z PU18 OPZ:
„Wykonawca, w ramach złożonej oferty cenowej (bez dodatkowych opłat), na żądanie Zamawiającego, wykona następujące prace:

- *przeniesie część łączy (jednak nie więcej, niż 10 łączy) do nowych lokalizacji w terminie do 12 tygodni od dnia zlecenia Zamawiającego, gdy będą istniały warunki techniczne do świadczenia usługi w nowej lokalizacji, (...)*”.

Odwołujący wskazał, że abstrahując od tego, że termin dla przeniesienia łączy jest zbyt krótki to bezzasadne jest wymaganie od wykonawcy, aby dokonywał przeniesienia w ramach wynagrodzenia wynikającego w umowy. Wynagrodzenie podawane w ofercie dotyczy wyłącznie lokalizacji znanych i wskazanych w dokumentach zamówienia. Świadczenie usług w ramach konkretnych lokalizacji może zostać wycenione przez wykonawcę, ale zobowiązanie wykonawcy do realizacji usług w ramach wynagrodzenia z oferty w lokalizacjach nieznanymi jest bezzasadne. Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego do zmiany lokalizacji i możliwości przeniesienia łączy w umowie zawieranej na 48 miesięcy okresu świadczenia usług, ale jednocześnie jej postanowienia nie

powinny w tym zakresie obciążać całym ryzykiem wykonawcę. W sytuacji, gdy zamawiający żąda przeniesienia lokalizacji powinien być przewidziany mechanizm uwzględniający skutki takiej istotnej zmiany pod względem wynagrodzenia. Zamawiający może złożyć oświadczenie o przeniesieniu lokalizacji w całym okresie trwania umowy. Może się zatem zdarzyć, że przeniesienie 10 lokalizacji nastąpi np. na 10 miesięcy przed zakończeniem trwania umowy. Wykonawca będzie zobowiązany ponieść nakłady inwestycyjne na wykonanie łączy w ramach przeniesionych lokalizacji, podczas gdy okres do końca trwania umowy nie zagwarantuje nawet zwrotu kosztów uruchomienia usług w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, w związku z tym zasadne i konieczne jest wprowadzenie do umowy zasad rozliczania w przypadku przeniesienia lokalizacji poprzez albo opłatę za rezygnację z dotychczasowej lokalizacji albo poprzez wprowadzenie tzw. opłaty instalacyjnej rozliczanej po podpisaniu protokołu odbioru usług rozliczanej niezależnie od abonamentu.

W dalszej części odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z §3 umowy:

„1. Zamawiającemu przysługuje prawo skorzystania z opcji.

2. Wynagrodzenie za usługi sieci dla nowych lokalizacji zostanie określone adekwatnie do wymaganych przez Zamawiającego parametrów sieci (minimalna wymagana przepustowość), zgodnie z miesięcznymi opłatami abonamentowymi określonymi w Specyfikacji Cen, stanowiącej Załącznik nr 5 do Umowy.

3. W celu skorzystania z prawa opcji Zamawiający przekaże Wykonawcy oświadczenie w formie pisemnej o zamiarze skorzystania z prawa opcji, podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, które to oświadczenie zostanie przesłane na adres e-mail Wykonawcy przez osoby wskazane do kontaktu z Wykonawcą, o których mowa w § 13 ust. 2 pkt 1 Umowy, w terminie do 14 tygodni przed końcem obowiązywania Umowy.

4. Realizacja przedmiotu Umowy w ramach prawa opcji będzie się odbywać na takich samych zasadach, jak zamówienia podstawowego.

5. Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w stosunku do Zamawiającego w przypadku, gdy Zamawiający z prawa opcji nie skorzysta. Realizacja przedmiotu Umowy objętego prawem opcji jest wyłącznie uprawnieniem Zamawiającego.

6. W zakresie realizacji zamówienia objętego prawem opcji postanowienia Umowy stosuje się odpowiednio.”.

Odwołujący wskazał także, że w poz. PU28 OPZ Zamawiający wskazał: *„Zamawiający w zastrzega sobie możliwość rozszerzenia zamówienia podstawowego o dodatkowe usługi WAN - w ramach Prawa opcji Zamawiający może uruchomić maksymalnie 5 nowych lokalizacji. Prawo opcji może być wykonane przez Zamawiającego w ramach jednego lub wielu zamówień w okresie obowiązywania umowy. Wykonawca zostanie powiadomiony pisemnie przez Zamawiającego na 7 dni przed wykonaniem prawa opcji.*

Wykonawca na zlecenie Zamawiającego w terminie 12 tygodni zainstaluje i skonfiguruje w sieci WAN nowe łącza dostępne o parametrach określonych w OPZ. Cena usługi sieci dla nowych lokalizacji zostanie określona adekwatnie do wymaganych przez Zamawiającego parametrów sieci zgodnie z cenami abonamentów określonych w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ na tych samych zasadach, jakie obowiązują dla zamówienia podstawowego. Uruchomienie nowych lokalizacji będzie uwzględniało warunki techniczne dla uruchomienia łączy posiadane przez Wykonawcę.”

Odwołujący wskazał także, że w Formularzu ofertowym oraz Tabeli nr 2 Załącznika nr 10 do SWZ (Formularz cenowy) Zamawiający przewidział, że wykonawca zaproponuje wycenę lokalizacji dodatkowych w ramach prawa opcji. Prawo opcji, jako część opisu przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać rzeczywiste możliwości świadczenia usług w przypadku, gdy Zamawiający będzie korzystał ze swoich uprawnień. W obecnym kształcie postanowień umowy i OPZ wykonawca jest zobowiązany wycenić możliwość skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w nowych lokalizacjach nie wiedząc, gdzie te lokalizacje będą umieszczone. Wykonawca ma wycenić usługi tylko mając do dyspozycji informację o przepustowości łącza.

Zdaniem odwołującego, prawidłowa wycena zamówienia w ramach prawa opcji nie jest w obecnym kształcie postanowień umowy i OPZ możliwa. Ani wykonawca ani zamawiający nie wie, gdzie będą świadczone usługi w ramach nowych lokalizacji. Może się okazać, że żądanie uruchomienia przez wykonawcę usług w nowym miejscu nie będzie możliwe do wykonania z uwagi na brak technicznych możliwości doprowadzenia łączy do nowego miejsca lub nowe lokalizacje będą się mieściły w takim miejscu, że koszt przeprowadzenia takich prac (nakładów inwestycyjnych) będzie niewspółmierny do wysokości wynagrodzenia wskazanego w ofercie etc. Inaczej będą bowiem kalkulowane koszty doprowadzenia infrastruktury do lokalizacji analogicznej do Kasprowego Wierchu a inaczej do lokalizacji w mieście. Konieczność wyceny tego typu lokalizacji będzie skutkowałą skalkulowaniem kosztów maksymalnych, mimo iż będą one przeszacowane jeżeli Zamawiający zdecyduje się uruchomić usługi w lokalizacji stosunkowo łatwo dostępnej. Realizacja usług w nowych lokalizacjach w sytuacji, gdy nie jest wiadome, gdzie będą one umiejscowione nie powinna zatem odbywać się w ramach prawa opcji tylko zmiany umowy. Wykonawca nie może ponosić całego ryzyka związanego z wyceną i uruchomieniem usług w miejscach, które nie są znane na etapie składania ofert.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z §3 ust. 3 umowy Zamawiający może złożyć oświadczenie o realizacji prawa opcji na 14 tygodni przed zakończeniem realizacji umowy. Jednocześnie obecnie wskazany w SWZ termin rozpoczęcia świadczenia usług to 12 tygodni. To oznacza, że wykonawca będzie zobowiązany uruchomić nową, dodatkową

lokalizację w ramach prawa opcji świadcząc usługi w skrajnym przypadku przez 2 tygodnie. Taki sposób rozliczania nie zagwarantuje wykonawcy nawet zwrotu kosztów jakie poniesie na uruchomienie lokalizacji.

W tej sytuacji, zdaniem odwołującego zasadne jest żądanie zmiany dokumentów zamówienia poprzez wykreślenie realizacji prawa opcji i wskazanie, że uruchomienie nowych lokalizacji nastąpi w ramach zmiany umowy i zostanie dokonane po poinformowaniu wykonawcy o dokładnej lokalizacji, w której mają być uruchomione dodatkowe usługi WAN oraz po potwierdzeniu technicznej możliwości świadczenia usług w nowej lokalizacji wraz z podaniem dokładnego terminu uruchomienia usług w nowej lokalizacji oraz wyceny przez wykonawcę usług w nowej lokalizacji. Wycena powinna uwzględniać wynagrodzenie wykonawcy z tytułu zestawienia łączny w dodatkowej lokalizacji poprzez wprowadzenie z tego tytułu opłaty instalacyjnej rozliczanej po podpisaniu protokołu odbioru usług oraz wynagrodzenia miesięcznego z tytułu świadczenia usług w nowej lokalizacji.

W kolejnej części odwołania odwołujący podniósł, że kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie narusza zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy.

Odwołujący podniósł, że w §7 ust. 1 pkt 1 umowy Zamawiający wskazał, że naliczy następującą karę umowną: „w przypadku niewykonania Umowy przez Wykonawcę, z przyczyn leżących po jego stronie - w wysokości 5% łącznego wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy”. Według odwołującego tak określona kara jest zbyt ogólna i rodzi dowolność interpretacyjną na etapie realizacji umowy. Zgodnie z ww. postanowieniem kara będzie naliczana za każdy przypadek „niewykonania” umowy niezależnie od rodzaju uchybienia. Tak samo karane będą zatem przypadki uchybień istotnych obowiązków umownych, jak i błahych/ pobocznych. W każdym przypadku zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 5% maksymalnego wynagrodzenia brutto. Biorąc pod uwagę fakt, że w pozostałych postanowienia umowy zamawiający zastrzegł kary umownej za konkretne przypadki naruszeń wprowadzanie dodatkowej kary i to tak ogólnie określonej jest niezasadne.

Odwołujący wskazał także, że w §7 ust. 1 pkt 4 umowy zamawiający zastrzegł, że „w przypadku zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usług w danej lokalizacji względem terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy - w wysokości 300% miesięcznego abonamentu brutto za łączne za każdy kolejny rozpoczęty tydzień zwłoki. Jeśli zwłoka przekroczy 3 tygodnie, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy”. Przedmiotowa kara została ustalona na poziomie nieadekwatnym w stosunku do naruszenia. Wskazane w ww. postanowieniu umowy uchybienie choć słusznie jest sankcjonowane karą, to jednak przewidziana w umowie sankcja nie powinna być wygórowana. 300% miesięcznego

abonamentu brutto za każde łącze za każdy tydzień zwłoki jest karą rażąco wygórowaną i prowadzi de facto do wzbogacenia Zamawiającego a nie ustanowienia środka dyscyplinującego wykonawcę. Zasadne jest obniżenie kary do 50% miesięcznego abonamentu brutto za każde łącze za każdy tydzień zwłoki - tak określona kara będzie zabezpieczała interesy Zamawiającego, ale jednocześnie nie będzie prowadziła do nadmiernej sankcji dla wykonawcy.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 2 czerwca 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie:

- a) zarzutu nr III.4. a odwołania, związanego z żądaniem IV.5. odwołania,
- b) zarzutu nr III.2. b odwołania, związanego z żądaniem IV.3. odwołania,
- c) zarzutu nr III.3. odwołania, związanego z żądaniem IV.4. odwołania.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 2 czerwca 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględnia zarzut nr III.2. a odwołania, który jest związany z żądaniem IV.2. odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że 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 ustawy Pzp stanowi, że:

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.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Art. 5 Kodeksu cywilnego stanowi, że Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 353¹ Kodeksu cywilnego stanowi, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego stanowi, że Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wdrożenie i migracja z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla IMGW-PIB.

Ustalono także, że zgodnie z rozdziałem V ust. 1 SWZ „Wykonawca będzie zobowiązany rozpocząć świadczenie usług w terminie 12 tygodni, licząc od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż w dniu, w którym wygaśnie umowa z dotychczasowym Wykonawcą, świadczącym na rzecz Zamawiającego usługi o tożsamym przedmiocie, jak usługi objęte przedmiotem zamówienia, tj. nie wcześniej niż w dniu 12 października 2022 r.". Analogiczne postanowienia dotyczące konieczności uruchomienia usług w terminie 12 tygodni zostały zawarte w Formularzu ofertowym, wzorze umowy oraz OPZ.

Ustalono także, że zgodnie z PU14 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ):

Dla lokalizacji kategorii 1-4, Wykonawca może zestawić tymczasowe, ale spełniające kryteria jakościowe i wydajnościowe łącza oparte na dostępie radiowym (w paśmie koncesjonowanym lub LTE) w celu realizacji zamówienia w wymaganym terminie. Łącza tymczasowe mogą być realizowane za pomocą tej samej usługi podkładowej, o ile Wykonawca zapewni połączenia do różnych punktów w infrastrukturze Wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek zastąpić łącza tymczasowe łączami docelowymi w terminie do 6 miesięcy od dnia uruchomienia łączy tymczasowych.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 11 do SWZ (wzór umowy) zamawiający wskazał:

§2

1. *Wykonawca zobowiązuje się rozpocząć świadczenie Usług w terminie 12 tygodni, licząc od dnia zawarcia Umowy, jednak nie wcześniej niż w dniu, w którym wygaśnie umowa z dotychczasowym wykonawcą świadczącym na rzecz Zamawiającego usługi o tożsamym przedmiocie, jak usługi objęte przedmiotem Umowy, tj. nie wcześniej niż w dniu 12 października 2022 r.*

4. *Wykonawca może zestawić tymczasowe, ale spełniające kryteria jakościowe i wydajnościowe, łącza oparte na dostępie radiowym (w paśmie koncesjonowanym lub LTE) w celu uruchomienia Usług w terminie określonym w ust. 1 powyżej, które później – w terminie do 6 miesięcy od dnia uruchomienia łączy tymczasowych – zastąpi łączem docelowym. W lokalizacjach Kasprowy Wierch, Śnieżka i Hala Gąsienicowa dopuszcza się pozostawienie łączy opartych na dostępie radiowym.*

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 11 do SWZ (wzór umowy) w §7 ust. 1 Zamawiający wskazał, że *Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia następujących kar umownych:*

4) *„w przypadku zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usług w danej lokalizacji względem terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy - w wysokości 300% miesięcznego abonamentu brutto za łącze za każdy kolejny rozpoczęty tydzień zwłoki. Jeśli zwłoka przekroczy 3 tygodnie, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy”.*

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie:

- a) zarzutu nr III.4. a odwołania, związanego z żądaniem IV.5. odwołania,
- b) zarzutu nr III.2. b odwołania, związanego z żądaniem IV.3. odwołania,
- c) zarzutu nr III.3. odwołania, związanego z żądaniem IV.4. odwołania.

(pkt 1a-c sentencji wyroku).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 2 czerwca 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr III.2. a odwołania, związanego z żądaniem IV.2. odwołania.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 2 czerwca 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględni ww. zarzut odwołania, zaś do postępowania odwoławczego w zakresie tych zarzutów nie przystąpił po stronie zamawiającego żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutów, podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie*

zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522. W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1d sentencji, odnośnie umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie omawianego zarzutu odwołania.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zdaniem Izby nie zostało wykazane, w okolicznościach danej sprawy, że określony przez zamawiającego termin na rozpoczęcia świadczenia usługi, to jest *12 tygodni od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż w dniu, w którym wygaśnie umowa z dotychczasowym wykonawcą, tj., nie wcześniej niż w dniu 12 października 2022 r.* był terminem naruszającym przepisy art. 99 ust. 1, 2, 4 w zw. z art. 16 Pzp, oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 KC.

Odwołujący w odwołaniu domagał się wydłużenia wskazanego terminu do minimum 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że odwołujący zdołał wykazać, iż wykonanie przez potencjalnego wykonawcę własnej infrastruktury światłowodowej w terminie 12 tygodni od dnia zawarcia umowy byłoby utrudnione. Z dowodu nr 1 (wyroku WSA w Warszawie z dnia 5 lutego 2022 r. sygn. akt: VI SA/WA 2392/19 *dotyczącego uchylecia decyzji w przedmiocie zezwolenia na zajęcie pasa drogowego*, złożony przez odwołującego na rozprawie) wynikało, jakie trudności mogą pojawić się w trakcie postępowania administracyjnego w przedmiocie wydania decyzji o zezwoleniu na zajęcia pasa drogowego. W świetle ww. dowodu, wnioskujący złożył wniosek o wyrażenie zgody na lokalizację przyłącza do budynku przy ul. Księcia Janusza w maju 2019 r. Organ administracyjny 11 lipca 2019 r. wydał niezgodną z prawem decyzję o odmowie zgody na lokalizację urządzenia, jednakże ta nielegalna decyzja została uchylona przez WSA w Warszawie dopiero 5 lutego 2020 r., a więc po upływie 9 miesięcy. Ponadto z wyroku tego wynikało, że sam organ administracyjny wydał decyzję w terminie dwóch miesięcy, pomimo że, w świetle przepisów, miał na to 30 dni.

Powyższe wynikało także z dowodu nr 2 - wydruku z systemu wewnętrznego odwołującego dotyczącego realizacji projektów inwestycyjnych budowy łączy w technologii

światłowodowej wskazanych w wydrukach, złożonego przez odwołującego na rozprawie. Jak wynikało z dowodu – w przypadku niektórych lokalizacji wykonanie przez odwołującego inwestycji polegającej na budowie łącza światłowodowego trwało dłużej niż 12 tygodni.

Powyższe ustalenia faktyczne okazały się jednak niewystarczające dla wykazania zasadności podnoszonego zarzutu.

Dostrzeżenia wymagało, że przedmiotem zamówienia było wdrożenie i migracja z obecnie wykorzystywanej sieci oraz utrzymanie w pracy operacyjnej sieci WAN dla zamawiającego. Nie ulegało także wątpliwości, że celem rozpoczęcia świadczenia usługi koniecznym było uruchomienie łączy w 84 lokalizacjach zamawiającego przy czym w każdej z lokalizacji miały być uruchamiane dwa łącza, co dawało 168 łączy.

Izba stwierdziła, że odwołujący w uzasadnieniu odwołania i sformułowanych w nim zarzutów pominął jednak szereg kluczowych okoliczności faktycznych wynikających z dokumentów zamówienia. Po pierwsze, w PU14 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ) zamawiający przewidział, że:

Dla lokalizacji kategorii 1-4, Wykonawca może zestawić tymczasowe, ale spełniające kryteria jakościowe i wydajnościowe łącza oparte na dostępie radiowym (w paśmie koncesjonowanym lub LTE) w celu realizacji zamówienia w wymaganym terminie. Łącza tymczasowe mogą być realizowane za pomocą tej samej usługi podkładowej, o ile Wykonawca zapewni połączenia do różnych punktów w infrastrukturze Wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek zastąpić łącza tymczasowe łączami docelowymi w terminie do 6 miesięcy od dnia uruchomienia łączy tymczasowych.

Kolejno Izba stwierdziła, w PU 12 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ) zamawiający przewidział, że:

W lokalizacjach należących do kategorii „3” Wykonawca zainstaluje łącza dostępowe 1 CE + 1 PE + Backup ” (jedno urządzenie CE podłączone łączem kablowym lub łączem radiowym w paśmie koncesjonowanym - podstawowym do jednego urządzenia PE Wykonawcy z dodatkowym łączem zapasowym w jednej z następujących technologii - DSL, xDSL, Metro Ethernet, FR, radiowe, LTE lub równoważnej). Łącze zapasowe ma być wykonane w innej technologii niż łącze podstawowe.

Zamawiający wymaga, aby łącze zapasowe było uruchamiane i umożliwiło transmisję niezwłocznie - nie dłużej niż w ciągu 90 sekund, po awarii łącza podstawowego.

Po trzecie, w pkt PU16 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ) zamawiający wskazał: „dopuszczenie transmisji radiowej w paśmie koncesjonowanym lub LTE dla łącza podstawowego i zapasowego w trzech lokalizacjach na terenie parków narodowych:

- *Kasprowy Wierch,*
- *Śnieżka,*
- *Hala Gąsienicowa*

gdzie obiektywne warunki uniemożliwiają instalację sieci w oparciu o łącza kablowe. W zakresie tych lokalizacji w przypadku, gdy Wykonawca zastosuje połączenie radiowe, przedstawi propozycje rozwiązań ograniczających ryzyko utraty łączności w przypadku złych warunków atmosferycznych.”.

Analiza przywołanych postanowień OPZ prowadziła do wniosku, że dla 3 lokalizacji zamawiającego, to jest Kasprowy Wierch, Śnieżka, Hala Gąsienicowa zamawiający dopuścił wykonanie wyłącznie łączy radiowych. Kolejno, dla 50 lokalizacji z kategorii 3 zamawiający dopuścił możliwość wykonania łączy wyłącznie w technologii radiowej. Po trzecie zaś, dla większości lokalizacji WAN (poza 7 ośrodkami centralnymi – określonymi w OPZ jako kategoria „0”, tj. Warszawa, Kraków, Gdynia, Wrocław, Poznań, Katowice, Białystok), w celu realizacji usług przez wykonawcę w wymaganym terminie (12 tygodni), dopuszczono realizację łączy tymczasowych w paśmie radiowym koncesjonowanym lub LTE. Po zrealizowaniu łączy tymczasowych wykonawca będzie miał jeszcze 6 miesięcy na zrealizowanie łączy docelowych w technologii kablowej. Zdaniem Izby, takie ukształtowanie warunków przedmiotu zamówienia oznaczało, że zamawiający w lokalizacjach kategorii 1-4 zapewnił wykonawcom de facto nie 12 tygodni, ale 9 miesięcy na wykonanie łączy docelowych w technologii kablowej. Nie było zaś sporne między stronami, że termin 9 miesięczny na wykonanie takich łączy jest z pewnością realny i możliwy do dotrzymania w obecnych uwarunkowaniach. Powyższe wynikało również z dowodu nr 4 złożonego przez samego odwołującego - wyciągów z dokumentacji przetargowych dla postępowań na analogiczny przedmiot zamówienia. Z dowodu wynikało, że w niektórych postępowaniach zamawiający przewidzieli wręcz krótszy termin niż 9 miesięcy na wybudowanie infrastruktury światłowodowej. Z pewnością zatem żądanie odwołującego odnośnie wydłużenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi dla lokalizacji kategorii 1-4 nie zasługiwało na uwzględnienie.

W tej sytuacji rozważania wymagało jedynie żądanie odwołującego odnośnie wydłużenia terminu rozpoczęcia realizacji usługi dla lokalizacji 0, dla których zamawiający nie przewidział możliwości rozpoczęcia realizacji usługi z wykorzystaniem łączy tymczasowych w pasmie radiowym koncesjonowanym lub LTE.

Tak jak wskazano wcześniej, Izba uznała za wykazane przez odwołującego, że wykonanie w tym terminie własnej infrastruktury światłowodowej połączonej z budową własnej kanalizacji byłoby znacznie utrudnione lub niemożliwe. Jednakże Izba wzięła pod

uwagę, że z żadnych postanowień SWZ nie wynikał wymóg, aby usługa była świadczona w lokalizacjach kategorii 0 przy pomocy własnej infrastruktury światłowodowej wykonawcy. Istniała zatem możliwość wydzierżawienia światłowodu od innego wykonawcy, dysponującego już w tych lokalizacjach własną infrastrukturą. Istniała także możliwość położenia własnego światłowodu w już istniejącej kanalizacji innego wykonawcy. Przy takim sposobie wykonania łączy odpadało zatem akcentowane przez odwołującego ryzyko związane z przedłużającymi się postępowaniami administracyjnymi związanymi z budową własnej kanalizacji, o którym wspominał w odwołaniu uzasadniając zarzut.

Odwołujący nie wykazał także, że przy skorzystaniu z omawianej ścieżki niemożliwe byłoby rozpoczęcie świadczenia usług w lokalizacjach kategorii 0 w terminie 12 tygodni od dnia zawarcia umowy. Odwołujący nie złożył Izbie żadnego dowodu na okoliczność ewentualnych trudności lub niemożliwych do pokonania kosztów wydzierżawienia infrastruktury lub położenia kabla w obcych studzienkach dla miast z lokalizacji kategorii 0. W trakcie rozprawy odwołujący jedynie głośłownie argumentował, że negocjacje co do wydzierżawienia światłowodu z Orange Hurt trwają minimum 2-3 miesiące i że podmiot ten wyraża zgodę na wydzierżawienie swej infrastruktury na okres co najmniej 12 miesięcy. Na tę okoliczność nie przedstawiono jednak żadnego dowodu. Izba przy wyrokowaniu wzięła pod uwagę również fakt, że lokalizacje z kategorii 0 obejmowały największe miasta w Polsce, to jest Warszawa, Kraków, Gdynia, Wrocław, Poznań, Katowice, Białystok. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że w lokalizacjach takich nasycenie infrastrukturą kanalizacyjną i światłowodową jest znacznie wyższe niż w mniejszych ośrodkach.

O tym, że rozpoczęcie świadczenia całej usługi, w tym również w lokalizacjach kategorii 0, w kwestionowanym terminie jest możliwe także dla odwołującego świadczył fakt, że odwołujący złożył ofertę zamawiającemu w postępowaniu z 2018 r., w którym przewidziano analogiczny termin i warunki rozpoczęcia realizacji usługi. Odwołujący wprawdzie wywodził, że skutek pandemii Covid-19 oraz zawirowań związanych wojną w Ukrainie w stosunku do 2018 r., wydłużyły się terminy dostawy urządzeń niezbędnych do rozpoczęcia realizacji usługi. Na tę okoliczność złożył dowód nr 5 - wydruk z potencjalnej oferty handlowej na możliwe do zaoferowania urządzenia jednego z producentów niezbędne do zbudowania infrastruktury koniecznej do świadczenia usług. Jednakże, jak wynikało z postanowień SWZ, zamawiający nie narzucił wykonawcom obowiązku użycia nowych urządzeń, celem rozpoczęcia świadczenia usługi. Możliwe było zatem zaoferowanie urządzeń używanych.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że zarzut okazał się chybiony.

Za niezasadne uznano zarzuty dotyczące wysokości kary umownej, o której mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy.

W §7 ust. 1 pkt 4 załącznika nr 11 do SWZ (wzór umowy) zamawiający wskazał, że przysługuje mu prawo do naliczenia karu umownej *„w przypadku zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usług w danej lokalizacji względem terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy - w wysokości 300% miesięcznego abonamentu brutto za łączę za każdy kolejny rozpoczęty tydzień zwłoki. Jeśli zwłoka przekroczy 3 tygodnie, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy”*.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji §7 ust. 1 pkt 4 umowy w następujący sposób: *„w przypadku zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usług w danej lokalizacji względem terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy - w wysokości 50% miesięcznego abonamentu brutto za łączę za każdy kolejny rozpoczęty tydzień zwłoki. Jeśli zwłoka przekroczy 3 tygodnie, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy”* (żądanie IV.6. odwołania).

Zdaniem odwołującego, sankcja ukształtowana na poziomie 300% miesięcznego abonamentu brutto za każde łączę za każdy tydzień zwłoki była karą rażąco wygórowaną i prowadzić miała de facto do wzbogacenia zamawiającego, a nie ustanowienia środka dyscyplinującego wykonawcę.

Stanowisko odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że przy założeniu, iż wysokość abonamentu za oba łączę w lokalizacji kształtować się będzie na poziomie 500 złotych, to kara umowna za każdy kolejny rozpoczęty tydzień zwłoki w rozpoczęciu świadczenia usługi w danej lokalizacji wyniesie ok. 1500 zł. Według Izby karę umowną w wysokości 1500 zł za tydzień zwłoki należało uznać za stosunkowo nieznaczną względem wartości całego zamówienia szacowanego na ok. 3 mln 100 tys. zł. i nie można było jej określać mianem wygórowanej. W szczególności, wbrew stanowisku odwołującego, kara umowna zastrzeżona na takim poziomie nie mogła zostać uznana za działanie antykonkurencyjne, czyli czynność, który sama przez się miałaby decydować o rezygnacji potencjalnego wykonawcy ze złożenia oferty. Po drugie, kara ta została przewidziana za poważne przewinienie, a mianowicie za zwłokę w rozpoczęciu realizacji usługi w danej lokalizacji, a więc uchybienie pozbawiające zamawiającego w ogóle możliwości korzystania z łączę w danej lokalizacji. Kara za tego rodzaju nienależyte wykonanie umowy musiała być zatem adekwatna do niewykonanego obowiązku kontraktowego. Wzięto również pod uwagę także zadania, jakie zamawiający zamierzał realizować przy pomocy zamawiających łączę, a więc zadania państwowej służby hydrologiczno-meteorologicznej. Przy tego rodzaju

zadaniach zamawiający nie może pozwolić sobie na znaczne ryzyko nieuruchomienia usługi w którejkolwiek lokalizacji. Podkreślenia wymagało również, że sporna kara umowa została przewidziana za zwłokę, a zatem jedynie za okoliczności zawinione przez wykonawcę. Okoliczności niezależne od wykonawcy nie będą więc stanowiły podstawy nałożenia takiej kary umownej. Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę okoliczność, że zamawiający przewidział w postanowieniach wzoru umowy łączny górny limit wszystkich kar umownych nakładanych na wykonawcę w wysokości 30 % kontraktu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono żadnych naruszeń Pzp, co skutkowało oddaleniem tej części odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei

w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: