

**Sygn. akt: KIO 2607/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Naczelną Dyрекcję Archiwów Państwowych w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2607/20 po stronie Odwołującego,

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania sieci WAN* (znak postępowania: BDG-WO.261.5.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2020 r. pod numerem 2020/S 190-459212.

W dniu 12 października 2020 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim Zamawiający w ust. III pkt 1 ppkt 1 i 2 części II SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia [dalej „OPZ”] wskazał, że wykonanie Usługi Wdrożenia WAN w 10 LAP (w tym w LCAP) ma nastąpić w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a od 4 miesiąca obowiązywania umowy wykonawca musi wykonać usługę wdrożenia WAN średnio w min. 4 LAP miesięcznie, zaś w pkt. 16.3.2. SIWZ Zamawiający przewidział kryteria oceny ofert „*Termin wykonania usługi wdrożenia WAN dla LCAP i 5 pierwszych LAP*” i „*Termin wykonania usługi wdrożenia WAN dla pozostałych lokalizacji*” nie wskazując jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie terminu, jaki może w tych kryteriach zaoferować wykonawca, co powoduje, że ze względu na wskazaną rozbieżność wykonawca nie wie, jak traktować terminy wdrożenia przewidziane w OPZ, w sytuacji, gdy okaże się, że ust. III pkt 1 pkt 1 i 2 OPZ celowo wskazano maksymalne terminy wdrożenia Usługi art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie w ust. III pkt 1 ppkt 1 i 2 OPZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i ograniczający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim Zamawiający określił zbyt krótki termin na wykonanie usługi wdrożenia WAN, gdyż termin 3 miesięcy (dla 10 LAP w tym LCAP) (i później kolejnych LAP ze średnią 4 na miesiąc) jest terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę zakres czynności, jakie musi wykonać wykonawca;
2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga zapewnienia określonej przepływności łącza (200 Mbps lub 1000 Mbps) nie wskazując

wielkości narzutu związanego z szyfrowaniem, w sytuacji gdy w ust. IV pkt 12 ppkt 3 lit. c) OPZ wskazano, że „narzut związany z szyfrowaniem nie będzie wliczany do mierzonego pasma”, a w konsekwencji przenoszenie na Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności od niego niezależne ze względu na brak informacji w SIWZ na temat wielkości, rodzaju i struktury przesyłanych danych, a co za tym idzie wielkości narzutu, jaki powinien zostać uwzględniony na etapie konfigurowania łącza o określonej przepustowości,

3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający nie wyjaśnił relacji pomiędzy ust. IV pkt 12 ppkt 4 lit. k) i l) oraz ust. III pkt 6 ppkt 4) OPZ w zakresie zapewnienia łącza zastępczego oraz wymaga od wykonawcy zapewnienia łącza zastępczego w przypadku awarii trwającej ponad 24 godziny,

4. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający w § 3 ust. 18, 19 i 20 części III SIWZ - Projekt Umowy [dalej „Umowa”] wymaga przeprowadzenia testów akceptacyjnych pomiędzy urządzeniami pomiarowymi podpiętymi w lokalizacjach LAP i LCAP, w sytuacji gdy taki sposób wykonywania pomiarów przenosi na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności i elementy od niego niezależne i będzie prowadził do nieobiektywnych wyników, w dużej mierze zależnych od Zamawiającego,

5. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający w § 3 ust. 21 Umowy wymaga przeprowadzenia nieadekwatnej do wymagań procedury testowej z pomiarem na łączu końcowym w konkretnej LAP, w sytuacji gdy taki sposób wykonywania pomiarów przenosi na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności i elementy od niego niezależne i będzie prowadził do nieobiektywnych wyników, w dużej mierze zależnych od Zamawiającego,

6. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim Zamawiający w § 3 ust. 28 pkt 3) Umowy wskazał, że warunkuje dokonanie odbioru szkolenia użytkownika i konfiguracji Usługi WAN, szkolenia użytkownika SM oraz konfiguracji WAN dostarczeniem przez Wykonawcę m.in.

wypełnionych przez uczestników ankiet oceny szkolenia, przy czym średnia ocen wynosić musi co najmniej 3,5,

7. art. 22 ust. 1b w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.2.2. lit. d) SIWZ w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji w zakresie w jakim Zamawiający narzuca wykonawcy konkretne rozwiązanie - urządzenia Fortinet i wymaga wykazania się dysponowaniem osobą posiadającą certyfikat Fortinet Fortinet NetWork Security Expert bez względu na to, jakie urządzenia (jakiego producenta) zaoferuje wykonawca,

8. art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie części III SIWZ - Projekt Umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) nie określono maksymalnej wysokości kar umownych, do których zapłaty zobowiązany może być Wykonawca;

b) przewidziano w § 11 Umowy kary umowne za okoliczności niezawinione przez wykonawcę (w tym za opóźnienie zamiast za zwłokę),

c) Zamawiający nie wprowadził w § 11 Umowy procedury reklamacyjnej, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń co do zasadności nałożenia kar umownych lub odszkodowania oraz ich wysokości, a także usunięcie naruszeń przed ich nałożeniem.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, poprzez:

1. zmianę ust. III pkt 1 ppkt 1 i 2 OPZ w następujący sposób: *„Przy sporządzaniu HRPZ Wykonawca uwzględni następujące wymagania:*

1) wykonanie Usługi Wdrożenia WAN w 10 LAP (w tym w LCAP) w terminie ... (wg oferty Wykonawcy) miesięcy od dnia zawarcia Umowy;

2) wykonanie Usługi Wdrożenia WAN począwszy od miesiąca obowiązywania Umowy następującego po okresie, o którym mowa w ppkt 1 powyżej, w takiej liczbie LAP, aby średnia wykonanych Usług Wdrożenia WAN w LAP liczona na koniec każdego miesiąca wynosiła nie mniej niż cztery LAP w miesiącu”,

ewentualnie, jeżeli intencją Zamawiającego było wprowadzenie w OPZ maksymalnego terminu wykonania Usługi Wdrożenia WAN

zmianę ust. III pkt 1 i 2 OPZ w następujący sposób: *„Przy sporządzaniu HRPZ Wykonawca uwzględni następujące wymagania:*

1) wykonanie Usługi Wdrożenia WAN w 10 LAP (w tym w LCAP) maksymalnie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;

2) wykonanie Usługi Wdrożenia WAN począwszy od miesiąca obowiązywania Umowy następującego po okresie, o którym mowa w ppkt 1 powyżej, w takiej liczbie LAP, aby średnia wykonanych Usług Wdrożenia WAN w LAP liczona na koniec każdego miesiąca wynosiła nie mniej niż cztery ŁAP w miesiącu”,

2. o wykreślenie ust. IV pkt 12 ppkt 3 lit. c) OPZ, który stanowi, że „naruszenie z szyfrowaniem nie będzie wliczany do mierzonego pasma” oraz uzupełnienie OPZ o wskazanie wymaganych prędkości dostępowych po uwzględnieniu narzutu na szyfrowanie;

3. wykreślenie ust. IV pkt 12 ppkt 4 lit. k) i l) OPZ,

ewentualnie

wykreślenie ust. IV pkt 12 ppkt 4 lit. k) OPZ i modyfikację ust. IV pkt 12 ppkt 4 lit. l) OPZ poprzez wskazanie, że „W przypadku usuwania Awarii trwającej dłużej niż 24 godziny wykonawca zapewni możliwość automatycznej awaryjnej realizacji usługi (backup) podczas Awarii wykorzystując wskazane przez Zamawiającego i należące do niego łącza internetowe, które będą na stałe podłączone do dodatkowego interfejsu na urządzeniach CPE.”;

4. wykreślenie z § 3 ust. 28 pkt 3) Umowy fragmentu o brzmieniu: „(...) przy czym średnia ocen uwidoczonych w ankietach oceny szkolenia wynosić musi co najmniej 3,5”;

5. wykreślenie § 3 ust. 21 Umowy,

ewentualnie

modyfikację OPZ poprzez jednoznacznie wskazanie, że pomiar będzie wykonywany w punkcie styku pomiędzy WAN a siecią Internet, czyli zgodnie z ust. IV pkt 15 ppkt 2 lit c) OPZ;

6. zmianę § 3 ust. 18, 19 i 20 Umowy w zakresie sposobu przeprowadzania testów w ten sposób, iż testy pomiędzy urządzeniami pomiarowymi podpiętymi w lokalizacji LAP i niezależnym, nieobciążonym łączem Wykonawcy;

7. zmianę pkt 6.1.2.2. lit. d) SIWZ poprzez wskazanie, że warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie min. 1 osobą, która posiada potwierdzoną certyfikatem równoważnym do poziomu Fortinet, Fortinet NetWork Security Expert NSE 8 znajomość konfigurowania urządzeń tego producenta, którego rozwiązanie wykonawca będzie dostarczał w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, wraz ze wskazaniem kryteriów oceny równoważności certyfikatu;

8. wprowadzenie do Umowy następujących zmian:

a) wprowadzenie do §11 Umowy limitu kar umownych i odszkodowań przewidzianych w Umowie do łącznej wysokości 50% wynagrodzenia netto należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy;

b) modyfikację §11 Umowy poprzez wskazanie, że kary umowne należą się Zamawiającemu za zwłokę, a nie za opóźnienie oraz dodanie postanowienia, że wykonawca ponosi

odpowiedzialność jedynie za okoliczności będące skutkiem jego działania lub zaniechania,  
c) wprowadzenie do §11 Umowy postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych lub odszkodowań przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz odniesienie się przez Wykonawcę do podanych przez Zamawiającego podstaw naliczenia kar umownych lub odszkodowań.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 16 października 2020 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego, który stał się tym samym jego uczestnikiem.

W dniu 26 października 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 1 oraz 3 – 8 *petitum* odwołania. Przedmiotowe pismo zostało podpisane przez osobę upoważnioną do działania w imieniu Zamawiającego.

Pismem z dnia 3 listopada 2020 r. Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty i żądania odwołania z dnia 12 października 2020 r., które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, 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 części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 t.j.).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....