

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Ernest Klauziński
Aleksandra Kot**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **4 i 19 sierpnia 2022 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **18 lipca 2022 r.**

przez wykonawców:

- A. T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący T-Mobile”] – sygn. akt KIO 1889/22**
- B. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący Netia”] – sygn. akt KIO 1891/22**
- C. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący Orange”] – sygn. akt 1904/22**

w postępowaniu pn.: *Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.* (nr CZ.26.408.2022.DC)

prowadzonym przez zamawiającego: **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [„Zamawiający”]**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących się:

- A. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1889/22**
- B. T-Mobile S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1891/22**
- C. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

- 1) w sprawie o sygn. akt KIO 1889/22 – zarzutów z pkt III pkt 2. lit. a), f), g) i żądań z pkt IV pkt 4., 5., 10., 11. petitum odwołania wycofanych przez Odwołującego T-Mobile,**

- 2) w sprawie o sygn. akt KIO 1891/22 – zarzutów z pkt 1. lit. b, pkt 2. lit. a), pkt 4. lit. a) i żądań z pkt 2), 3), 14) petitum odwołania wycofanych przez Odwołującego Netię,
 - 3) w sprawie o sygn. akt KIO 1904/22 – zarzutów z pkt 1. lit. c), d), pkt 2. lit. a), b), pkt 3., pkt 4. i żądań z pkt 3), 4), 5), 6), 7) petitum odwołania wycofanych przez Odwołującego Orange.
2. Uwzględnia odwołania w takim zakresie, że stwierdza naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) przez brak przewidzenia w opisie przedmiotu zamówienia (warunkach umowy), że skorzystanie przez niego z Opcji Nowych Lokalizacji prowadzące do wskazania nowej Lokalizacji, dla której koszt doprowadzenia usługi sieci WAN_PP i zainstalowania urządzeń CE przekracza wysokość zryczałtowanej Opłaty Instalacyjnej ograniczonej do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia (abonamentu), co wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c tej ustawy, stąd nakazuje dokonanie stosownej zmiany warunków tego zamówienia.
 3. Oddala odwołania w pozostałym zakresie.
 4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1889/22 obciąża Odwołującego T-Mobile w 4/5 a Zamawiającego w 1/5 i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego T-Mobile tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego T-Mobile kwotę 840 zł 00 gr (słownie: osiemset czterdzieści złotych zero groszy) jako rozliczenie poniesionych i należnych kosztów, w tym uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgłoszonych przez obie strony,
 5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1891/22 obciąża Odwołującego Netię w 16/17 a Zamawiającego w 1/17 i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Netię tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Odwołującego Netii na rzecz Zamawiającego kwotę 2268 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) jako rozliczenie poniesionych i należnych kosztów, w tym uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgłoszonych przez obie strony.

6. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1904/22 obciąża Odwołującego Orange w $\frac{3}{4}$ a Zamawiającego w $\frac{1}{4}$ i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Orange tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1950 zł 00 gr (słownie: tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) jako rozliczenie poniesionych i należnych kosztów, w tym uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgłoszonych przez obie strony.

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

Uzasadnienie

{KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22}

Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Poczta Polska” lub „Zamawiający} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, ustawa PZP”, „pzp”, „Pzp”, „PZP”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.* (nr CZ.26.408.2022.DC).

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

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

{KIO 1889/22}

18 lipca 2022 r. T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „T-Mobile”, „Odwołujący” lub „Odwołujący T-Mobile”} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ”} obowiązującej w powyższym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych):

1. Art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim wskazano, że: *Dla Lokalizacji posiadających więcej niż jedno łącze, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy w danej lokalizacji od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji* (ust. 5 rozdziału 6 OPZ), *W przypadku wystąpienia Awarii Masowej czterokrotność jej czasu trwania będzie doliczana do Czasu usuwania Awarii dla każdego łącza objętego Awarią Masową oraz będzie uwzględniana przy wyliczeniu dostępności miesięcznej i rocznej* (ust. 6 rozdziału 6 OPZ), *gwarancja ciągłości dostępności usługi transmisji danych dla danej Lokalizacji i utrzymania sieci dla Lokali od kategorii T0 do T8 parametry SLA i QoS mają być liczone dla każdego łącza z osobna* (pkt 11.3 OPZ rozdziału 6 OPZ), *Bonifikata roczna wyliczana jest niezależnie od Bonifikaty miesięcznej dla danej lokalizacji, jej wysokość wynikająca z tytułu niedotrzymania rocznego parametru dostępności usługi nie przekroczy sumarycznej wartości rocznej opłaty abonamentowych za dane łącze*

(ust. 12 rozdziału 6 OPZ).

2. Art. 353¹ Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”} w zw. z art. 5 kc oraz art. 487 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez sporządzenie wzoru umowy w sposób uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w:
 - a) § 12 ust. 3, 7 i 17 umowy określono, że kary umowne i bonifikaty za to samo zdarzenie mogą być kumulowane: *W przypadku Awarii, w wyniku której dla danej Lokalizacji przestaną być świadczone Usługi w związku z jednoczesną niedostępnością łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T4, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 20% miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, za każdą rozpoczętą godzinę niedostępności łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T4. Łączna wysokość kar z tytułu powyższych zapisów nie przekroczy 2% (dwóch procent) maksymalnej wysokości wynagrodzenia brutto określonej w 510 ust. 1 Umowy, W przypadku, gdy dla danej Lokalizacji wysokość bonifikat udzielanych zgodnie z postanowieniami Rozdziału 6 OPZ w dwóch następujących po sobie miesiącach przekroczy 50% miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w następującej wysokości odpowiadającej kategorii łącza w tej Lokalizacji (...); Celem uniknięcia wątpliwości, wykonanie przez Zamawiającego prawa do żądania kar umownych jest niezależne od prawa do bonifikat pomniejszających wysokość Wynagrodzenia za Usługi. Kary opisane w ust. 3 i 7 zostaną pomniejszone o bonifikaty dotyczące odpowiednio dostępności miesięcznej w zakresie ust. 3 i bonifikaty dostępności miesięcznej, bonifikaty dotyczące liczby awarii i bonifikaty jakościowe w zakresie ust. 7;*
 - b) § 7 ust. 10 umowy określono, że *Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 11 może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż sześćdziesiąt (60) dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni.*

- c) w §7 umowy zaniechano doprecyzowania, że realizacja zamówienia w ramach prawa opcji w zakresie nowych lokalizacji będzie uzgodniona z wykonawcą, który potwierdzi techniczne możliwości świadczenia usług w danej nowej lokalizacji, a w przypadku braku takich warunków lub w przypadku, gdy uruchomienie nowej lokalizacji byłoby niewspółmierne pod względem kosztów, co wykonawca powinien Zamawiającemu wykazać prawo opcji nie będzie wykorzystane lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łączy wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łączy;
- d) w § 8 ust. 1 lit. a umowy określono, że: *Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie obowiązywania Umowy: a. Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 30% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy (w zw. z art. 433 pkt 4);*
- e) w § 8 ust. 3 umowy określono, że: *„Dla uniknięcia wątpliwości skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w ust. 1 nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku realizacji przedmiotowego uprawnienia łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 50% Wartości Umowy” (w zw. z art. 433 pkt 4);*
- f) w § 13 ust. 3 umowy określono, że: *W przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach, Zamawiający ma prawo do rozwiązania Umowy w całości lub w części. Okres wypowiedzenia wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec miesiąca kalendarzowego. Z tego uprawnienia Zamawiający może skorzystać wielokrotnie w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne ze względu na potrzebę zastosowania*

się przez Zamawiającego do obowiązków określonych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa po zmianie (w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp);

- g) w § 3 ust. 1 1 umowy określono, że „Dla łączy kategorii T5-T7 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na okres do 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej niż wymagana przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami OPZ Rozdział 3. W przypadku gdy po upływie okresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, Wykonawca nadal świadczy usługi w danej Lokalizacji za pomocą łączy niższej kategorii (łączy tymczasowych), Wykonawcy nie przysługuje Wynagrodzenie za Usługi świadczone dla tej Lokalizacji. W takiej sytuacji Zamawiający może naliczyć karę umowną zgodnie z 5 12 ust. 1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian treści SWZ:

1. Zmiany ust. 5 i 6 rozdziału 6 OPZ polegającej na wskazaniu, że bonifikaty nie będą liczone w odniesieniu do każdego łącza z osobna w danej Lokalizacji, a będą nakładane w przypadku braku usług w danej Lokalizacji w ogóle (za wyjątkiem Tabeli nr 5 rozdziału 6 OPZ).
2. Wykreślenia pkt 11.3 rozdziału 6 OPZ.
3. Zmiany brzmienia ust. 12 rozdziału 6 OPZ na następujące: *Bonifikata roczna wyliczana jest niezależnie od Bonifikaty miesięcznej dla danej lokalizacji, jej wysokość wynikająca z tytułu niedotrzymania rocznego parametru dostępności usługi nie przekroczy sumarycznej wartości rocznej opłaty abonamentowych za daną lokalizację.*
4. Wykreślenia § 12 ust. 3 i 7 umowy oraz zmiany § 12 ust. 17 umowy polegającej na wskazaniu, że za wystąpienie tego samego zdarzenia kary umowne i bonifikaty nie będą podlegały kumulacji, tzn. Zamawiający będzie naliczać albo kary umowne, albo bonifikaty.
5. Doprecyzowania w § 12 ust. 16 umowy, że ustalony limit dotyczy również bonifikat.
6. Określenia, że obecnie obowiązujący § 7 ust. 10 umowy dotyczy Opcji Zmiany Przepustowości oraz Opcji Zmiany Kategorii oraz dodania do postanowień umowy § 7 ust. 10 w następującym brzmieniu: *W przypadku Opcji Nowych Lokalizacji Zamawiający może skorzystać z opcji w tym zakresie w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 11 może zostać złożone nie później niż na dwanaście (12) miesięcy przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy*

niż sześć (6) miesięcy od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11.

7. Doprecyzowania w § 7 umowy, że realizacja zamówienia w ramach prawa opcji w zakresie nowych lokalizacji będzie uzgodniona z wykonawcą, który potwierdzi, że skorzystanie z prawa opcji może nastąpić, jeżeli wykonawca potwierdzi techniczne możliwości świadczenia usług w danej nowej lokalizacji, a w przypadku braku takich warunków lub w przypadku, gdy uruchomienie nowej lokalizacji byłoby niewspółmierne pod względem kosztów, co wykonawca powinien Zamawiającemu wykazać – prawo opcji nie będzie wykorzystane lub Zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łączy wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łączy.
8. Zmiany brzmienia § 8 ust. 1 lit. a umowy na następujące: *Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 5% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od TO do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 5% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy.*
9. Zmiany brzmienia § 8 ust. 3 umowy na następujące: *Dla uniknięcia wątpliwości skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w ust. 1 nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku realizacji przedmiotowego uprawnienia łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 85% Wartości Umowy.*
10. Zmiany brzmienia § 13 ust. 3 umowy na następujące: *W przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach, Zamawiający ma prawo do rozwiązania Umowy w całości lub w części. Okres wypowiedzenia wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec miesiąca kalendarzowego. Z tego uprawnienia Zamawiający może skorzystać wielokrotnie w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne ze względu na potrzebę zastosowania się przez Zamawiającego do obowiązków określonych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa po zmianie. Zamawiający gwarantuje, że ww. wypowiedzenie w całości lub w części Umowy nie będzie złożone wcześniej niż po upływie 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług.*
11. Zmiany § 3 ust. 11 umowy na następujące: *Dla łączy kategorii T5-T7 Zamawiający*

dopuszcza uruchomienie łączы tymczasowych, na okres do 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączы w kategorii niższej niż wymagana przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami OPZ Rozdział 3. W przypadku gdy po upływie okresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, Wykonawca nadal świadczy usługi w danej Lokalizacji za pomocą łączы niższej kategorii (łączы tymczasowych), Zamawiający może naliczyć karę umowną zgodnie z § 12 ust. 1.

W uzasadnieniu odwołania następująco przedstawiono okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę:

(...)

I. W związku z brzmieniem art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, aktualny pozostaje dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczący art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

1. W powyższym zakresie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-09-11, KIO 1786/14*

„Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Zgodnie z 29 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak wysokie wymagania w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem.”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-05-18, KIO 897/15*

„Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ

na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.”

2. Ponadto, również w myśl art. 16 ustawy Pzp, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowywać zasadę proporcjonalności.

II. Zarzut dotyczący zakresu odpowiedzialności za awarie.

1. W ramach Rozdziału 6 OPZ Zamawiający przewidział bardzo rozbudowany system bonifikat za brak dostępności świadczonych usług, w tym Zamawiający określił, iż zamierza badać:

- a. SLA w skali roku;
 - b. SLA w skali miesiąca;
 - c. Liczbę awarii w ciągu kwartału;
 - d. SLA na czas reakcji i usunięcia awarii;
 - e. SLA dla czasu opóźnienia w obu kierunkach - RTD;
 - f. SLA dla utraty pakietów – PLR;
 - g. SLA dla parametru zmienności opóźnienia pakietów - jitter
- (por. tabele 2-8 Rozdziału 6 OPZ)

2. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że SLA oraz bonifikaty będą liczone w odniesieniu do każdego łącza w ramach lokalizacji:

„Dla Lokalizacji posiadających więcej niż jedno łącze, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy w danej lokalizacji od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji” (ust. 5 Rozdziału 6 OPZ),

„W przypadku wystąpienia Awarii Masowej czterokrotność jej czasu trwania będzie doliczana do Czasu usuwania Awarii dla każdego łącza objętego Awarią Masową oraz będzie uwzględniana przy wyliczeniu dostępności miesięcznej i rocznej” (ust. 6 Rozdziału 6 OPZ),
gwarancja ciągłości dostępności usługi transmisji danych dla danej Lokalizacji i utrzymania

sieci „dla Lokali od kategorii TO do T8 parametry SLA i QoS mają być liczone dla każdego łącza z osobna” (pkt 11.3 OPZ Rozdziału 6 OPZ)

3. Potwierdzenie powyższego znalazło się w zastrzeżeniu w ust. 12 Rozdziału 6 OPZ pod Tabelą nr 2: „Bonifikata roczna wyliczana jest niezależnie od Bonifikaty miesięcznej dla danej lokalizacji, jej wysokość wynikająca z tytułu niedotrzymania rocznego parametru dostępności usługi nie przekroczy sumarycznej wartości rocznej opłaty abonamentowych za dane łącze”.

4. Należy wskazać, że w Załączniku nr 2 do umowy zostało wskazanych 4772 lokalizacje, do każdej z których została przypisana kategoria łącza od TO-T8.

5. Stosownie do ust. 3 Rozdziału 1 OPZ:

„3. Sieć WAN Poczty Polskiej będzie zrealizowana w oparciu o klasy usług transmisji danych:

3.1. dla kategorii TO-T4 – łącza symetryczne (podstawowe i zapasowe)

(...)

3.2. dla kategorii T5 – łącza symetryczne (podstawowe) i asymetryczne (zapasowe),

(...)

3.3. dla kategorii T6-T8 - łącza asymetryczne (podstawowe i zapasowe)

(...)”

6. Biorąc pod uwagę ilość kategorii SLA, w tym badanie SLA w skali roku, miesiąca, liczbę awarii, jak również mając na uwadze ilość lokalizacji, w których będzie świadczona usługa w tym również, że każda lokalizacja ma łącza podstawowe i zapasowe całkowicie nieuzasadnione oraz nadmierne jest wprowadzanie bonifikat w odniesieniu do każdego łącza z osobna.

7. Skoro w ramach usługi operator ma zapewnić łącza podstawowe oraz zapasowe, to ewentualny brak dotrzymania parametrów SLA i skorelowana z tym odpowiedzialność finansowa w postaci bonifikat powinny być weryfikowane dopiero w przypadku, gdy w danej lokalizacji spadek parametrów lub brak dostępności usług będzie dotyczył dwóch łączy. Przykładowo, awaria łącza podstawowego uruchamia konieczność świadczenia usług po łączu zapasowym. Wykonawca jest odpowiedzialny za usunięcie nieprawidłowości w działaniu łącza podstawowego w odpowiednim terminie, ale usługa transmisji jest dostępna w związku z 100% działaniem łącza zapasowego. W takim przypadku bonifikata za brak dostępności łącza podstawowego nie powinna być naliczana. Analogicznie w przypadku spadku parametrów, gdy usługa jest świadczona zgodnie z OPZ po łączu zapasowym. Wykonawca po to ma obowiązek zestawić w lokalizacji łącza podstawowe, jak i zapasowe, aby zapewnić ciągłość świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, jak również ich odpowiednie parametry. Dopiero brak dostępności łącza zarówno podstawowego jak i zapasowego (tub brak dotrzymania parametrów dla obu tych łączy) powinien skutkować obniżeniem SLA rocznego, miesięcznego czy dopuszczalnej ilości

awarii w skali 3 miesięcy (Tabela 2-4 Rozdziału 6 OPZ) etc. i ewentualnym naliczaniem z tego tytułu. Jednocześnie, wykonawca nie neguje uprawnień Zamawiającego do egzekwowania terminowego usuwania nieprawidłowości np. na łączu podstawowym (np. czas reakcji na zgłoszoną usterkę – Tabela 5 Rozdziału 6 OPZ).

8. Obecnie ukształtowanie odpowiedzialności prowadzi do karania wykonawcy nawet w sytuacji, gdy usługa jest dostępna po łączu zapasowym bez uszczerbku dla interesu Zamawiającego, a wykonawca niezwłocznie usunie awarię na łączu podstawowym.

9. W konsekwencji, zasadne będzie wykreślenie §12 ust. 3 umowy. Zgodnie z tym postanowieniem „W przypadku Awarii, w wyniku której dla danej Lokalizacji przestaną być świadczone Usługi w związku z jednoczesną niedostępnością łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T4, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 20% miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, za każdą rozpoczętą godzinę niedostępności łącza podstawowego i łącza zapasowego dla kategorii T0-T4.”. Jak było bowiem wskazane brak dostępności jednego z łączy w lokalizacji w dalszym ciągu gwarantuje Zamawiającemu świadczenie usługi – taki jest cel zapewnienia łącza zapasowego. Dopiero brak dostępności dwóch łączy powinien skutkować naliczeniem bonifikat określonych w OPZ. Zastrzeżona kara umowna stanowi w istocie dodatkową karę finansową nakładaną na wykonawcę (oprócz bonifikat opisanych w OPZ), co stanowi przypadek karania wykonawcy za wystąpienie tego samego zdarzenia – bonifikaty określone w OPZ dla każdego łącza osobna oraz dodatkowo omawiana kara umowa.

III. Możliwość kumulacji kar umownych i bonifikat.

(...)

IV. Limit odpowiedzialności wykonawcy powinien dotyczyć również bonifikat.

(...)

V. Termin realizacji zamówienia z prawa opcji.

Zgodnie z § 7 ust. 10 umowy:

„Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 11 może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż sześćdziesiąt (60) dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni.”

2. Odnosząc się do tak sformułowanego postanowienia należy przede wszystkim wskazać,

że określone terminy 60 dni/ 90 dni realizacji prawa opcji w odniesieniu do przypadku, gdy Zamawiający będzie zlecał utworzenie nowych lokalizacji (§7 ust. 3 umowy) są nierealne.

3. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Termin realizacji 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 (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2017, sygn. akt: KIO 1488/17).

4. Zamawiający określił termin realizacji zamówienia w odniesieniu do skorzystania z Opcji Nowych Lokalizacji w sposób nieadekwatny i nieuwzględniający wszystkich wymagań związanych z przygotowaniem oferty:

a. Wskazując, że usługi w tym zakresie powinny zostać wykonane w terminie zaledwie 60 dni od dnia złożenia przez Zamawiającego oświadczenia lub na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni,

b. Oraz w konsekwencji określenie w odniesieniu do Opcji Nowych Lokalizacji nieadekwatnego terminu możliwości złożenia oświadczenia o skorzystaniu z tego prawa ustalonego na 4 miesiące przed zakończeniem realizacji umowy.

5. Przewidziany przez Zamawiającego okres na uruchomienie usług w nowej lokalizacji w ramach prawa opcji jest okresem zbyt krótkim, zważywszy na zakres prac jakie należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usługi.

6. Główne wymagania, które wpływają na okoliczność, że termin jest rażąco krótki, to:

a. konieczność wybudowania łączu w nowej lokalizacji a tym samym konieczność uzyskania stosownych zgód i zezwoleń oraz konieczność uwzględnienia czasu trwania procedur administracyjnych;

b. konieczność zapewnienia sprzętu sieciowego niezbędnego do świadczenia usług zgodnie z OPZ - nawet w „standardowych” okolicznościach dostawy tego rodzaju sprzętu to okres co najmniej 3-4 miesięcy, a obecnie z powodu pandemii COVID-19, wojny w Ukrainie oraz w związku z brakiem dostępności podzespołów na rynku terminy dostaw sprzętu są mocno wydłużone. Co więcej wedle wiedzy Odwołującego z uwagi na zwiększoną konsumpcję i stale utrzymujące się problemy z zaopatrzeniem i częściami do urządzeń brak

jest perspektyw na polepszenie tej sytuacji;

c. konieczność przeprowadzenia testów poprawności dla łączy w nowej lokalizacji.

7. W celu przygotowania do świadczenia usług transmisji danych operator telekomunikacyjny potrzebuje okresu przygotowawczego w celu realizacji prac niezbędnych do świadczenia wymienionych usług.

8. Budowa łączy telekomunikacyjnych i uruchomienie usługi 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 jest bardzo czasochłonnym procesem, który wymaga uzyskania zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy.

9. 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. Tak m.in. również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011 r., sygn. KIO 2124/11: „Izba z oczywistych względów przyznała rację odwołującemu, że wyznaczony czas na aktywację usługi musi uwzględniać również inne uwarunkowania uzyskanie koniecznych decyzji administracyjnych: na zajęcie pasa drogowego, przydziału częstotliwości radiowej, czy uzgodnień kolizyjnych sieci uzbrojenia terenu.”

10. W celu przygotowania do świadczenia usług w nowej lokalizacji, 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).

11. Powyższą argumentację potwierdza również orzecznictwo: „W ocenie Zespołu Arbitrów

kluczowe znaczenie dla odpowiedzi na tak sformułowane pytanie ma treść opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26.01.2006r. wydanej w odpowiedzi na pytanie skierowane przez Prezesa UZP. Z treści tej opinii jednoznacznie wynika, iż określenie wspomnianego terminu [termin rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi – przyp. wł.] przy uwzględnieniu skali przedsięwzięcia oraz uwarunkowań technicznych oraz organizacyjnych świadczenia usługi, stanowi barierę uniemożliwiającą złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy. Opinia ta pochodząca od fachowego, specjalistycznego organu administracji rządowej zasługuje na uwzględnienie. Podważa ona tym samym stanowisko Odwołującego co do terminów świadczenia usług określonych w innych postępowaniach prowadzonych w podobnych sprawach, a także wystarczającego czasu dla innych wykonawców na przygotowanie się do wykonania powyższego zamówienia. Nie można przy tym zasadnie przyjąć, iż ci inni wykonawcy powinni już rozpocząć przygotowania do świadczenia usług objętych przetargiem z momentem opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego. ” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-533/06).

12. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe i faktyczny czas niezbędny na uruchomienie usług z prawa opcji.

13. Zatem, z uwagi na powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego należy dokonać modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez określenie, że w przypadku nowych Opcji Nowych Lokalizacji czas na uruchomienie usług to 6 miesięcy od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji w tym zakresie.

14. W konsekwencji, w przypadku Opcji Nowych Lokalizacji zasadne i konieczne jest również, aby możliwość skorzystania z tego prawa została zmieniona z 4 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy na 12 miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy. Należy wskazać, że wykonawca powinien mieć zagwarantowany minimalny czas świadczenia usług, dla nowej lokalizacji, skoro poniósł koszty związane z jej uruchomieniem.

VI. Prawo Opcji – zasadność potwierdzenia technicznej możliwości świadczenia usług przez wykonawcę.

1. W § 7 umowy wskazano, że Zamawiający może skorzystać z prawa opcji i w celu realizacji tego uprawnienia będzie składać wykonawcy stosowne oświadczenie. Zgodnie z §7 ust. 9 umowy „Wykonawca jest zobowiązany wykonać Przedmiot Umowy objęty danym rodzajem Opcji w takim zakresie w jakim Zamawiający skorzysta z powyższego uprawnienia”. Jak było wskazane w zarzucie powyżej w §7 ust. 10 umowy Zamawiający określił terminy realizacji prawa opcji (60 dni/90 dni), które odnoszą się do wszystkich kategorii przewidzianych w ramach opcji – Opcja Zmiany Przepustowości, Opcja Nowych Lokalizacji oraz Opcja Zmiany Kategorii.

2. *Odwołujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do skorzystania z prawa opcji, jednak jako część opisu przedmiotu zamówienia prawo to powinno uwzględniać rzeczywiste możliwości świadczenia usług w przypadku, gdy Zamawiający będzie korzystał z Opcji Nowych Lokalizacji. Wykonawca może wycenić w ofercie koszt opcji w tym zakresie na podstawie listy lokalizacji wskazanej obecnie jako załącznik do umowy, jednakże ani wykonawca ani Zamawiający nie wie, gdzie będą świadczone usługi w ramach nowych lokalizacji. W przypadku usług telekomunikacyjnych, okoliczności danej lokalizacji mają obiektywnie istotne znaczenie dla możliwości zestawienia łącza.*

Może się okazać, że żądanie uruchomienia przez wykonawcę usług w nowym miejscu o parametrach technicznych wskazanych przez Zamawiającego nie będzie możliwe do wykonania z uwagi na brak technicznych możliwości doprowadzenia łączy do nowego miejsca lub nowe lokalizacje będą się mieścić w takim położeniu, że koszt przeprowadzenia takich prac (nakładów inwestycyjnych) będzie niewspółmierny do wysokości wynagrodzenia wskazanego w ofercie etc. Mimo zatem, iż Zamawiający w umowie wskazał, że wykonawca będzie pobierał dodatkowe wynagrodzenie za realizację prawa opcji w tym zakresie, to nie można wykluczyć przypadku, że będzie ono nieadekwatne do opcji realizowanej na np. 24 miesiące w nowej lokalizacji. Oczywistym jest, że zasadą powinna być realizacja zamówienia po cenach wskazanych w ofercie, jednak biorąc pod uwagę planowany okres obowiązywania umowy jej treść powinna przewidywać postanowienia odnoszące się do opisanych powyżej przypadków. Wykonawca nie może wycenić usługi, która jest nieokreślona.

3. *W związku z tym, konieczne jest doprecyzowanie, że realizacja zamówienia w ramach prawa opcji w zakresie nowych lokalizacji będzie uzgodniona z wykonawcą, który potwierdzi techniczne możliwości świadczenia usług w danej nowej lokalizacji, a w przypadku braku takich warunków lub w przypadku, gdy uruchomienie nowej lokalizacji byłoby niewspółmierne pod względem kosztów, co wykonawca powinien Zamawiającemu wykazać - prawo opcji nie będzie realizowane lub Zamawiający zapłaci wynagrodzenie związaną z uruchomieniem łączy wyliczone jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza.*

VII. Możliwość rezygnacji przez Zamawiającego z części usług.

1. *Zgodnie z w §8 ust. 1 lit. a umowy: „Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie obowiązywania Umowy:*

a. Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 30% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40%

Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii

2. W §8 ust. 3 umowy Zamawiający wskazał natomiast, że: „Dla uniknięcia wątpliwości skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w ust. 1 nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku realizacji przedmiotowego uprawnienia łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 50% Wartości Umowy. ”

3. Powołane postanowienia zostały sformułowane w sposób uniemożliwiający jednoznaczne i dokładne określenie zakresu przedmiotu zamówienia, a zarazem – uniemożliwiają wycenę oferty w sposób zapewniający nie tylko rentowność projektu, ale pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia.

4. Możliwość zrezygnowania przez Zamawiającego z 30% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii łączy stanowi naruszenie przepisów ustawy i prowadzi do obarczenia wykonawcy niemożliwym do oszacowania ryzykiem.

5. Jakkolwiek wykonawca zdaje sobie sprawę z możliwości występowania zmian potrzeb Zamawiającego w okresie 48 miesięcy trwania umowy, które nie są w pełni możliwe do przewidzenia na etapie publikacji dokumentów zamówienia, to naruszającym zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, jest przewidzenie możliwości jednostronnej rezygnacji z tak znacznego zakresu usług. Należy wskazać, że rezygnacja z 30% lokalizacji dla wszystkich kategorii łączy oznacza ograniczenie świadczenia usług aż o niemal 1432 lokalizacje (w dokumentach zamówienia Zamawiający wskazał 4772 lokalizacje). Co więcej, jak wynika z powołanego postanowienia umownego wartość ta odnosi się do tylko jednego roku obowiązywania umowy. Biorąc pod uwagę fakt, że umowa jest zawierana na 48 miesięcy to ilość możliwych do złożenia przez Zamawiającego oświadczeń o rezygnacji może drastycznie ograniczyć zakres zamówienia w stosunku do tego opisanego w OPZ, które podlega wycenie przez wykonawcę. Niezależnie od tego, Zamawiający wskazał, że może zrezygnować także z 40% lokalizacji dla danej kategorii łączy i to również w skali roku.

6. Skorzystanie przez Zamawiającego z przewidzianych uprawnień w zakresie maksymalnym powoduje, że gwarantowany do realizacji przez wykonawcę jest tylko niewielki zakres zamówienia. Wykonawca przystępując do przetargu i ubiegając się

o udzielenie zamówienia musi skalkulować ryzyka i przygotować się do świadczenia usług w maksymalnym zakresie świadczenia. Możliwość redukcji umowy w granicach określonych w 58 ust. 1 umowy oznacza, że wykonawca nie jest w stanie należycie wycenić oferty. Zgodnie z art. 433 pkt 4 PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać „możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”. Ratio legis wprowadzenia ww. przepisu do ustawy to możliwość ustalenia przez wykonawcę minimalnego zakresu lub wielkości przyszłego świadczenia oraz wysokości odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Mimo, iż formalnie zakres rezygnacji z części zamówienia został określony w §8 ust. 1 umowy, tak faktycznie może być on tak znaczny, że wykonawca zostanie pozbawiony realizacji większości zakresu umowy.

7. Stanowczego podkreślenia wymaga, że zaproponowana przez Odwołującego wartość 5% modyfikacji w skali roku i tak jest ogromna biorąc pod uwagę podaną w Załączniku nr 2 do umowy ogólną liczbę lokalizacji, jak i liczbę lokalizacji w podziale na kategorie łączy. Nawet po dokonaniu modyfikacji zgodnie z żądaniem Odwołującego i tak znaczna część ryzyka pozostaje przy wykonawcy.

8. Zamawiający w §8 ust. 3 umowy wskazał co prawda, że wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 50% Wartości Umowy, jednak: - po pierwsze to postanowienie jest niejasne w kontekście zakresu możliwości rezygnacji określonego w ust. 1, po drugie minimalny gwarantowany poziom jest zdecydowanie zbyt niski oraz uniemożliwia rzetelną wycenę oferty. Zamawiający określił w §8 ust. 1 lit. a umowy uprawnienie do zrezygnowania z części zamówienia w odniesieniu do wszystkich lokalizacji oraz w odniesieniu do poszczególnych kategorii łączy przypisanych do lokalizacji, które w maksymalnym zakresie może przekroczyć 50% usług a tym samym 50% wartości wynagrodzenia, które jest „gwarantowane” w §8 ust. 3 umowy. W §8 ust. 1 lit. b umowy Zamawiający wskazał ponadto, że „w przypadku, kiedy Zamawiający przestanie pełnić rolę operatora wyznaczonego Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż 60% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, w dowolnym okresie trwania Umowy oraz niezależnie od warunków opisanych w powyższych punktach”. Uprawnienie do zrezygnowania w dowolnym czasie trwania umowy z 60% lokalizacji, które zostało przewidziane jako niezależne od rezygnacji na podstawie lit. a również prowadzi do wniosku, że gwarantowany poziom wynagrodzenia określony w §8 ust. 3 umowy może mieć charakter pozorny.

9. Niezależnie od tego gwarantowana wartość wynagrodzenia jest określona na zbyt niskim poziomie. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, ilość lokalizacji oraz czynności koniecznych do przeprowadzenia przez operatora w celu przygotowania się do świadczenia

usług należy stwierdzić, że minimalna wartość wynagrodzenia określona w kwestionowanym postanowieniu jest dalece niewystarczająca. Zamawiający powinien określić minimalną gwarantowaną wysokość wynagrodzenia na poziomie realnym, umożliwiającym skalkulowanie ryzyka przez wykonawców.

VIII. Możliwość wypowiedzenia umowy na podstawie § 13 ust. 3 umowy.

(...)

IX. W zakresie zarzutu dotyczącego §3 ust. 11 umowy.

(...)

{KIO 1891/22}

24 kwietnia 2022 r. również Netia S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Netia”, „Odwołujący” lub „Odwołujący Netia”} wniosła odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 przez określenie faktycznie niemożliwych do dochowania, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję terminów: a) w rozdziale VI SWZ oraz w § 2 ust. 3 wzoru umowy – realizacji Prac Wdrożeniowych; b) w § 3 ust. 3 projektu umowy – dostarczenia Zamawiającemu Harmonogramu.
2. Art. 483 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc oraz art. 487 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 – przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron przez nadmierne obciążenie wykonawcy w zakresie, w jakim: a) nałożył na wykonawcę obowiązek zapłaty za to samo zdarzenie zarówno bonifikaty, o której mowa w rozdziale VI OPZ, jak i kary umownej określonej w § 12 wzoru umowy, co stanowi nadmierną sankcję, oderwaną od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów.
3. Art. 487 § 2 kc w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc oraz art. 16 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 – przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, a także przez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów,

opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, w zakresie, w jakim:

- a) pozbawiono wykonawcę opłaty instalacyjnej w sytuacji zrealizowania przez Zamawiającego prawa opcji opisanej w § 7 ust. 8 Umowy, co m.in. uniemożliwia prawidłowe oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;
- b) przewidzenie w § 8 ust. 1 lit. a) wzoru Umowy możliwości rezygnacji z 30% Lokalizacji w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy, co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;
- c) przewidziano w § 8 ust. 1 pkt b) wzoru umowy możliwość rezygnacji z nawet 60% lokalizacji w dowolnym okresie trwania umowy oraz niezależnie od warunków opisanych w powyższych punktach, co uniemożliwia oszacowanie oferty i ryzyk związanych z realizacją zamówienia;
- d) przewidziano w § 13 ust. 3 w zw. z § 13 ust. 6 wzoru umowy możliwość rozwiązania Umowy w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach, skutkującego ograniczeniem wysokości wynagrodzenia należnego za wykonanie umowy nawet do 30%;
- e) przewidziano w § 13 ust. 1 lit. c) wzoru umowy możliwość rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od Umowy w przypadku niepodpisania w terminie 9 miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;
- f) przewidział w § 7 ust. 2 wzoru umowy możliwość opcji zmiany przepustowości, co powoduje konieczność instalacji niezbędnej infrastruktury w danej lokalizacji, przy jednoczesnym znacznym ograniczeniu w § 7 ust. 5 wzoru Umowy oraz treści formularza ofertowego możliwości naliczenia opłaty jednorazowej;
- g) przewidział w § 7 ust. 3 wzoru umowy możliwość opcji nowych lokalizacji, przy jednoczesnym znacznym ograniczeniu w treści formularza ofertowego w § 7 ust. 6 wzoru Umowy wynagrodzenia należnego z tego tytułu; h) przewidział w § 7 ust. 4 wzoru umowy możliwość opcji nieograniczonej zmiany kategorii łączy T0-T8 – w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi – na wyższą lub niższą, przy jednoczesnym znacznym ograniczeniu w treści formularza ofertowego w § 7 ust. 7

wzoru Umowy wynagrodzenia należnego z tego tytułu;

i) nie przewidział w § 7 wzoru umowy możliwości odstąpienia od realizacji prawa opcji w przypadku, gdy warunki techniczne realizacji prawa opcji uniemożliwiają realizację prawa opcji, są utrudnione lub wiążą się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę znacznych kosztów.

4. Art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 – przez opisanie przedmiotu zamówienia sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów, opisanie cech usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia, a także przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę efektywności postępowania i uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim Zamawiający:

a) w rozdziale 1.1, punkt 8, podpunkt 8.4 OPZ nie precyzuje jakiej topologii połączeń ścieżek pomiędzy lokalizacjami oczekuje, co powoduje brak możliwości oszacowania oferty;

b) w rozdziale 1.1, punkt 24 OPZ, Zamawiający nie precyzuje funkcjonalności, jakich oczekuje we wdrożonym rozwiązaniu, co powoduje brak możliwości oszacowania oferty;

c) w rozdziale 1.1, punkt 8, podpunkt 8.24 OPZ Zamawiający wymaga zapewnienia sobie dostępu do Systemu Sterowania Połączeniami w celu samodzielnej konfiguracji reguł Firewalli i ACL'i, co skutkować będzie brakiem jasnego i jednoznacznego podziału odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą za konfigurację, utrzymanie i zapewnienie bezpieczeństwa sieci i wiąże się z możliwością generowania dodatkowych kosztów po stronie Wykonawcy, których Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i im zapobiec;

d) w rozdziale 1.1, punkt 25 OPZ Zamawiający wymaga zapewnienia możliwości samodzielnej modyfikacji parametrów i ustawień, które nie mają bezpośredniego wpływu na dotrzymanie SLA na łączach, co skutkować będzie brakiem jasnego i jednoznacznego podziału odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą w zakresie konfiguracji, utrzymania i zapewnienia bezpieczeństwa i wiąże się z możliwością generowania dodatkowych kosztów po stronie Wykonawcy, których Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i im zapobiec;

e) w rozdziale 1.4, punkt 9 OPZ Zamawiający wymaga wykonania dodatkowych funkcjonalności, które okażą się niezbędne do prawidłowego i kompletnego monitorowania sieci, Wykonawca na etapie składania oferty nie jest w stanie zaprojektować i przygotować systemu do wdrożenia nieznanymi funkcjonalności, co powoduje brak możliwości oszacowania kosztów;

- f) w Rozdziale 5 ustęp 5.1 punkt 6, podpunkty 6.1, 6.2, 6.3 OPZ Zamawiający określił dane, które pracownik Zamawiającego powinien przekazać przy zgłaszaniu awarii, co prowadzi do generowania znacznej ilości awarii nadmiarowych (w istocie niewystępujących), co uniemożliwia oszacowanie rzeczywistej rentowności projektu;
- g) w Rozdziale 5 ustęp 5.2 OPZ Zamawiający przewiduje możliwość uruchomienia Procedury Zarządzania Awarią Krytyczną w przypadku wystąpienia Awarii powodujących jednocześnie pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji, co wiąże się z koniecznością zaangażowania zasobów wykonawcy ponad miarę i uniemożliwia ocenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia i skalkulowanie oferty;
- h) w Rozdziale 7 ustęp 2 w Tabeli nr 10 pkt. 2 OPZ zdefiniował w słowniku pojęć Awarię masową jako „Wystąpienie awarii powodujących jednocześnie pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania”, co wiąże się z koniecznością zaangażowania zasobów wykonawcy ponad miarę i uniemożliwia ocenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia i skalkulowanie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian treści SWZ:

1. Określenia w rozdziale VI SWZ oraz § 2 ust. 3 wzoru Umowy terminu realizacji Prac Wdrożeniowych na 14 miesięcy od daty zawarcia Umowy.
2. Określenia w § 3 ust. 3 projektu umowy terminu dostarczenia Zamawiającemu Harmonogramu na 120 dni od Daty Początkowej (daty zawarcia Umowy).
3. Wykreślenia § 12 ust. 17.
4. Zmiany rozdziału VI OPZ lub § 12 Umowy w ten sposób, że za to samo zdarzenie Wykonawca zostanie obciążony albo karą umowną, albo bonifikatą.
5. Zmiany brzmienia § 7 ust. 8 wzoru umowy na następujące: *W przypadku, gdy realizacja przez Zamawiającego Opcji Zmiany Przepustowości i Opcji Zmiany Kategorii nie powoduje po stronie Wykonawcy konieczności zainstalowania w danej Lokalizacji nowych łączy lub łączy wykonanych w innej technologii niż stosowana w danej Lokalizacji, lub wymiany urządzeń niezbędnych do świadczenia usługi, Wykonawca będzie również uprawniony do otrzymania Opłaty Instalacyjnej.*
6. Zmiany brzmienia § 8 ust. 1a wzoru umowy na następujące: *Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem*

Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie obowiązywania Umowy: Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 50 Lokalizacji w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 50 Lokalizacji w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Lokalizacji.

7. Wykreślenia § 8 ust. 1b wzoru umowy.
8. Wykreślenia § 13 ust. 3 oraz § 13 ust. 6 wzoru umowy, alternatywnie pozostawienie § 13 ust. 3 wzoru umowy przy jednoczesnej zmianie brzmienia § 13 ust. 6 wzoru umowy na następujące: *W przypadku, o którym mowa w ust. 3, Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej części Umowy, na warunkach przewidzianych Umową i nie przysługują mu inne roszczenia z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku wypowiedzenia, o którym mowa w ust. 3 łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 70% Wartości Umowy określonej w § 10 ust. 1.*
9. Zmiany brzmienia § 13 ust. 1 lit. c) wzoru umowy na następujące: *niepodpisania w terminie 13 miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*
10. Wykreślenia z treści Załącznika nr 2 do SWZ Formularza ofertowego (wytyczne i zalecenia, str. 36), arkusza „Informacje Ogólne”, Lp. 3 zdania: *Wysokość opłaty instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji.*
11. Zmiany brzmienia § 7 ust. 3 wzoru umowy na następujące: *Zamawiający może skorzystać z Opcji Nowych Lokalizacji, w ramach której Zamawiający ma prawo do zamówienia świadczenia Usług w nowych Lokalizacjach i związanych z tym instalacji łączy, w kategorii od T0 do T8, przy czym przez nową Lokalizację rozumie się Lokalizację, która nie została określona w Wykazie Lokalizacji stanowiącym podstawę podpisania Całościowego Protokołu Odbioru. Zamawiający może skorzystać z powyższego uprawnienia w całym okresie realizacji Umowy, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż określony w OPZ Rozdział 3 pkt 3.1 ppkt 2-4, liczony od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11. W każdym z kolejnych dwunastu (12) miesięcy obowiązywania Umowy Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z Opcji Nowych Lokalizacji w odniesieniu do nowych Lokalizacji w liczbie nieprzekraczającej 5% liczby Lokalizacji wskazanej w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy.*

Zamawiający może skorzystać z Opcji Nowych Lokalizacji w okolicznościach wskazanych w ust. 13.

12. *Zmiany brzmienia § 7 ust. 4 wzoru Umowy na następujące: Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Kategorii, w ramach której Zamawiający ma prawo przez cały okres świadczenia Usług do zażądania od Wykonawcy zmiany kategorii łączy T0-T8 – w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi – na wyższą o jedną Kategorię lub niższą o jedną Kategorię, jednak w ilości nie większej niż 10% Lokalizacji wskazanych w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy rocznie w ramach danej Kategorii. Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Kategorii w okolicznościach wskazanych w ust. 13. Łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego Przedmiotu Umowy wskutek realizacji Opcji Zmiany Kategorii nie będzie wynosić mniej niż 70% Wartości Umowy.*
13. *Dodania w § 7 umowy ust. 14 w następującym brzmieniu: W przypadku realizowania prawa opcji przy utrudnionych warunkach technicznych Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie określone w formularzu cenowym oraz zwróci Wykonawcy udokumentowane nakłady inwestycyjne nieprzekraczające kwoty 35 000 zł niezbędne dla świadczenia usługi w docelowej lokalizacji ewentualnie w brzmieniu: W przypadku, jeżeli realizacja prawa opcji jest niemożliwa, znacznie utrudniona lub będzie wiązać się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę znacznych kosztów, Wykonawca może odmówić realizacji prawa opcji i Zamawiający nie będzie wnosił względem wykonawcy żadnych roszczeń z tego tytułu.*
14. *Doprecyzowania w rozdziale 1.1, pkt 8, ppkt 8.4 OPZ topologii połączeń ścieżek pomiędzy lokalizacjami, której Zamawiający oczekuje (zarówno dla ścieżek stałych, jak i na żądanie).*
15. *Doprecyzowanie w rozdziale 1.1, pkt 24 OPZ funkcjonalności, jakich Zamawiający oczekuje we wdrożonym rozwiązaniu.*
16. *Wykreślenia w rozdziale 1.1. pkt 8.24.*
17. *Wykreślenia w rozdziale 1.1. pkt 25 z OPZ.*
18. *Doprecyzowania w rozdziale 1.4, pkt 9 OPZ funkcjonalności, jakich Zamawiający oczekuje.*
19. *Zmiany brzmienia rozdziału 5 ust. 5.1 pkt 6, ppkt 6.1, 6.2, 6.3 na następujące: Zgłaszający pracownik Zamawiającego powinien zweryfikować przed zgłoszeniem Awarii czy powodem przerwy w funkcjonowaniu usługi nie są prace własne, a następnie przekazać do Wykonawcy niezbędne dane do zdiagnozowania problemu: 6.1 opis na czym polega problem, 6.2 kontakt do Zgłaszającego i osoby, która może wesprzeć służby techniczne Wykonawcy w Lokalizacji, w szczególności zapewnić dostęp*

do pomieszczenia z Urządzeniem CE, 6.3 czy w Lokalizacji usługi nie występuje brak zasilania. Brak przekazania chociażby jednej z wymienionych danych lub nieprawdziwej danej w podpunktach 6.1, 6.2, 6.3 będzie jednoznaczne z odrzuceniem zlecenia założeniem zgłoszenia awarii oraz do poprawy danych na rzeczywiste przez Zamawiającego.

20. *Zmiana brzmienia rozdziału 5 ust. 5.2 OPZ na następujące: Zamawiający może uruchomić Procedurę Zarządzania Awarią Krytyczną (PZAK) w celu bezpośredniego zaangażowania inżynierów po stronie Wykonawcy w przypadkach: 1.1. wystąpienia Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 500 Lokalizacji z tym samym problemem lub na tym samym obszarze, lub w ramach podłączenia do tych samych zasobów dostępowych.*
21. *Zmiany brzmienia rozdziału 7 ust. 2 w Tabeli nr 10 pkt 2 na następujące: Wystąpienie awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania.*

W uzasadnieniu odwołania następująco przedstawiono okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę:

(...)

1.1. Zarzut 1 pkt a)

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 6 SWZ oraz § 2 ust. 3 wzoru umowy, Zamawiający oczekuje, że wykonawca wdroży i uruchomi usługi we wszystkich 4772 lokalizacjach w terminie 10 miesięcy od daty zawarcia Umowy. Okres ten, w świetle argumentów przedstawionych poniżej, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jest zbyt krótki, i faktycznie uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko świadczenie usług transmisji danych ale również budowę łączy w lokalizacjach 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.

Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane 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 lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich 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 12 miesięcy.

Wykonawcy przygotowując ofertę muszą zatem w sposób jednoznaczny ocenić w jakim czasie będą mogli przygotować się do rozpoczęcia wykonywania usług na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 14 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej.

Należy również wziąć pod uwagę ryzyka wiążące się z COVID-19. Na dzień sporządzenia odwołania, powszechnie wiadomym jest, że funkcjonowanie zarówno administracji publicznej, jak i sektora prywatnego jest znacznie spowolnione. Nieznane są również ramy czasowe trwającej pandemii. Nie ulega jednak wątpliwości, że w procesie budowy łączy na potrzeby Postępowania należy liczyć się z opóźnieniami stanowiącymi konsekwencję COVID-19, wiążącymi się m.in. z przedłużonym czasem uzyskiwania decyzji administracyjnej, czy też opóźnionymi dostawami urządzeń.

Termin 12 miesięcy jest terminem pozwalającym Odwołującemu realizację zamówienia w „zwykłych” okolicznościach, które nie uwzględniają nawet ryzyk związanych z COVID-19.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie Zamówienia, w którym termin uruchomienia jest zbyt krótki, mają zasadniczo dwie możliwości: (i) nie składać oferty w Postępowaniu z uwagi na zbyt wysokie ryzyko przekroczenia terminu z przyczyn od nich niezależnych (ii) utworzyć znaczną rezerwę w budżecie na grożące wykonawcy kary umowne. Nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że żadne z tych rozwiązań nie stworzy konkurencyjnych warunków w Postępowaniu.

Warto pokreślić, że zgodnie z rozdziałem § 12 ust.1 Umowy, za nieukończenie Prac

Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji w terminie określonym w § 2 ust. 3 Umowy, Zamawiający może naliczyć kary umowne w wysokości od 200 zł do 36.000 zł, w zależności od kategorii łącza, za każdy dzień opóźnienia.

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 14 miesięcy. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do 4 722 adresów zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Do wszystkich lokalizacji należy zestawić 2 łącza jednocześnie zachowując dla części rozdzielność dróg.

Wskazany powyżej okres determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 2 miesiące), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 3 miesiące), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 2 miesięcy), zamówienia materiałów i urządzeń oraz ich dostawą (minimum 6 miesięcy, czas ten może się jednak wydłużyć nawet do 12 miesięcy), wykonania prac budowlanych (minimum 3 miesiące) oraz, w razie potrzeby, uzyskania wymaganych zgód, decyzji administracyjnych, w tym zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, czy na zlokalizowanie w pasie drogowym obiektów budowlanych lub urządzeń, ustanowienia odpowiednich służebności.

Powyższe terminy zostały wskazane w oparciu o szczegółowy harmonogram realizacji zamówienia stworzony przez Odwołującego na potrzeby Postępowania. Odwołujący nie załącza go do odwołania z uwagi na fakt, że harmonogram stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa Netia S.A. Odwołujący zamierza przedstawić harmonogram podczas rozprawy (z zastrzeżeniem jego poufności).

Odwołujący wskazuje na przykładowe orzeczenie Krajowej izby Odwoławczej, z których wynika, iż termin realizacji zamówienia powinien uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, okoliczności jego wykonania oraz przebieg procedury związanej z jego udzieleniem:

„Określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku oraz np. związane z technologią wykonywania robót budowlanych”¹ [1>wyrok z dnia 13 listopada 2018 r. KIO 2177/18]

1.2. Zarzut 1 b)

(...)

2. Zarzuty opisane w pkt 2 lit a) petitum odwołania

(...)

3. Zarzuty opisane w pkt 3 lit a) -h) petitum odwołania

3.1. Zarzut 3 a)

Zgodnie z § 7 ust. 8 wzoru Umowy, w przypadku, gdy realizacja przez Zamawiającego Opcji Zmiany Przepustowości i Opcji Zmiany Kategorii nie powoduje po stronie Wykonawcy konieczności zainstalowania w danej Lokalizacji nowych łączy lub łączy wykonanych w innej technologii niż stosowana w danej Lokalizacji, lub wymiany urządzeń niezbędnych do świadczenia usługi Wykonawca nie będzie uprawniony do otrzymania Opłaty Instalacyjnej.

Tak sformułowane postanowienie naraża wykonawcę na stratę spowodowaną koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów w przypadku zrealizowania przez Zamawiającego ww. Opcji. Odwołujący zwraca uwagę, że koszt zmiany technologii łącza dostępowego to nie jest jedyny koszt jaki wykonawca będzie musiał ponieść w przypadku realizacji tej opcji. Poza ewentualną zmianą technologii zmiana ta może powodować konieczność zakupu dodatkowych licencji. Kwoty te mogą się wahać między kilkoma tysiącami złotych do nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych. Nie da się zatem w ofercie w żaden sposób ograniczyć ryzyka związanego z poniesieniem opłaty instalacyjnej. Takie działanie zawsze wiązać się będzie ze znacznym niedoszacowaniem lub przeszacowaniem kosztów realizacji zamówienia.

3.2. Zarzut 3 b), 3c) i 3d)

Zgodnie z § 8 ust. 1 a) wzoru Umowy, „Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie obowiązywania Umowy:

Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie 30% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Lokalizacji”.

Z kolei zgodnie z § 8 ust. 1 b) wzoru umowy, „w przypadku, kiedy Zamawiający przestanie pełnić rolę operatora wyznaczonego Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż 60% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, w dowolnym okresie trwania Umowy oraz niezależnie

od warunków opisanych w powyższych punktach”.

W świetle zaś z § 13 ust. 3 wzoru Umowy w zw. z § 13 ust. 6, Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach i w takim przypadku, łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 30% Wartości Umowy określonej w § 10 ust. 1.

Wprawdzie w świetle art. 433 pkt 4) Ustawy, Zamawiający ma możliwość ograniczenia zakresu zamówienia poprzez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, to w ocenie Odwołującego możliwość rezygnacji w każdym roku obowiązywania Umowy z 30% wszystkich Lokalizacji dla wszystkich kategorii, rezygnacji z 60% lokalizacji czy też możliwość rozwiązania umowy z przyczyn. niezależnych od Wykonawcy, przy zachowaniu jedynie 30% wynagrodzenia, stanowi nadmierne ograniczenie zakresu umowy i uniemożliwia oszacowanie oferty.

Należy zauważyć, że podejmując decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową otrzyma wynagrodzenie. Odwołujący wskazuje, że co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Ustawy nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów w całości lub w części zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania.

Kwestionowana klauzula zmiany umowy dotycząca ograniczenia jej zakresu może również zostać rozpatrzona w kontekście orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W jednym z orzeczeń⁵ [Przykładowo wyrok z 7.0-9.2016 r., C-549/14. Finn Fronge A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634,TS] dotyczących właśnie możliwości zmiany umowy polegającej na znacznym ograniczeniu jej zakresu, Trybunał Sprawiedliwości wskazał:

„29. Odnośnie tego ostatniego przypadku należy podnieść, że zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych. Skoro bowiem ze względu na początkowe zamówienie miało taki zakres, że tylko niektóre przedsiębiorstwa mogły przedstawić swój wniosek o dopuszczenie do przetargu czy też swoją ofertę, znaczne ograniczenie przedmiotu tego zamówienia może skutkować tym, że zainteresuje ono również

mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom”.

Z tych względów, w ocenie Odwołującego zarzuty są uzasadnione.

3.3. Zarzut 3 e)

Zgodnie z § 13 ust. 1 lit. c) wzoru Umowy, Zamawiający jest uprawniony do rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od Umowy w każdym z następujących przypadków: (...) c) niepodpisania w terminie 9 miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Mając pod uwagę, iż w ocenie Odwołującego termin 10 miesięcy dla realizacji Usług Wdrożenia jest niewystarczający (vide argumenty wskazane w pkt 1 a) powyżej) i uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, przewidziane w § 13 ust. 1 lit. c) uprawnienie do odstąpienia od Umowy powinno zostać skorelowane z przedłużonym terminem realizacji Usług Wdrożenia. W odmiennym przypadku, uprawnienie do odstąpienia od Umowy o treści zaproponowanej przez Zamawiającego jest niewspółmierne i nieproporcjonalne do celu przedmiotu zamówienia.

3.4. Zarzuty 3 f), g) i h)

Ukształtowane w § 7 wzoru umowy prawo opcji całkowicie uniemożliwia wykonawcom skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i oszacowania ceny oferty. Przy tak sformułowanych uprawnieniach Zamawiającego oraz proponowanej treści formularza ofertowego, wykonawca nie jest w stanie określić, gdzie ostatecznie lokalizacje, w których wdrożono łącza, będą się znajdować. W momencie składania oferty, wykonawca zna jedynie ilość lokalizacji, która wskazana jest w Formularzu cenowym.

Przeniesienie lokalizacji, uruchomienie nowej oraz zwiększenie kategorii łącza nastąpi za wynagrodzeniem określonym w formularzu ofertowym, przy czym jest ono istotnie ograniczone i nie uwzględnia szeregu okoliczności wiążących się z realizacją prawa opcji. Warto również zwrócić uwagę, że brak jest jakiegokolwiek mechanizmu pokrycia kosztów ewentualnych inwestycji w infrastrukturę, co powoduje przeniesienie całego ryzyka na wykonawców.

W OPZ brak jest jakichkolwiek dodatkowych informacji dotyczących położenia nowych „lokalizacji”. Zamawiający ogranicza wysokość opłaty instalacyjnej do dwukrotności miesięcznego abonamentu za usługi danej lokalizacji. Na etapie wyceny oferty, bez znajomości adresu lokalizacji i sprawdzenia możliwości technicznych w tej konkretnej

lokalizacji, Wykonawca nie może przyjąć, że koszt opłaty instalacyjnej zmieści się w ograniczeniu wskazanym przez Zamawiającego. Należy zauważyć, że przy wycenie każdej lokalizacji, Wykonawca za każdym razem bierze pod uwagę możliwości techniczne własnej infrastruktury (związane np. z dobudową łącza) ewentualnie możliwość dzierżawy łącza (koszt możliwy do ustalenia tylko w przypadku znajomości lokalizacji) w danej lokalizacji jak również rodzaj łącza, które ma być zgodne wymaganiem określonym przez Zamawiającego dla każdej kategorii określonej w SWZ. Wiąże się to z przygotowaniem wyceny tak jak w przypadku przygotowania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przewiduje określony procent zmian w oparciu o prawo opcji przy 4722 lokalizacji Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów realizacji zamówienia co może spowodować brak możliwości zrealizowania prawa opcji, a tym samym konsekwencjami wynikającymi z umowy. Dla wyceny „przeniesienia lokalizacji”, uruchomienia „nowej lokalizacji”, zmiany kategorii łącza dane takie mają olbrzymie znaczenie. Przykładowo koszt uruchomienia nowej lokalizacji czy też przeniesienia może się wahać między kilkuset złotych (lokalizacja z doprowadzoną infrastrukturą i niską przepustowością) do nawet kilkuset tysięcy złotych (np. trudno dostępna lokalizacja położona w górach, wysoka przepustowość). Nie da się zatem w ofercie w żaden sposób oszacować ryzyka związanego z przenoszeniem lub uruchomianiem nowych lokalizacji, np. poprzez uśrednienie owych kosztów. Takie działanie zawsze wiązać się będzie ze znacznym niedoszacowaniem lub przeszacowaniem kosztów realizacji zamówienia.

W konsekwencji, zarzuty w tym zakresie zasługują na uwzględnienie.

3.5. Zarzut 3 i)

Zamawiający nie przewidział w § 7 wzoru umowy możliwości odstąpienia od realizacji prawa opcji w przypadku, gdy warunki techniczne realizacji prawa opcji uniemożliwiają realizację prawa opcji, są utrudnione lub wiążą się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę znacznych kosztów. Tymczasem, zdarzają się przypadki, w których z uwagi na różne uwarunkowania techniczne dodanie nowej lokalizacji, zmiany jej kategorii czy też przepustowości łącza są niemożliwe lub wiążą się z poniesieniem przez wykonawcę niewspółmiernie wysokich kosztów, których wykonawca nie jest w stanie oszacować na etapie kalkulowania ceny ofertowej.

W konsekwencji, zarzut w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

4. Zarzuty opisane w pkt 4 lit. a)-h) petitum odwołania

Uwagi ogólne

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych

interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia, jakie są elementy kosztotwórcze, jakie ryzyka powinni uwzględnić w wycenie oferty, oraz że wszystkie inne elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający ma również obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkutowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

4.1. Zarzut 4a)

(...)

4.2. Zarzut 4 b)

Zamawiający oczekuje udostępnienia wszystkich funkcji dostępnych we wdrożonym rozwiązaniu, bez określenia o jakie funkcjonalności chodzi. W celu realizacji określonych funkcjonalności Wykonawca dobiera odpowiedni sprzęt oraz wymagane licencje. Wykonawca zapewni usługi i funkcjonalności ustalone w momencie uruchamiania usługi zgodnie ze specyfikacją postępowania przetargowego. Pomimo, że dane rozwiązanie od strony technicznej i licencyjnej jest gotowe do realizacji dodatkowej funkcjonalności, Wykonawca nie może zapewnić dostępu do wszystkich dodatkowych funkcjonalności poza zdefiniowany zakres, gdyż część z nich wymaga specyficznej konfiguracji sprzętu jak na przykład dodatkowa pamięć lub dysk. Uruchomienie dodatkowych funkcjonalności nieprzewidzianych w projekcie technicznym może także doprowadzić do przeciążenia urządzeń lub ich niestabilną pracę. Przed wdrożeniem dodatkowych funkcjonalności wymagany jest dodatkowy nakład pracy Wykonawcy na analizę i przeprowadzenie testów, przygotowanie projektu, wdrożenie i utrzymanie. Wykonawca nie jest także w stanie przewidzieć jakie nowe funkcjonalności dostępne w ramach wdrożonego rozwiązania doda producent w czasie obowiązywania umowy z Zamawiającym oraz jakie one będą miały wymagania sprzętowe, a także jaki będzie wpływ na wydajność poszczególnych urządzeń. Z tych względów, informacja w tym zakresie są niezbędne do prawidłowego oszacowania oferty w Postępowaniu.

4.3. Zarzut 4 c)

W kwestionowanych postanowieniach rozdziału 1.1, punkt 8, podpunkt 8.24 Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymaga, aby wykonawca udostępnił Zamawiającemu dostęp do Systemu Sterowania Połączeniami w celu modyfikacji reguł Firewalli i ACL'i. W ocenie Odwołującego powyższe wymaganie zapewnienia dostępu do samodzielnej konfiguracji przez Zamawiającego skutkować będzie brakiem jasnego i jednoznacznego

podziału odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą za konfigurację, utrzymanie i zapewnienie bezpieczeństwa. Nieprawidłowo skonfigurowany Firewall lub ACL może zablokować możliwość pomiaru parametrów SLA, zakłócić prawidłowe działanie usługi, a także całkowicie odciąć dostęp do urządzeń co może doprowadzić do braku możliwości zapewnienia wymaganego SLA. Należy zwrócić uwagę, że odpowiedzialność za prawidłowe działanie usługi ponosi Wykonawca, który za niepoprawne działanie usługi jest zobowiązany do zapłaty wysokich kar umownych oraz bonifikat. Brak wiedzy Wykonawcy o zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego może prowadzić do powstania dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego z uwagi na konieczność wyjazdów do danej lokalizacji służb technicznych czy wydłużenia czasu analizy i usuwania problemów w danej lokalizacji. Jednocześnie Odwołujący informuje, że może zapewnić Zamykającemu odczyt informacji w Systemie Sterowania Połączeniami, natomiast zmiany w konfiguracji Firewalli i ACL mogą być wprowadzane tylko przez Wykonawcę na podstawie zleceń rekonfiguracyjnych Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby dysponował wykwalifikowanymi służbami, które legitymować się będą określonymi kwalifikacjami zawodowymi potwierdzonymi odpowiednimi certyfikatami wystawionymi lub honorowanymi przez producenta technologii sieciowej zaoferowanych urządzeń na poziomie eksperckim, zaawansowanym i podstawowym. Jednocześnie Wykonawca nie ma żadnej możliwości zweryfikować jakie kompetencje zawodowe mają osoby, które będą dokonywały zmian w konfiguracji ze strony Zamawiającego.

4.4. Zarzut 4 d)

W Rozdziale 1.1. pkt 25 OPZ, Zamawiający oczekuje zapewnienia możliwości samodzielnej modyfikacji parametrów i ustawień, które nie mają bezpośredniego wpływu na dotrzymanie SLA na łączach. Wymaganie to wiąże się z możliwością ingerencji Zamawiającego w parametry i ustawienia urządzeń dostarczających usługę, a w konsekwencji, wpływania na parametry usługi. Samodzielna modyfikacja przez Zamawiającego parametrów i ustawień może pośrednio wpływać na pomiar SLA, zakłócić prawidłowe działanie usługi, a także całkowicie odciąć dostęp do urządzeń lub uniemożliwić przesyłanie danych z urządzeń do Systemu Monitorowania. Możliwość modyfikacji parametrów i ustawień przez Wykonawcę i Zamawiającego będzie oznaczała podział odpowiedzialności w zakresie konfiguracji, utrzymania i zapewnienia bezpieczeństwa. Należy zwrócić uwagę, że odpowiedzialność za niepoprawne działanie usługi i niedotrzymanie parametrów SLA ponosi Wykonawca, który jest zobowiązany do zapłaty wysokich kar umownych oraz bonifikat. Brak wiedzy Wykonawcy o zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego może prowadzić do powstania dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego z uwagi na konieczność wyjazdów do danej lokalizacji służb technicznych czy wydłużenia czasu analizy i usuwania

problemów w danej lokalizacji. Jednocześnie Odwołujący informuje, że może zapewnić Zamykającemu odczyt parametrów i ustawień, natomiast zmiany w konfiguracji mogą być wprowadzane tylko przez Wykonawcę na podstawie zleceń rekonfiguracyjnych Zmawiającego. Dodatkowo Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby dysponował wykwalifikowanymi służbami, które legitymować się będą określonymi kwalifikacjami zawodowymi potwierdzonymi odpowiednimi certyfikatami wystawionymi lub honorowanymi przez producenta technologii sieciowej zaoferowanych urządzeń na poziomie eksperckim, zaawansowanym i podstawowym. Jednocześnie Wykonawca nie ma żadnej możliwości zweryfikować jakie kompetencje zawodowe mają osoby, które będą dokonywały zmian w konfiguracji ze strony Zamawiającego.

4.5. Zarzut 4 e)

Zamawiający oczekuje wykonania dodatkowych funkcjonalności, które okażą się niezbędne do prawidłowego i kompletnego monitorowania sieci przez Zamawiającego, bez określenia o jakie funkcjonalności chodzi. Wykonawca na etapie składania oferty nie jest w stanie zaprojektować i przygotować sieci do wdrożenia dodatkowych, nieopisanych funkcjonalności pod kątem monitorowania sieci, a dostępna funkcjonalność projektowanego rozwiązania jest ustalana na podstawie wymogów w dokumentacji dołączonej do postępowania. Wykonawca zapewni funkcjonalności ustalone w momencie uruchamiania usługi zgodnie ze specyfikacją postępowania przetargowego. Wykonawca nie wie jak dodatkowe funkcjonalności wpłyną na obciążenie, wydajność zastosowanych urządzeń oraz czy nie będą wymagane dodatkowe elementy w dostarczonym rozwiązaniu co uniemożliwia prawidłowe oszacowanie oferty w Postępowaniu.

4.7. Zarzut 7 f)

Dane określone w Rozdziale 5 ustęp 5.1 punkt 6, podpunkty 6.1, 6.2, 6.3 przy zgłaszaniu awarii są przekazywane przez Zamawiającego bez uprzedniej weryfikacji, zwłaszcza pod kątem czy w Lokalizacji usługi nie występuje brak zasilania. Często nie jest również możliwy skuteczny kontakt z osobą podaną jako kontaktowa w lokalizacji Zamawiającego. W efekcie prowadzi to zgłaszania dużej ilości zgłoszeń awarii nadmiarowych, które w istocie nie występują (kilkaset miesięcznie), zwłaszcza poza godzinami pracy, gdy nie ma możliwości kontaktu z lokalizacją Zamawiającego oraz w sytuacjach coraz częściej występujących alertów pogodowych i możliwych przerw w dostawie prądu.

Jest to niezwykle istotne dla rentowności projektu gdyż jest to powiązane z wysokimi bonifikatami/karami z tytułu niedostępności usług, dlatego Odwołujący wnosi o doprecyzowanie ww. postanowień zgodnie z wnioskiem.

4.8. Zarzut 7g)

w Rozdziale 5 ustęp 5.2 OPZ Zamawiający przewiduje możliwość uruchomienia Procedury

Zarządzania Awarią Krytyczną w przypadku wystąpienia Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji, co wiąże się z koniecznością zaangażowania zasobów wykonawcy ponad miarę i uniemożliwia ocenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia i skalkulowanie oferty.

Proponowane postanowienia w zakresie Procedury Zarządzania Awarią Krytyczną w przypadku wystąpienia Awarii nakładają na Wykonawcę bardzo rygorystyczne standardy obsługi zgłoszeń awarii, w tym ponadstandardowe angażowanie zasobów i zespołów.

Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest uruchomienie i utrzymanie przez Wykonawcę ok. 4 700 lokalizacji (9 400 łączy), co jest związane z koniecznością zapewnienia przez Wykonawcę znacznych zasobów. Z tych względów, Odwołujący wnosi o modyfikację ww. postanowienia w ten sposób, że Zamawiający będzie mógł uruchomić Procedurę Awarii Krytycznej przy niedostępności min. 10% lokalizacji Zamawiającego, czyli wystąpienia Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 500 Lokalizacji z tym samym problemem lub na tym samym obszarze, lub w ramach podłączenia do tych samych zasobów dostępowych.

4.9. Zarzut 4 h))

w Rozdziale 7 ustęp 2 w Tabeli nr 10 pkt. 2 OPZ zdefiniował w słowniku pojęć Awarię masową jako „Wystąpienie awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest uruchomienie i utrzymanie przez Wykonawcę ok. 4 700 lokalizacji (9 400 łączy). Przy tak dużej skali projektu zdefiniowanie awarii 10 lokalizacji jako awarii masowej, biorąc pod uwagę procedury, jakie wykonawca jest zobowiązany uruchomić w celu usunięcia takiej awarii, jest w ocenie Odwołującego nieadekwatne do celu, jak Zamawiający zamierza osiągnąć.

Mając powyższe na uwadze, zarzut jest w pełni uzasadniony.

(...)

{KIO 1904/22}

28 lipca 2022 r. również Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Orange”, „Odwołujący” lub „Odwołujący Orange”} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Naruszenie art. 99 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób

niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, polegający na:

- a) braku wskazania nowych lokalizacji, w których Zamawiający będzie zwiększał przepustowość oraz zmieniał kategorię w ramach prawa opcji, co uniemożliwia skalkulowanie oferty, gdyż Wykonawca nie ma wiedzy, czy będzie miał w danej lokalizacji warunki techniczne do rozpoczęcia świadczenia usługi lub zwiększenia przepustowości, czy też będzie musiał ponosić nakłady inwestycyjne, a jeśli tak, to w jakiej wysokości (§ 7 ust. 1-3 wzoru umowy);
 - b) ustaleniu terminu realizacji prawa opcji w zakresie uruchomienia usług w nowej lokalizacji i zwiększenia przepustowości w nowej lokalizacji bez uwzględnienia rzeczywistej czasochłonności prac, co uniemożliwia Wykonawcy skalkulowanie oferty, gdyż nie tylko nie jest w stanie on oszacować, jakie nakłady będzie musiał poczynić, aby wykonać niezbędne prace w danej lokalizacji w tym terminie, ale czy w ogóle będzie w stanie wykonać niezbędne inwestycje w wymaganym terminie (§ 7 ust. 10 wzoru umowy);
 - c) braku określenia zakresu przedmiotu zamówienia z uwagi na zastrzeżenie możliwości jednostronnej rezygnacji przez Zamawiającego w dowolnych okolicznościach z 30% liczby Lokalizacji rocznie, co oznacza, że Wykonawca nie ma pewności, ile usług będzie świadczył i przez jaki okres czasu, co tym bardziej utrudnia sporządzenie oferty, że wysokość Opłaty Instalacyjnej została sztucznie ograniczona przez Zamawiającego (§ 8 ust. 1 wzoru umowy);
 - d) opisanie przedmiotu w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez zastrzeżenie wymagania zapewnienia ilości wpisów dla ACL na poziomie 4096 ACE (Pkt 6.8 OPZ);
 - e) wskazaniu zbyt krótkiego terminu na uruchomienie usługi (Prace Wdrożeniowe), który nie uwzględnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz wydłużonych terminów dostaw sprzętu (rozdział VI ust. 1 SWZ).
2. Art. 99 ust. 4 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, polegający na:
- a) dopuszczeniu jedynie protokołów NetFlow, które stosuje producent Cisco, co uniemożliwia zastosowanie produktów innych producentów, co nie jest uzasadnione wymaganymi przez Zamawiającego funkcjonalnościami, które mogą zapewnić również inne protokoły stosowane przez innych producentów, co dodatkowo w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, który korzysta z urządzeń produkowanych przez Cisco (rozdział 1 ust. 1.3 pkt 6 ppkt 6.13 i 8.21 oraz ust. 1.4 pkt 6 ppkt 6.5.14);

- b) wymaganie, aby dostarczone rozwiązanie pracowało pod kontrolą Systemu Sterowania Połączeniami (rozdział 1 ust. 1.1 pkt 8 OPZ), który to system ma zarządzać pracą całego rozwiązania (w tym Urządzeń CE), jak również ma zapewniać rozbudowane funkcje diagnostyczne oraz niezależnego dodatkowego dostępu do Urządzeń CE (rozdział 1 ust. 1.4 pkt 6 OPZ), który miałby być realizowany za pośrednictwem konkretnych, wskazanych w dokumentacji komend, co wskazuje na rozwiązanie producenta Cisco stosowane w rozwiązaniu „iWAN” bez dopuszczenia rozwiązań oferujących wszystkie funkcjonalności w jednym Systemie Sterowania Połączeniami, które to ograniczenie nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, gdyż zapewnienie wszystkich wyżej wymienionych funkcjonalności łącznie także spełnia wymagania Zamawiającego, co jednocześnie uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, gdyż producent Cisco już rozwiązania iWAN nie oferuje, a jednocześnie uniemożliwia złożenie oferty innym wykonawcom, gdyż współczesne rozwiązania oferują wszystkie opisane wyżej funkcjonalności (w tym sterowanie komendami) łącznie;
- c) wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na wykonanie Prac Wdrożeniowych, nieuwzględniającego złożoności przedmiotu zamówienia i wydłużonych terminów dostaw urządzeń, który uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, który będzie musiał prace wdrożeniowe wykonać tylko w ograniczonym zakresie (rozdział VI ust. 1 SWZ).
3. Art. 433 pkt 4 – przez zawarcie we wzorze umowy niedopuszczalnych postanowień umownych, z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmniejszania zakresu zamówienia bez wskazania ani minimalnej wielkości, ani wartości świadczenia stron, polegające na zastrzeżeniu w umowie zawieranej na 4 lata uprawnienia do jednostronnego zmniejszania liczby Lokalizacji, w których świadczone są usługi, w liczbie do 30% liczby Lokalizacji wskazanej w Wykazie Lokalizacji rocznie (§ 8 ust. 1 wzoru umowy).
4. Art. 131 ust. 1 – przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert nieuwzględniającego złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, w związku ze znacznym stopniem skomplikowania zamówienia, które obejmuje świadczenie usług w 4772 lokalizacjach.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian treści SWZ:

1. Dodania w § 7 wzoru umowy zastrzeżenia, zgodnie z którym prawo Opcji w zakresie Zmiany Przepustowości, Nowych Lokalizacji i Zmiany Kategorii będzie realizowane na zasadach określonych w § 7 wzoru umowy, o ile Wykonawca posiada warunki

techniczne w lokalizacjach, których ma dotyczyć prawo opcji, a jeśli nie ma takich warunków, będzie ono realizowane w ramach zamówienia w trybie określonym w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

2. Usunięcia z załącznika nr 2 do SWZ (Formularz cenowy) ograniczenia opisanego w informacjach ogólnych do tego formularza [*Wysokość opłaty instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji*] i odpowiednie dopasowanie formuł w wersji edytowalnej formularza.
3. Zmiany § 8 ust. 1 wzoru umowy polegającej na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający może zrezygnować maksymalnie z 30% liczby Lokalizacji podanych w Wykazie Lokalizacji i gwarantuje korzystanie z 70% liczby Lokalizacji podanych w Wykazie Lokalizacji.
4. Zmniejszenie wartości ACE do 1024 oraz wprowadzenia ilości ACL na poziomie 30 tysięcy.
5. Zmiany wymagań OPZ polegającej na wskazaniu w ww. punktach katalogu możliwych do zastosowania przez Wykonawców protokołów tj. Netflow lub sFlow lub jFlow lub OpenFlow lub IPFIX lub cflowd lub Neflow Lite lub Flexible Netflow lub Netstream.
6. Dodaniu w Roz. 1, ust. 1.4, pkt 6 OPZ nowego podpunktu 6.7 w brzmieniu: *Alternatywnie funkcjonalności wskazane w pkt 6 mogą być realizowane za pośrednictwem Systemu Sterowania Połączeniami.*
7. Przedłużenie terminu składania ofert do 6 października 2022 r.
8. Przedłużenia terminu na wykonanie Prac Wdrożeniowych do 16 miesięcy od zawarcia umowy.

W uzasadnieniu odwołania następująco przedstawiono okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę:

(...)

Zarzut 1 Niejednoznaczny, niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

Dokonanie przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania.

Jednymi z podstawowych zasad, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia są jednoznaczność oraz wyczerpujący charakter opisu przedmiotu zamówienia, a także uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ

na sporządzenie oferty.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje zgodność zarówno, co do tego, jak istotną czynnością jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, jak i co do tego, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać Wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji ustalić co musi zaoferować oraz jakie są wymagania Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać dokonany w sposób jednoznaczny, ma wskazać Wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty (tak: B. Artymowicz i in. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021, s. 339). Podobne stanowisko prezentuje M. Stachowiak, stwierdzając, że „Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że Wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić Wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.). Zamawiający nie spełnił tych wymagań formułując OPZ w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzuty 1a)-1b) Niejednoznaczny, niewyczerpujący nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty opis przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji

Zamawiający zastrzega trzy rodzaje prawa opcji: Opcję Zmiany Przepustowości, Opcję Nowych Lokalizacji oraz Opcję Zmiany Kategorii, które zostały opisane w § 7 ust. 2-4 Wzoru Umowy. Prawo Opcji Zmiany Przepustowości zgodnie z § 7 ust. 2 Wzoru Umowy zakłada, że „Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Przepustowości dla Lokalizacji, w których wdrożono łącza kategorii T0-T5. W przypadku skorzystania z Opcji Zmiany Przepustowości dla danej Lokalizacji, Wykonawca zainstaluje niezbędną infrastrukturę sieciową oraz będzie świadczył Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie większej przepustowości łącza zgodnie z postanowieniami Rozdziału 1 OPZ. Lista Lokalizacji, w których Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Przepustowości została określona w Wykazie Lokalizacji

stanowiącym Załącznik nr 2 oraz w Załączniku nr 11 do Umowy, poprzez wskazanie odpowiedniej kategorii. Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Przepustowości w okolicznościach wskazanych w ust. 13”.

Prawo Opcji Nowych Lokalizacji zgodnie z § 7 ust. 3 Wzoru Umowy Polega na tym, że „Zamawiający może skorzystać z Opcji Nowych Lokalizacji, w ramach której Zamawiający ma prawo do zamówienia świadczenia Usług w dowolnej liczbie nowych Lokalizacji i związanych z tym instalacji łączy, w kategorii od T0 do T8, przy czym przez nową Lokalizację rozumie się Lokalizację, która nie została określona w Wykazie Lokalizacji stanowiącym podstawę podpisania Całościowego Protokołu Odbioru. Zamawiający może skorzystać z powyższego uprawnienia w całym okresie realizacji Umowy, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż określony w OPZ Rozdział 3 pkt 3.1 ppkt 2-4, liczony od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11. W każdym z kolejnych dwunastu (12) miesięcy obowiązywania Umowy Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z Opcji Nowych Lokalizacji w odniesieniu do nowych Lokalizacji w liczbie nieprzekraczającej 20% liczby Lokalizacji wskazanej w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy. Zamawiający może skorzystać z Opcji Nowych Lokalizacji w okolicznościach wskazanych w ust. 13.”.

Zgodnie z § 7 ust. 4 Opcja Zmiany Kategorii zakłada, że „Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Kategorii, w ramach której Zamawiający ma prawo przez cały okres świadczenia Usług do zażądania od Wykonawcy zmiany kategorii łączy T0-T8 – w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi – na wyższą lub niższą, jednak w ilości nie większej niż 20% Lokalizacji wskazanych w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy rocznie. Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Kategorii w okolicznościach wskazanych w ust. 13. Łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego Przedmiotu Umowy wskutek realizacji Opcji Zmiany Kategorii nie będzie wynosić mniej niż 70% Wartości Umowy.”.

Świadczenie usług transmisji danych wymaga infrastruktury teleinformatycznej, która niezależnie od tego, w jakim medium jest zrealizowana (czy to kable, czy radiolinie), jest rozmieszczona w określony sposób geograficznie. Co więcej, infrastruktura każdego z Wykonawców, co do zasady jest rozmieszczona w inny sposób. Są miejsca, gdzie jest rozbudowana i są miejsca, gdzie jest szczątkowa. Z tego względu dla skalkulowania oferty przez Wykonawcę niezbędne jest określenie przez Zamawiającego położenia Lokalizacji, w których ma być świadczona usługa. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w dokumentach zamówienia, sam Zamawiający jako załącznik nr 2 do Wzoru Umowy przewidział Wykaz Lokalizacji.

O ile jednak Zamawiający przewidział Wykaz Lokalizacji dla Zamawiającego, o tyle nie przewidział lokalizacji, które mają być objęte prawem opcji, co uniemożliwia Wykonawcy skalkulowanie oferty z uwagi na to, że Wykonawca nie wie, czy posiada w danej lokalizacji niezbędną infrastrukturę.

Dotyczy to nie tylko Opcji Nowych Lokalizacji, choć tam jest to widoczne w sposób najbardziej oczywisty. Tak samo jak dla zamówienia podstawowego Wykonawca musi znać lokalizacje, aby wycenić usługi, tak samo potrzebuje informacji na temat położenia Nowych Lokalizacji, gdyż usługi w Nowych Lokalizacjach będą świadczone po dokładnie tej samej infrastrukturze, co usługi dla zamówienia podstawowego. Nie ma uzasadnienia dla tego, aby opis przedmiotu zamówienia uwzględniał położenie danej Lokalizacji dla zamówienia podstawowego, a nie uwzględniał tego dla Opcji Nowych Lokalizacji.

Rozmieszczenie infrastruktury Wykonawcy jest też istotne z punktu widzenia dwóch pozostałych rodzajów Opcji, tj. Opcji Zmiany Przepustowości i Zmiany Kategorii. To, że Wykonawca świadczy usługi o danych parametrach w danej Lokalizacji nie oznacza, że może w dowolny sposób zwiększać przepustowość, czy kategorię łączy. Takie zmiany są ograniczone posiadaną infrastrukturą w danej Lokalizacji, która, jak już była o tym mowa powyżej, jest rozmieszczona geograficznie w sposób niejednorodny i w niektórych obszarach jest bardziej rozbudowana, niż w innych. W konsekwencji, w przypadku określonych Lokalizacji dany Wykonawca może po prostu nie mieć infrastruktury wymaganej do tego, aby zrealizować prawo opcji bez dokonania niezbędnych inwestycji, polegających na rozbudowie infrastruktury, co może w szczególności wiązać się z koniecznością zestawienia łączy światłowodowych i poniesienia dużych nakładów. Tym samym również w przypadku zmiany przepustowości, czy kategorii łączy dla prawidłowej wyceny oferty niezbędna jest znajomość lokalizacji.

Dodatkową kwestią dotyczącą prawa opcji, która uniemożliwia sporządzenie oferty jest wskazanie przez Zamawiającego arbitralnego jednolitego terminu na zrealizowanie przez Wykonawcę prac wynikających z prawa Opcji.

Zgodnie z § 7 ust. 10 Wzoru Umowy „Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 11 może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż sześćdziesiąt (60) dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni.”

O ile w przypadku Lokalizacji, w której Wykonawca posiada niezbędną infrastrukturę dotrzymanie takich terminów jest możliwe, o tyle, w przypadku konieczności dokonania prac, w szczególności zestawienia łączy światłowodowych, terminy te mogą się okazać nierealne z uwagi na czas trwania procesu inwestycyjnego w Polsce.

Odwołujący podkreśla, że realizacja prawa opcji, może oznaczać konieczność budowy łączy w lokalizacjach 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.

Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowane 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 lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od podmiotów trzecich, a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych.

W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wdzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich 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 120-150 dni.

Odwołujący podnosi, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, Wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 180 dni od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi Wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej.

Niezależnie od powyższego sporządzenie oferty w zakresie prawa opcji uniemożliwia również sposób wynagrodzenia z tytułu prawa opcji określony w § 7 ust. 5-7 Wzoru Umowy. Jest on analogiczny dla każdego z rodzajów Opcji i zakłada wynagrodzenie składające się z dwóch elementów: Opłaty instalacyjnej oraz Wynagrodzenia za Usługi świadczone w Lokalizacji.

Jedynie pozornie wynagrodzenie uwzględnia koszty instalacji, zgodnie bowiem z instrukcją zawartą w Formularzu Ofertowym „Wysokość opłaty instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia

(abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji". Tym samym opłata instalacyjna nie jest pochodną rzeczywiście poniesionych kosztów, lecz pochodną wysokości abonamentu. Co jest tym bardziej absurdalne, że w wysokość abonamentu przy arbitralnie określonej wysokości opłaty instalacyjnej musi uwzględniać koszt tej instalacji, które musi ponieść Wykonawca, aby zrealizować prace wynikające ze skorzystania przez Zamawiającego z Opcji. Podkreślić należy, że jedynym czasowym ograniczeniem dla Zamawiającego, co do skorzystania z prawa opcji jest to, że nie może on złożyć oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji później niż na 4 miesiące przed zakończeniem trwania Umowy. Sprawia to, że Wykonawca nie ma możliwości oceny w kalkulacji ceny oferty przez jaki okres będzie świadczył usługi w Lokalizacjach objętych Opcją, a zatem nie może określić przez jaki czas będzie otrzymywał Wynagrodzenie za Usługi w Lokalizacji i nie wie, w jaki sposób mógłby wkalkulować w cenę abonamentu koszty instalacji przekraczające wynagrodzenie wynikające z opłaty instalacyjnej.

Podsumowując, Zamawiający ukształtował postanowienia Umowy w taki sposób, że Wykonawca musi skalkulować w cenie oferty Opcję nie wiedząc, czy, a jeśli tak, to jakie inwestycje będzie musiał zrealizować, a jeśli inwestycje będą konieczne będzie musiał je wykonać w arbitralnie narzuconym terminie, nieuwzględniającym prac, jakie dla wykonania Opcji są niezbędne, a to wszystko będzie musiał skalkulować w ramach sztucznie określonej Opłaty Instalacyjnej oraz Wynagrodzenia za świadczenie Usługi, co do którego nie będzie wiedział, przez jaki okres, w danej lokalizacji objętej prawem Opcji, będzie ją otrzymywał. To nie jest przygotowywanie oferty w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, to jest zgadywanie. W przypadku możliwości skorzystania przez Zamawiającego z Opcji niezależnie od tego czy Wykonawca posiada warunki techniczne, czy też nie, prawidłowe skalkulowanie ceny oferty jest niemożliwe.

Z punktu widzenia kalkulacji ceny usług, polegających na transmisji danych w sieci WAN, uruchomienie, czy zwiększenie przepustowości łączy, bez względu na posiadaną przez Wykonawcę infrastrukturę, możliwe jest tylko w przypadku, gdy Zamawiający poda położenie Lokalizacji, które mają być objęte Opcją. Wówczas Wykonawca może, uwzględniając posiadaną infrastrukturę, skalkulować koszt realizacji prawa opcji.

Bez podania lokalizacji, Opcja na warunkach określonych w § 7 Wzoru Umowy, możliwa jest do wyceny tylko co do Lokalizacji, w których Wykonawca posiada infrastrukturę (pozytywne warunki techniczne), umożliwiające zrealizowanie Opcji bez inwestycji, wymagających rozbudowy infrastruktury.

Mając powyższe na względzie, wnoszę jak na wstępie.

Zarzut 1 c) Brak określenia zakresu świadczonych usług – możliwość jednostronnego nieograniczonego ograniczania liczby lokalizacji, w których świadczona będzie usługa

(...)

Zarzut 1 d) zastrzeżenie wymagania zapewnienia ilości wpisów dla ACL na poziomie 4096 ACE

(...)

Zarzut 1 e) zbyt krótki czas na uruchomienie usługi (na Prace wdrożeniowe)

Termin Prac Wdrożeniowych jest okresem zbyt krótkim zważywszy na zakres prac jakie Wykonawca musi wykonać przez rozpoczęciem świadczenia usług, jak również mając na uwadze obecne realia rynkowe w tym przede wszystkim terminy dostaw sprzętu. W tym miejscu należy podkreślić, iż 10-cio miesięczny okres wdrożenia preferuje obecnego dostawcę usługi która jest przedmiotem niniejszego postępowania, czyli firmę Netia S.A.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej. Wymaganiem Zamawiającego jest zapewnienie w każdej z 4 772 lokalizacji dwóch niezależnych łączy – podstawowego i zapasowego (łącza mają działać równolegle). W praktyce Wykonawca będzie musiał zrealizować instalację ponad 9,5 tysiąca łączy/usług w blisko 5 tys lokalizacjach Zamawiającego rozmieszczonych na obszarze całego kraju. Z całą świadomością należy podkreślić, iż niniejsze zamówienie jest największym (pod kątem liczebności usług) z jakim mierzą się Wykonawcy na rynku polskim.

Do realizacji usług o których jest mowa powyżej Wykonawca potrzebuje dodatkowo zapewnić sprzęt sieciowy (Urządzenia CE oraz System Sterowania Połączeniami i System Monitorowania), który to sprzęt dla każdego Wykonawcy nieświadczącego aktualnie Zamawiającemu usługi rozległej sieci WAN (tj. poza firmą Netia) musi zostać uprzednio zakupiony na rynku. Dostępność sprzętu sieciowego (routery CE i PE) nawet w okresie przed pandemią COVID-19 oraz wojną na Ukrainie wynosił średnio (w zależności od konfiguracji) od 3 do 5 miesięcy. Aktualna sytuacja na rynku IT jest w zakresie planowania i przewidywania dostaw dramatycznie zła. W obecnych realiach wiodący producenci sprzętu sieciowego oraz ich autoryzowani dystrybutorzy za minimalne terminy dostaw sprzętu w standardowej konfiguracji uznają okres 7-9 miesięczny (gdzie dla konfiguracji odbiegających od standardowych jest to już 12 miesięczny czas dostawy) co więcej normalną praktyką staje się przesuwanie w czasie wstępnie uzgodnionych terminów dostaw, zaś skrajnie nawet kasowanie złożonych zamówień. Powyższe jest związane z powszechnie występującym obecnie problemem braku dostępności podzespołów (półprzewodników) w całej branży IT. Na sytuację o której mowa powyżej Wykonawcy nie mają żadnego wpływu, ponadto nie mogą przyjąć żadnych środków zaradczych w postaci przykładowo zbudowania stoku, gdyż sprzęt sieciowy jest zamawiany u producentów w konkretnej specyfikacji, która musi odpowiadać wymaganiom realizowanego w danym momencie projektu.

Dodatkowo dostawa sprzętu nie jest jedynym elementem niezbędnym do uruchomienia usług, bowiem Wykonawca jest zobowiązany wybudować łącza (łącza podstawowe i zapasowe) do transmisji danych o odpowiedniej przepustowości oraz parametrach jakościowych. Zgodnie z Roz. 1, ust. 1.1, pkt 3:

„Sieć WAN Poczty Polskiej będzie zrealizowana w oparciu o klasy usług transmisji danych:

3.1. dla kategorii T0–T4 – łącza symetryczne (podstawowe i zapasowe), rozumiane jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z RFC4364 ogłoszonej przez Internet Engineering Task Force (IETF) lub równoważnej uprzednio zaakceptowanej przez Zamawiającego. Transmisja w ramach usługi IP VPN objęta będzie SLA w zakresie zarówno dostępności, jak i parametrów transmisyjnych dla zdefiniowanych klas ruchu, łącze zapasowe będzie posiadało 100% prędkości łącza podstawowego,

3.2. dla kategorii T5 – łącza symetryczne (podstawowe) i asymetryczne (zapasowe), rozumiane jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z RFC4364. Transmisja w ramach usługi IP VPN objęta będzie SLA w zakresie zarówno dostępności, jak i parametrów transmisyjnych dla zdefiniowanych klas ruchu,

3.3. dla kategorii T6–T8 – łącza asymetryczne (podstawowe i zapasowe), łącze podstawowe rozumiane jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z RFC4364. Transmisja w ramach usługi IP VPN objęta będzie SLA w zakresie zarówno dostępności, jak i parametrów transmisyjnych dla zdefiniowanych klas ruchu. Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy zapasowych w oparciu o łącza Internetowe lub 5G/4G/LTE, radiolinie punkt-punkt. Inne technologie muszą zostać uzgodnione z Zamawiającym. Łącza zapasowe objęte będą SLA odpowiednim dla kategorii”.

Dodatkowo Zamawiający sformułował następujące wymagania w zakresie struktury sieci:

„5. W każdej Lokalizacji T0–T2 wymagane jest, aby oba łącza, tj. podstawowe i zapasowe, zostały terminowane na dwóch niezależnych routerach PE w sieci Wykonawcy (w różnych punktach geograficznych) oraz na dwóch niezależnych Urządzeniach CE w Lokalizacji Zamawiającego (2 CE do 2 PE).

6. Jeżeli oba łącza dla kategorii T0–T4 (podstawowe i zapasowe) będą oparte na dostępie kablowym, Wykonawca poprowadzi je niezależnymi od siebie drogami.

7. Jeżeli oba łącza (podstawowe i zapasowe) będą oparte na dostępie radiowym (radiolinia), każde z nich zostanie zakończone na niezależnych geograficznie antenach i węzłach dostępowych w sieci Wykonawcy. Urządzenia nadawcze w Lokalizacji Zamawiającego muszą być zainstalowane na dwóch oddzielnych masztach i zorientowane w różnych kierunkach nadawania”.

W celu przygotowania do świadczenia usług Wykonawca potrzebuje czasu na okres przygotowawczy podczas którego będzie przeprowadzał albo proces budowy własnej

infrastruktury kablowej do danych lokalizacji Zamawiającego, albo będzie przeprowadzał proces wydzierżawienia istniejącej już w danej lokalizacji Zamawiającego infrastruktury telekomunikacyjnej.

Budowa światłowodowych przyłączy telekomunikacyjnych jest procesem złożonym i czasochłonnym. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury Wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia, zaś ewentualne skrócenie czynności formalnych nie jest możliwe nawet przy zaangażowaniu i potencjale Wykonawców. Wykonawcy nie mają wpływu choćby na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30 dniowy termin udzielenia odpowiedzi, z możliwością jego wydłużenia. Co więcej istotna część placówek Zamawiającego jest zlokalizowana w obiektach które są wpisane do rejestru zabytków, wówczas sam proces formalno-administracyjny uzyskania stosownych zgód na budowę infrastruktury kablowej, czy też radiowej wydłuża się o kolejne minimum kilkadziesiąt dni.

Z kolei proces dzierżawy istniejącej infrastruktury od innego podmiotu również jest procesem czasochłonnym – w dużym uproszczeniu niezbędne jest pozyskanie stosowych ofert, potwierdzenie technicznych możliwości wykorzystania infrastruktury innego operatora (ewentualnie przeprowadzenie procesu inwestycji polegającego na budowie stosownych punktów styku), wynegocjowanie warunków handlowych oraz formalne skwitowanie dzierżawy z właścicielem.

Niezależnie od sposobu realizacji usług do Zamawiającego trzeba mieć na uwadze skalę przedsięwzięcia tj. dostawę usług do blisko 5 tysięcy lokalizacji – czyli w praktyce Wykonawca będzie musiał prowadzić równoległe setki inwestycji oraz setki równoległych uzgodnień z dziesiątkami innych operatorów posiadającymi infrastrukturę w placówkach Zamawiającego.

Zwracamy również uwagę, iż nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji, czy też rozpoczynanie procesu zakupowego niezbędnego sprzętu przed zawarciem umowy. Zatem jedynie stosowna modyfikacja dokumentacji przetargowej określająca odpowiednią ilość miesięcy na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców.

W tym miejscu należy odwołać się również do standardów w zakresie wymagań na termin realizacji, jakie przyjmują inni Zamawiający dla analogicznego przedmiotu zamówienia jakim są usługi rozległej sieci WAN. Przykładowo:

a) Urząd Dozoru Technicznego – zakres to dostawa 39 łączy WAN (podstawowych) oraz 37 łączy zapasowych, termin realizacji do 6 miesięcy (Świadczenie usług transmisji danych w sieci WAN i dostępu do Internetu – znak sprawy ZP-DI-40/22).

b) Prokuratura Krajowa – zakres to dostawa usługi sieci WAN do ponad 240 lokalizacji –

termin realizacji do 200 dni (Zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury – znak sprawy: PK XF 261.17.2021),

c) PKP Intercity – zakres to dostawa usług sieci WAN do 129 lokalizacji – termin realizacji do 12 miesięcy (Świadczenie usług telekomunikacyjnych – znak sprawy 21/WNP-009396/PRZ)

Mając na względzie powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Zarzut 2 Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję Swoboda Zamawiającego w sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia nie jest nieograniczona. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy „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.”

W doktrynie można spotkać się ze stanowiskiem, że „Cel regulacji z art. 99 ust. 4 Pzp można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężenia konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego Wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego Wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego Wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy Wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego Wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu Wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego Wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt.” (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, B. Artymowicz i in., UZP, Warszawa 2021, s. 340). Podobnie M. Stachowiak stwierdza, że „Zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania wymagań, w tym sensie, że muszą one mieć uzasadnienie; osiągnięcie określonego celu uzasadnionego

potrzebami zamawiającego jest przeciwwagą dla ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl., rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych Wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Ograniczeniem konkurencji będzie dokonywanie opisu w sposób wskazujący na jeden produkt, usługę lub Wykonawcę lub też opisanie przedmiotu zamówienia zbyt szczegółowo, nie pozostawiając miejsca dla przedstawienia ofert zróżnicowanych co do świadczenia, bez uzasadnienia potrzebami zamawiającego (za: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.). Opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, został dokonany w sposób faworyzujący Wykonawców obecnie świadczących usługi na rzecz Zamawiającego i utrudniający (uniemożliwiający) złożenie ofert innym Wykonawcom.

(...)

Zarzut 2 a) Wymaganie protokołu Netflow, właściwego dla urządzeń Cisco, wykorzystywanych przez Wykonawcę obecnie świadczącego usługi

(...)

Zarzut 2 b) Wymaganie wykonywania wymaganych komend poza Systemem Sterowania Połączeniami, właściwe dla rozwiązania producenta Cisco, stosowanego przez Wykonawcę obecnie świadczącego usługi

(...)

Zarzut 2 c) – termin na uruchomienie usług (wykonanie Prac Wdrożeniowych) preferujący Wykonawcę obecnie świadczącego usługi

Przewidziany przez Zamawiającego w Roz. VI ust. 1 SWZ termin na rozpoczęcie świadczenia usługi, na wykonanie Prac Wdrożeniowych, jak już była o tym mowa powyżej, w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 e), nie uwzględnia stopnia złożoności przedmiotu zamówienia, wydłużonych terminów dostaw sprzętu.

Termin ten dodatkowo w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje Wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, który będzie musiał wykonać Prace Wdrożeniowe w węższy m zakresie niż ewentualni inni Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu.

Obecny Wykonawca posiadając wybudowane do lokalizacji Zamawiającego łącza oraz posiadając zainstalowany w lokalizacjach Zamawiającego sprzęt sieciowy nie poniesie

żadnego wysiłku we wdrożeniu przedmiotu niniejszego postępowania. Stąd zastrzeżenie nierealistycznego terminu wykonania Prac Wdrożeniowych nie ma wpływu na sytuację Wykonawcy obecnie świadczącego usługi u Zamawiającego, a jednocześnie może wpłynąć na krąg potencjalnych Wykonawców, poprzez ograniczenie ich liczby, będące skutkiem wskazania niemożliwego do dotrzymania terminu na wykonanie Prac Wdrożeniowych.

Z tego względu dla zachowania konkurencyjności niezbędna jest modyfikacja czasu wdrożenia, w szczególności uwzględnienie iż każdy Wykonawca poza obecnie świadczącym usługi będzie musiał nabyć sprzęt sieciowy.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Zarzut 3 Niedozwolone klauzule umowne – zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron

(...)

Zarzut nr 4 Zbyt krótki termin składania ofert – brak możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych

(...)

{KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22}

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 3 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie każdego z nich w całości z uwagi na bezzasadność oraz bezprzedmiotowość podniesionych w nim zarzutów oraz złożonych wniosków (czyli zgłoszonych żądań).

Przy czym każda z tych trzech odpowiedzi zawiera identyczne wprowadzenie w następującym brzmieniu:

(...)

I. Wprowadzenie

Odnosząc się tytułem wstępu do zarzutów i wniosków podniesionych w odwołaniu, Zamawiający poniżej wskazuje, co następuje.

Zamawiający, wszczynając przedmiotowe Postępowanie, określił jego warunki zgodnie ze swoimi potrzebami, uwzględniającymi zarówno charakter zamówienia, jego skalę, jak i specyfikę przedsiębiorstwa Zamawiającego, która wymaga, aby świadczenie usług na rzecz Zamawiającego było realizowane z uwzględnieniem faktu, że służą one bezpośrednio realizacji zadań będących statutowym przedmiotem działalności Zamawiającego. Zamawiający, chcąc zagwarantować sobie możliwości nieprzerwanego świadczenia przez siebie usług, które m.in. umożliwiają świadczenie usług biznesowych przez Zamawiającego w skali całego kraju, jest zobowiązany w pierwszej kolejności zapewnić sobie usługi transmisji danych w sieci WAN na odpowiednim poziomie. Z usług

transmisji danych w strukturach Zamawiającego obecnie korzysta ok 60 000 osób, w tym placówki pocztowe, listonosze, kurierzy, węzły ekspedycyjno-rozdzielcze, administracja, Poczta Polska Ochrona, Centrum Szkoleniowe. Usługi wykorzystywane są m.in. do realizacji usług biznesowych takich jak np. usługi listowe, usługi paczkowe, usługi finansowe, usługi ochrony, usługi cyfrowe na linii państwo-obywatel/przedsiębiorca. Brak dostępu do usług uniemożliwiłby funkcjonowanie i zarządzanie tak wielką organizacją, jaką jest Zamawiający i zagroziłby świadczeniu usług pocztowych, w tym procesów biznesowych Zamawiającego jako operatora wyznaczonego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, na co z oczywistych powodów Zamawiający nie może przystać. Z tych względów w przeważającej części postanowień przyszłej umowy oraz OPZ Zamawiający nie może pozwolić sobie np. na bardziej dogodny dla wykonawcy sposób ich świadczenia oczekiwany przez Odwołującego.

Odwołujący niesłusznie i wbrew celom przedmiotowego zamówienia oczekuje natomiast od Zamawiającego takiego sformułowania warunków zamówienia, które zapewni mu komfort realizacji zamówienia i zminimalizuje ryzyka towarzyszące wykonaniu ww. kontraktu. Zmodyfikowanie warunków kontraktowych w sposób, którego oczekuje Odwołujący nie tylko nie pozwoliłoby osiągnąć Zamawiającemu celów zamówienia, ale (w sytuacji uwzględnienia żądań Odwołującego m.in. dotyczących kar umownych lub bonifikat, zasad skorzystania z Zamawiającego z prawa opcji) umożliwiłoby wybranemu wykonawcy uchylanie się od jego zobowiązań wynikających z umowy.

Zamawiający pragnie w tym miejscu zaznaczyć, iż fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób umożliwiający spełnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego i osiągnięcie zakładanych celów biznesowych.

Odpowiednio do powyższego, bardziej dogodne dla Odwołujących warunki wykonania zamówienia nie mogą przesłonić uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można zmuszać Zamawiających do zakupu usług niespełniających jego wymagań (do takiego zaś niekorzystnego dla Zamawiającego efektu dąży w istocie w niniejszej sprawie Odwołujący).

Do analogicznych wniosków Krajowa Izba Odwoławcza doszła w szeregu orzeczeń – zdaniem Zamawiającego wnioski te są aktualne w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym.

W szczególności, na co uwagę zwraca w tym miejscu Zamawiający, Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawach pod sygn. akt: a) KIO 26/19, b) KIO 1987/14, KIO 2000/14 oraz KIO 2002/14,

Powyższe sprawy dotyczyły dwóch poprzednich postępowań prowadzonych przez Zamawiającego o tożsamym przedmiocie, obejmującym bowiem także świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN, gdzie brzmienie kwestionowanych postanowień warunków zamówienia było analogicznie jak w niniejszym Postępowaniu. Przy formułowaniu postanowień SWZ. w zaskarżonym zakresie, Zamawiając, poza doświadczeniami z realizacji poprzednich kontraktów uwzględnił również stanowisko Izby wyrażone w orzeczeniach wydanych w powyższych dwóch sprawach. Zamawiający wskazuje na marginesie, że w każdym z ww. postępowań wykonawcy byli w stanie należycie przygotować i złożyć ofertę.

Odwołujący pomija w treści odwołania powyższe, istotne z punktu widzenia tego postępowania odwoławczego orzeczenia, przytaczając wyroki, w których Izba poczyniła wnioski odnosząc się do innych niż objęte niniejszym Postępowaniem zamówień.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, iż sposób wykonywania przez Zamawiającego poprzednich kontraktów na świadczenie usług WAN jak i ich realizacja przez obie strony nie dość, że pozostaje w sprzeczności z twierdzeniami Odwołującego prezentowanymi w odwołaniu to potwierdza, że Zamawiający, mechanizmów zabezpieczających cel zamówienia i uprawnień kwestionowanych przez Odwołującego, w pełni mieszczących się zresztą w granicach dozwolonych PZP, nie nadużywa i współdziała w pełni z wykonawcami przy ich realizacji, także i z powyższych powodów argumentacja zawarta w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający pragnie dodatkowo podkreślić, iż dążąc do jeszcze bardziej korzystnego dla Wykonawców wyrównania ryzyk związanych z zamówieniem objętym Postępowaniem, skarżone postanowienia sformułował w sposób dużo mniej restrykcyjny niż w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN, pomimo, że Izba i wówczas nie podzielała analogicznych zarzutów co do bardziej wymagających wtedy dla wykonawców postanowień. O powyższym świadczy zwłaszcza obszernie i wnikliwe uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczego z dnia 28 stycznia 2019 r. (KIO 26/19), w którym Izba odniosła się do tożsamych zarzutów a w zakresie ustalenie faktycznych w nim zawartych przedstawiła brzmienie wcześniej kwestionowanych postanowień warunków zamówienia, zbieżne z aktualnym. Twierdzenie Odwołującego sugerujące, iż w zakresie formułowania uprawnień Zamawiającego w SWZ doszło do nieprawidłowości w zarzucanym w odwołaniu zakresie, nie dość, że niezasadne w świetle argumentacji przedstawionej w niniejszym piśmie, to nie może w żaden sposób świadczyć o naruszeniu przepisów PZP, w tym wskazanych w odwołaniu

Dodatkowo, Zamawiający uwzględnił w części zasadność niektórych zarzutów Odwołującego, w tym wniosków zgłoszonych w odwołaniu, co znalazło swój wyraz w zmianie

SWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2022 r. (dowód: załączone pismo Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2022 r.).

W rezultacie ww. kwestie przestały być sporne między stronami, zaś prowadzenie postępowania odwoławczego, w tym zakresie stało się również z tego powodu bezprzedmiotowe.

Odwołanie w świetle art. 554 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie, w przedmiotowej sprawie nie może być bowiem mowy o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów PZP, w szczególności takiego, które mogłoby mieć istotny wpływ na wynik Postępowania. Projektowane postanowienia wskazane przez Odwołującego są zgodne z wymaganiami wynikającymi z przepisów PZP, stąd argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Podkreślenia wymaga też w tym miejscu, że Odwołujący, podnosząc zarzuty, był zobowiązany udowodnić swoje twierdzenia, ponieważ to na nim spoczywa w tym wypadku w pełni ciężar dowodu. Temu obowiązkowi Odwołujący jednak nie sprostał. Dodatkowo, Odwołujący w szeregu kwestii, na co Zamawiający zwraca uwagę w dalszej części niniejszego pisma, pominął wymagania stawiane odwołaniom, zgodnie z którymi zarzuty powinny być skonstruowane i uzasadnione w taki sposób, aby zamawiający miał możliwość się z nimi w pełni zapoznać (ocenić w pełni stanowisko odwołującego) i mieć szansę obrony lub zmiany swojej decyzji. Przy obecnej konstrukcji poszczególnych zarzutów Zamawiający właściwie takowej nie ma. W konsekwencji już tylko z ww. przyczyn zarzuty te powinny podlegać oddaleniu.

(...)

{KIO 1889/22}

Brzmienie odpowiedzi na odwołanie T-Mobile w odniesieniu do zarzutów, które nie zostały przez Odwołującego wycofane do zamknięcia rozprawy:

(...)

II. Bezzasadność zarzutów i wniosków odwołania

1. Bezzasadność zarzutów dotyczących sposobu liczenia bonifikaty w odniesieniu do danego łącza oraz kwestionujących prawo do naliczenia kary umownej wraz z jednoczesnym prawem do pomniejszenia wynagrodzenia wskutek zastosowania bonifikaty – uwagi ogólne

(...)

2. Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w związku z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP dotyczącego sposobu liczenia bonifikaty w odniesieniu do łącza a nie całej Lokalizacji dotyczących rozdziału 6 punktów 5, 6, 11 podpunkt 11.3 oraz punkt 12 OPZ

2.1. Twierdzenia odwołania dotyczące rozdziału 6 punktów 5 i 6, punktu 11 podpunkt 11.3

oraz punktu 12 OPZ są bezzasadne i nietrafne. Wbrew niesłusznym twierdzeniom odwołania powyższe brzmienie postanowień OPZ w pełni umożliwia przygotowanie i wycenę oferty, jest adekwatne do celu zamówienia i uzasadnione okolicznościami.

2.2. Całość argumentacji Odwołującego oparta jest na błędnym założeniu. Wbrew temu co przyjął Odwołujący łącze podstawowe i zapasowe nie ma tej samej funkcji i nie jest obojętne z punktu widzenia pożądanego przez Zamawiającego poziomu jakości usług które z tych łącz będzie prawidłowo działać. Odwołujący twierdzi: „Skoro w ramach usługi operator ma zapewnić łącza podstawowe oraz zapasowe, to ewentualny brak dotrzymania parametrów SLA i skorelowana z tym odpowiedzialność finansowa w postaci bonifikat powinny być weryfikowane dopiero w przypadku, gdy w danej lokalizacji spadek parametrów lub brak dostępności usług będzie dotyczył dwóch łącz. Przykładowo, awaria łącza podstawowego uruchamia konieczność świadczenia usług po łączu zapasowym” (str. 8 odwołania, pkt II uzasadnienia odwołania, ppkt 7). Odwołujący zupełnie błędnie przyjmuje, że do świadczenia usług WAN w takim zakresie w jakim Zamawiający je wykorzystuje i ich potrzebuje wystarczające jest tylko łącze podstawowe i dopiero „awaria łącza podstawowego uruchamia konieczność świadczenia usług po łączu zapasowym”, podczas, gdy tak nie jest. Oba łącza tj. łącze podstawowe i łącze zapasowe wykorzystywane są przez Zamawiającego jednocześnie aby usługa WAN funkcjonowała zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i odpowiadała wyznaczonym przez Zamawiającego poziomom jakości zarówno łącze podstawowe jak i łącze zapasowe musi prawidłowo działać w tym samym czasie. Ze względu na obciążenie ruchem łącza podstawowego, w celu uniknięcia ograniczeń i problemów w przesyłaniu danych, łącze zapasowe jest wykorzystywane jednocześnie z łączem podstawowym. W dalszej kolejności, błędne jest też założenie Odwołującego, iż usługa WAN w takim zakresie w jakim oczekuje jej Zamawiający będzie w 100% dostępna w związku z działaniem łącza zapasowego. Zamawiający wskazuje, że samo łącze zapasowe nie zapewnia gwarancji pasma i parametrów jakościowych.

2.3. Zgodnie z rozdziałem 6 punktem 5 i 6 OPZ:

„5. Dla Lokalizacji posiadających więcej niż jedno łącze, bonifikaty za niedotrzymanie wymagań SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łącz w danej lokalizacji od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji.

6. W przypadku wystąpienia Awarii Masowej czterokrotność jej czasu trwania będzie doliczana do Czasu usuwania Awarii dla każdego łącza objętego Awarią Masową oraz będzie uwzględniana przy wyliczeniu dostępności miesięcznej i rocznej”.

Wedle rozdziału 6 punkt 11 podpunkt 11.3 OPZ: „dla Lokalizacji od kategorii TO do T8 parametry SLA i QoS mają być liczone dla każdego łącza z osobna”.

Natomiast odpowiednio do treści zakwestionowanego przez Odwołującego fragmentu

w rozdziale 6 punkcie 12 OPZ:

„Bonifikata roczna wyliczana jest niezależnie od Bonifikaty miesięcznej dla danej lokalizacji, jej wysokość wynikająca z tytułu niedotrzymania rocznego parametru dostępności usługi nie przekroczy sumarycznej wartości rocznej opłaty abonamentowych za dane łącze”.

2.4. Przychylenie się przez Zamawiającego do żądań Odwołującego podniesionych w zakresie tego zarzutu nie zabezpieczałoby w dostatecznym stopniu celów jakie Zamawiający pragnie osiągnąć poprzez wprowadzenie mechanizmu naliczania poszczególnych bonifikat. Rola wniesionego przez Odwołującego środka ochrony prawnej nie jest natomiast minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla Odwołującego.

3. Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 353[11 Kodeksu cywilnego w związku z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP w związku z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP dotyczących S 12 ust. 3, 7 i 17 Wzoru Umowy

(...)

4. Ustosunkowanie się przez Zamawiającego do twierdzeń odwołania zawartych w pkt IV ppkt 5, wstępnej części odwołania (na str. 4 odwołania) oraz w pkt IV uzasadnienia odwołania (na str. 10-11 odwołania)

(...)

5. Bezzasadność zarzutów odwołania dotyczących: § 7 Wzoru Umowy (terminy realizacji Opcji, uzależnienie możliwości realizacji przez Zamawiającego Opcji Nowych Lokalizacji od potwierdzenia możliwości technicznej świadczenia usługi przez Wykonawcę), § 8 ust. 1 lit. a) Wzoru Umowy (prawo Zamawiającego do rezygnacji z części Usług), klauzula § 3 ust. 11 Wzoru Umowy (skutki przekroczenia przez Wykonawcę terminu realizacji Prac Wdrożeniowych oraz świadczenie po terminie Usług dla Lokalizacji z zastosowaniem łączy kategorii niższej niż wymagana przez Zamawiającego)

5.1. Z tych samych co przytoczone w niniejszym piśmie powodów nie zasługują na uwzględnienie zarzuty wskazane w pkt III ppkt 2 lit. b, c, d i g, wstępnej części odwołania, na str. 2-4). Nie zostało w najmniejszym stopniu wykazane, aby brzmienie skarżonych klauzul naruszało PZP w zarzucanym zakresie lub powodowało, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć ofert w Postępowaniu.

5.2. W zakresie zarzutu powołanego w pkt III ppkt 2 lit. g Zamawiający wskazuje na zmianę SWZ dokonaną przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2022 r., w szczególności pragnie zwrócić uwagę na zmiany w zakresie § 3 ust. 11 Wzoru Umowy (dowód: załączone pismo Zamawiającego z 2 sierpnia 2022 r.), w świetle których zarzut dotyczący tego postanowienia jest już bezprzedmiotowy.

5.3. W zakresie zarzutu powołanego w pkt III ppkt 2 lit. b, c i d wstępnej części odwołania Zamawiający pragnie odnieść również do powołanego wcześniej wyroku Izby (w sprawie KIO 26/19), w którym Izba odniosła się do tożsamyh zarzutów a w zakresie ustaleń faktycznych w uzasadnieniu ww. orzeczenia przedstawiła brzmienie wcześniej kwestionowanych postanowień warunków zamówienia, zbieżne z aktualnym.

5.4. Twierdzenia Odwołującego sugerujące, iż w zakresie formułowania przedmiotowych uprawnień Zamawiającego w SWZ doszło do nieprawidłowości w zarzucanym w odwołaniu zakresie, nie dość, że niezasadne w świetle argumentacji przedstawionej w niniejszym piśmie, to nie mogą w żaden sposób świadczyć o naruszeniu przepisów PZP w zarzucanym zakresie w tym takiego które mogłoby mieć wpływ na wynik Postępowania.

6. Bezzasadność zarzutów dotyczących postanowień § 8 ust. 3 Wzoru Umowy (skutki skorzystania przez Zamawiającego z prawa do rezygnacji z części Usług) oraz § 13 ust. 13 Wzoru Umowy (warunki wypowiedzenia przez Zamawiającego Umowy w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego)

6.1. Z tych samych co przytoczone wcześniej powodów nie zasługują na uwzględnienie zarzuty wskazane w pkt III ppkt 2 lit. e i f, wstępnej części odwołania, na str. 3). Nie zostało w najmniejszym stopniu wykazane, aby brzmienie skarżonych klauzul naruszało PZP w zarzucanym zakresie lub powodowało, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć oferty w Postępowaniu

6.2. Argumentacja Odwołującego nie uwzględnia zmiany SWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2022 r., Zamawiający zwraca w szczególności uwagę na zmiany w zakresie S 13 ust. 13 Wzoru Umowy (dowód: załączone pismo Zamawiającego z 2 sierpnia 2022 r.), które w dużej mierze uwzględniają wniosek Odwołującego.

6.3. Brzmienie klauzuli § 8 ust. 3 i S 13 ust. 13 Wzoru Umowy jest w pełni uzasadnione w świetle PZP i Kodeksu cywilnego oraz usprawiedliwione biorąc pod uwagę pozostałe twierdzenia powołane w niniejszym piśmie. Postanowienie Wzoru Umowy w szczególności § 8 ust. 3 Wzoru Umowy wskazują jasno minimalną wartość świadczeń Wykonawcy, zakres natomiast w jakim Zamawiający może zrezygnować z Usług świadczonych w poszczególnych Lokalizacjach został jednoznacznie w postanowieniach Wzoru Umowy ograniczony. Przychylenie się w całości do twierdzeń i wniosków odwołania kwestionujących prawidłowość Wzoru Umowy w zarzucanym zakresie uniemożliwiłoby zabezpieczenie interesów Zamawiającego.

(...)

{KIO 1891/22}

Brzmienie odpowiedzi na odwołanie Netii w odniesieniu do zarzutów, które nie zostały

przez Odwołującego wycofane do zamknięcia rozprawy:

(...)

II. Bezzasadność zarzutów i wniosków odwołania

Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w związku z art. 16 pkt 1) i 3) PZP dotyczącego określenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych (§ 2 ust. 3 Wzoru Umowy) oraz terminu dostarczenia Harmonogramu (§ 3 ust. 3 Wzoru Umowy)

Uwagi ogólne

1.1. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w związku z art. 16 pkt 1) i 3) PZP dotyczący określenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych (§ 2 ust. 3 Wzoru Umowy) wskazany w pkt 1 lit. a) petitum odwołania jest zdaniem Zamawiającego bezzasadny.

1.2. Żądanie Odwołującego sprowadzające się do wydłużenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych do 14 miesięcy od dnia zawarcia umowy jest bezpodstawne (szczególnie że Odwołujący nie wykazał, dlaczego dopiero ten termin miałby być realny i co konkretnie powoduje, że pomimo wcześniejszego zrealizowania prac wdrożeniowych w tych samych lokalizacjach w okresie 8 miesięcy, teraz miałoby to być niemożliwe nawet w terminie 10 miesięcy). Odwołujący ogranicza się do ogólnikowych stwierdzeń dotyczących procesu budowy łączy pozostających w oderwaniu od okoliczności niniejszej sprawy w tym wymagań co do łączy sformułowanych przez Zamawiającego w SWZ, a także faktu, iż jest to kolejne zamówienie udzielane przez Zamawiającego dotyczące zasadniczo tych samych lokalizacji a ich charakterystyka są Odwołującemu i pozostałym uczestnikom niniejszego postępowania odwoławczego znane. Ogólna argumentacja prezentowana przez Odwołującego pozostaje też w sprzeczności ze sposobem wykonywania poprzednich zamówień na świadczenie usług WAN udzielonych przez Zamawiającego, w szczególności poprzednich umów realizowanych przy udziale samego Odwołującego, w tym średniej liczby Lokalizacji uruchamianych dziennie oraz miesięcznie w ramach prac wdrożeniowych. Zdaniem Zamawiającego, żaden z argumentów przedstawionych przez Odwołującego nie może świadczyć o naruszeniu przepisów PZP w zarzucanym zakresie.

1.3. Ponadto, co istotne, oczekiwanie Odwołującego co do przedłużenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych do 14 miesięcy nie uwzględnia obiektywnych potrzeb Zamawiającego w zakresie zapewnienia ciągłości dostępu do usług, które jak wskazano we wstępie niniejszego pisma, mają zasadnicze znaczenie dla działalności prowadzonej przez Zamawiającego. Żądanie Odwołującego pomija też całokształt okoliczności faktycznych i prawnych istotnych z punktu widzenia niniejszego zamówienia, w świetle których Zamawiający nie ma obiektywnej możliwości zapewnienia usługi po upływie okresu obowiązywania umowy łączącej Zamawiającego z Odwołującym także przy założeniu jej przedłużenia w granicach przewidzianych PZP oraz warunkami powyższej umowy, których to

okoliczności Odwołujący powinien być świadomy a które formułując żądania niniejszego odwołania pomija.

1.4. Nie ma również zdaniem Zamawiającego podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w związku z art. 16 pkt 1) i 3) PZP, wskazanego w pkt 1 lit. b) petitum odwołania dotyczącego określenia terminu dostarczenia Harmonogramu (§ 3 ust. 3 Wzoru Umowy).

Określenie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych

1.5. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że przedmiotem zamówienia objętego Postępowaniem jest 4772 lokalizacji. Stosowane przez Zamawiającego oznaczenia od „T0” do „T7” odnoszą się do kategorii łączy w sieci WAN PP. Wymagania dotyczące przepustowości łączy kategorii T0-T8 określa tabela nr 1 w rozdziale 1 podrozdziale 1.2 OPZ. Em niższa jest liczba porządkowa występująca po literze „T”, służąca do oznaczenia danej kategorii łączy, wymagania dotyczące przepustowości dotyczące takiego łączy są odpowiednio w takiej lokalizacji wyższe tj. najwyższe oczekiwania dotyczą łączy kategorii „T0”, najniższe spośród oczekiwanych przez Zamawiającego dotyczą natomiast „T8”. Przydział kategorii do Lokalizacji jest zależny m.in. od: funkcji Lokalizacji w strukturze organizacyjnej PP, wielkości i rodzaju systemów informatycznych, jakie działają w Lokalizacji, prognozowanego zapotrzebowania na prędkość transmisji. Odpowiednio do wymagań dotyczących wymaganej przepustowości łączy danej kategorii oraz postanowień SWZ (zob. m.in. rozdział 1 podrozdział 1.1 i 1.2 OPZ) technologia dotycząca łączy może być zróżnicowana. W ramach łącznej liczby 4772 Lokalizacji objętych wykazem załączonym do Wzoru Umowy Zamawiający przewidział wymienione poniżej kategorie:

(...) [treść tabeli jako okoliczność niezaprzeczona została odzwierciedlona dalej w ramach ustaleń Izby]

1.6. Zamawiający, tak jak powyżej, wskazuje, że twierdzenia odwołania pozostają w sprzeczności z tempem realizacji prac wdrożeniowych w zasadniczo tych samych lokalizacjach, w ramach wcześniejszych zamówień na świadczenie usług WAN udzielonych przez Zamawiającego. Prace wdrożeniowe w ramach aktualnie wykonywanej umowy zostały zrealizowane przez Odwołującego w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (od 25.03.2019 do 30.11.2019) a więc wystarczający okazał się okres 8 miesięcy. W ramach realizowanej aktualnie przez Odwołującego umowy można stwierdzić, że wykonawca ten był w stanie zrealizować prace wdrożeniowe średnio w 800 lokalizacjach miesięcznie. Nie bez znaczenia jest też tempo realizacji analogicznych prac w toku jeszcze wcześniejszych umów o tożsamym przedmiocie: w przypadku konsorcjum Odwołującego i Przystępującego T-Mobile (umowa realizowana w latach 2015-2019) oraz jeszcze poprzedniej umowy zawartej z Przystępującym Orange, średnio dziennie uruchamianych było w ramach prac

wdrożeniowych ok. 25 lokalizacji, a przy pracach bardziej intensywnych nawet 60 co w skali 10 dni dawało nawet 600 Lokalizacji.

1.7. Odwołujący nie wykazał a nawet w najmniejszym stopniu nie uprawdopodobnił, że dotrzymanie terminu zakończenia Prac Wdrożeniowych ustalonego na 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy jest niemożliwe czy chociażby może być istotnie utrudnione. Odwołujący nie przedstawił żadnych adekwatnych danych, które obrazowałyby ile czasu potrzeba na uruchomienie łączy w danej technologii, w poszczególnych kategoriach czy w konkretnych Lokalizacjach. Wskazał jedynie dość ogólnie na okoliczności, jakie należy wziąć pod uwagę przygotowując się do świadczenia usług, natomiast nie przedstawił żadnych wymiernych danych na poparcie swojego stanowiska o konieczności zagwarantowania wykonawcom minimum 14 miesięcy na Prace Wdrożeniowe. Odwołujący nie wykazał więc, że wykonawca zainteresowany świadczeniem przedmiotowej usługi dla dotrzymania określonego w tym postępowaniu terminu realizacji Prac Wdrożeniowych nie będzie w stanie, z przyczyn obiektywnych i tożsamyh dla wszystkich oferentów, zapewnić właściwej organizacji prac oraz odpowiednich zasobów ludzkich i technicznych, aby uruchomić usługi w terminie 10 miesięcy.

1.8. Żądania Odwołującego wsparte są jedynie ogólnymi twierdzeniami, które nie odnoszą się konkretnie do przedmiotu i warunków realizacji zamówienia objętego Postępowaniem m.in..

- Odwołujący podaje, że: „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”; Odwołujący w ramach powyższej argumentacji nie odnosi się jednak konkretnie do Lokalizacji objętych wykazem Lokalizacji stanowiącym załącznik do Wzoru Umowy, nie wskazuje jakie rozwiązanie lub jaka technologia dotycząca łączy lub wymagania co do prędkości i w których dokładnie Lokalizacjach, o jakiej kategorii łączy, miałyby nie pozwalać na uruchomienie usług w terminie 10 miesięcy od zawarcia umowy; w konsekwencji nie zostało przez Odwołującego uprawdopodobnione w najmniejszym stopniu, że taka sytuacja może dotyczyć właśnie Prac Wdrożeniowych w ramach niniejszego zamówienia;

- w ramach twierdzeń odwołania Odwołujący wskazuje, że: „W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, Wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich 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 12 miesięcy”; Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do „warunków technicznych” dotyczących poszczególnych Lokalizacji objętych wykazem Lokalizacji stanowiącym załącznik do Wzoru Umowy, nie tłumaczy też dostawa których konkretnie urządzeń i do których Lokalizacji miałyby „obejmować okres około 12 miesięcy” i na jakie podstawie Odwołujący przyjmuje, że stanowi to regułą adekwatną również w okolicznościach niniejszej sprawy; Odwołujący w swych twierdzeniach nie jest konsekwentny bowiem z jednej strony podnosi, że „regułą jest, że sama dostawa urządzeń dedykowanych do zapewnienia świadczenia usług obejmuje okres około 12 miesięcy” (str. 8 odwołania), z drugiej strony, że „okres determinowany jest koniecznością (...) zamówienia materiałów i urządzeń oraz ich dostawą (minimum 6 miesięcy, czas ten może się jednak wydłużyć nawet do 12 miesięcy (str. 9 odwołania);

- Odwołujący wskazuje również: „Należy również wziąć pod uwagę ryzyka wiążące się z COVID-19. Na dzień sporządzenia odwołania, powszechnie wiadomym jest, że funkcjonowanie zarówno administracji publicznej, jak i sektora prywatnego jest znacznie spowolnione. Nieznane są również ramy czasowe trwającej pandemii. Nie ulega jednak wątpliwości, że w procesie budowy łączy na potrzeby Postępowania należy liczyć się z opóźnieniami stanowiącymi konsekwencję COVID-19, wiążącymi się m.in. z przedłużonym czasem uzyskiwania decyzji administracyjnej, czy też opóźnionymi dostawami urządzeń”; Odwołujący ograniczył się do ogólnego powołania się tylko na prawdopodobieństwo ryzyka związanego z COVID-19, nie wykazał jednak w jakim stopniu ta sytuacja może mieć wpływ na realizację prac wdrożeniowych w poszczególnych Lokalizacjach; Zamawiający wskazuje też, że oceny przyjętego przez Zamawiającego terminu w kontekście ewentualnego naruszenia PZP nie można dokonywać przez pryzmat ogólnego powołania się na fakt istnienia COVID-19 tym bardziej, że gdyby faktycznie okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 miały mieć wpływ na wywiązanie się przez Wykonawcę z terminu na realizację „Prac Wdrożeniowych” w poszczególnych Lokalizacjach, to ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych przewiduje w tym zakresie odpowiednie regulacje, w tym w pewnych sytuacjach nawet obowiązek dokonania zmiany umowy, o której mowa w art.455 ust. 1 pkt 4 PZP (art. 15r ust. 4);

- Odwołujący nie wykazując, że terminy realizacji poszczególnych czynności wskazanych na str. 9 odwołania są adekwatne do poszczególnych Lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia a jeśli tak to których i w jakim konkretnie zakresie; Odwołujący uzasadnił to jednocześnie w taki sposób, że Zamawiający nie ma możliwości się ze stanowiskiem

Odwołującego zapoznać (ocenić w pełni stanowisko Odwołującego) i mieć szansę obrony; Odwołujący bowiem twierdzi, że ww. terminy realizacji zostały wskazane w oparciu o szczegółowy harmonogram realizacji zamówienia „stworzony przez Odwołującego na potrzeby Postępowania”.

1.9. Odwołujący pomija okoliczność, że Zamawiający przewidział w:

- § ust. 11 Wzoru Umowy możliwość uruchomienia dla łączy kategorii T5-T7 łączy tymczasowych przez okres 3 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową; powyższe de facto w przypadku kategorii łączy T5-T7 przedłuża okres zapewniony wykonawcom na osiągnięcie pełnej funkcjonalności łączy o kolejne 3 miesiące (dodatkowo dając im możliwość zapewnienia przez ten okres przejściowy łączy niższej kategorii): jest to o tyle istotne, że zgodnie z Wykazem Lokalizacji łączy kategorii T5-T7 mają zostać uruchomione w sumie w 4654 Lokalizacjach, czyli w ponad 97% Lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia;

- § 14 Wzoru Umowy przewidział rozbudowany katalog przypadków, w których może nastąpić zmiana postanowień umowy, w tym wprost w § 14 ust. 2 pkt 6 Wzoru Umowy przewidział możliwość zmiany postanowień „gdy dotyczy ona zmiany (wydłużenia lub skrócenia) zastrzeżonego Umową terminu rozpoczęcia wykonania lub zakończenia wykonania danego obowiązku Strony wynikającego z Umowy, z przyczyn niezależnych od Strony lub niezawinionych przez Stronę, w zakresie odpowiadającym zaistniałym w danym przypadku okolicznościom uzasadniającym taką zmianę”.

1.10. Oceny przyjętego przez Zamawiającego terminu w kontekście ewentualnego naruszenia PZP nie można również dokonywać przez pryzmat potencjalnej odpowiedzialności wykonawcy za jego niedochowanie i związane z tym konsekwencje na co m.in. powołuje się Odwołujący. W praktyce stanowisko Odwołującego sprowadza się bowiem do tego, że termin jest dla niego „nieodgodny” i obawia się on ewentualnej odpowiedzialności za jego niedotrzymanie. Zamawiający natomiast w sytuacji, w której byłoby tak, że Wykonawca wykaże to przedkładając stosowne dowody lub wyjaśnienia, że powyższe terminu nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, lub za które Wykonawca nie ponosi winy (§ 12 ust. 18 Wzoru Umowy) przewidział w tym zakresie możliwość odstąpienia od naliczenia poszczególnych kar umownych.

1.11 . W poprzednim sprawach w 2014 r. (KIO 1987/14, KIO 2000/14 oraz KIO 2002/14) oraz 2019 r. (KIO 26/19) kwestia terminu na realizację prac wdrożeniowych w ramach tożsamego zamówienia udzielanego przez Zamawiającego na usług WAN, zasadniczo dotyczącego tych samych lokalizacji, była przedmiotem rozstrzygnięcia tutejszej Izby. W szczególności zgodnie z przywoływanym już powyżej wyrokiem wydanym w sprawie

o sygn. akt KIO 26/19 określony przez Zamawiającego termin na prace wdrożeniowe (który w praktyce wynosił tytko 8 miesięcy) umożliwił realizację zamówienia. Już w tamtym czasie okazało się, że był to termin realny dla potencjalnych wykonawców, w tym dla samego Odwołującego, który wówczas złożył ofertę.

1.12. Wreszcie, oczekiwanie Odwołującego przedłużenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych do 14 miesięcy nie uwzględnia obiektywnych potrzeb Zamawiającego:

- określenie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych w żądany w odwołaniu sposób sprawi, że w praktyce rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi dopiero z końcem 2023 r. lub nawet na początku 2024 r.;

- Zamawiający nie ma obiektywnej możliwości zapewnienia usługi po upływie okresu obowiązywania umowy łączącej Zamawiającego z Odwołującym także przy założeniu jej przedłużenia w granicach przewidzianych PZP oraz warunkami powyższej umowy; Zamawiający w dniu 25 marca 2019 r. zawarł z NETIA S.A. umowę w sprawie zamówienia publicznego nr K0076484, przewidującą wykonanie przez NETIA S.A. prac wdrożeniowych dotyczących sieci WAN Zamawiającego, a następnie świadczenie przez powyższego wykonawcę od 1 grudnia 2019 r. usług transmisji danych w sieci WAN Zamawiającego; umowa ta została zawarta na okres 48 miesięcy albo do momentu wyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia określonej w § 10 ust. 1 ww. umowy (§ 2 ust. 3 załączonej umowy); usługi transmisji danych w sieci WAN Zamawiającego, zgodnie z warunkami powyższej umowy, nie mogą być świadczone dłużej niż do 25 marca 2023 r.; zdaniem Zamawiającego przepisy prawa zamówień nie zakazują zmiany ww. umowy polegającej na wydłużeniu okresu świadczenia usługi w takim zakresie w jakim łączna wartość takiej zmiany będzie mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tzw. „próg unijny”) i będzie jednocześnie mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie; dodatkowo, w § 14 ust. 1-3 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ opublikowanej w postępowaniu poprzedzającym zawarcie aktualnie obowiązującej umowy z NETIA S.A. na świadczenie usług WAN, przewidziano postanowienia umowne regulujące warunki zmiany umowy, co odzwierciedla § 14 ust. 2 załączonej umowy; w szczególności w § 14 ust. 2 wskazano, że: „Strony dopuszczają możliwość przedłużenia okresu obowiązywania Umowy i wykonania Usług”; nawet przy założeniu aneksowania aktualnie obowiązującej umowy z Odwołującym przy uwzględnieniu przepisów PZP i powyższych postanowień tej umowy, Zamawiający, w ramach dostępnych środków, nie może dokonać zmiany umowy w sposób pozwalający zapewnić żądany przez Odwołującego termin 14 miesięcy na wykonanie wdrożeniowych i nie zostało też wykazane przez Odwołującego żeby było inaczej;

Dowód: wzór umowy stanowiący załącznik do SWZ opublikowany – w aktach Postępowania przez Zamawiającego w Postępowaniu wraz załącznikiem nr 1 umowa w sprawie zamówienia publicznego nr K0076484, w załączeniu z dnia 25 marca 2019 r. zawarta przez Zamawiającego z NETIA S.A.

1.13. W tej sytuacji nie zostało przez Odwołującego w najmniejszym stopniu wykazane, że postanowienia zostały przygotowane niezgodnie z regulacjami PZP.

Określenie terminu dostarczenia Harmonogramu

(...)

2. Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 483 Kodeksu cywilnego, art. 353[1] w zw. z art. 5 oraz art. 487 S 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 16 PZP dotyczącego prawa do bonifikaty oraz i do kar umownych

(...)

3. Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 487 S 2 w zw. z art. 353[1] i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz art. 16 PZP dotyczącego sporządzenia Wzoru umowy, a także naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 PZP dotyczącego opisanie przedmiotu zamówienia

Uwagi ogólne

3.1. Zamawiający podnosi, że zarzuty wskazane w pkt 3 lit. a-i petitum odwołania (str. 2-3) są bezzasadne, na co wskazuje poniższa argumentacja, a także z innych powodów wskazanych w treści niniejszego pisma. Twierdzenia Odwołującego nie mogą świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego PZP w zarzucanym zakresie.

Zarzut dotyczący § 7 ust. 8 Wzoru Umowy – przesłanki uprawniające Wykonawcę do Opłaty Instalacyjnej w razie realizacji Opcji Zmiany Przepustowości lub Opcji Zmiany Kategorii

3.2 Zgodnie z § 7 ust. 8 Wzoru Umowy:

(...)

3.3. Zarzut dotyczące brzmienia skarżonego postanowienia, wskazany w pkt 3 lit. a petitum odwołania, jest nieuzasadniony a towarzyszące mu twierdzenia w żaden sposób niewykazane. Twierdzenia Odwołującego nie mogą świadczyć o naruszeniu PZP, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał też nie będzie mieć możliwości przygotowania i złożenia oferty w Postępowaniu. Przeczą temu wcześniejsze postępowania na tożsamą usługę prowadzone przez Zamawiającego, w ramach których Odwołujący przygotowywał i składał ofertę przy analogicznie brzmiącym postanowieniu. Zamawiający podkreśla, iż kalkulacja wysokości zarówno Opłaty Instalacyjnej jak i Wynagrodzenia za Usługi leży w gestii wykonawcy. Zamawiający wyodrębnił jako składniki wynagrodzenia nie tylko Opłatę Instalacyjną, ale również Wynagrodzenie za Usługi. Przychylenie się do żądań Odwołania prowadziłoby natomiast to przyznania prawa do Opłaty Instalacyjnej niezależnie czy wykonawcy wykonają jakiegokolwiek czynności służące zainstalowania w danej Lokalizacji

nowych łączy lub łączy wykonanych w innej technologii niż stosowana w danej Lokalizacji lub wymiany urządzeń niezbędnych do świadczenia usługi, co byłoby sprzeczne z interesem Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące § 8 ust. 1 lit. a) i b) Wzoru Umowy – zakres prawa rezygnacji przez Zamawiającego z Usług w poszczególnych Lokalizacjach

3.4. Z tych samych, co przytoczone wcześniej względów, bezzasadny jest podniesiony w odwołaniu (w pkt 3 lit. b i lit. c petitum odwołania), zarzut dotyczący warunków rezygnacji przez Zamawiającego z Usług w danej Lokalizacji na podstawie § 8 ust. 1 lit. a) i b) Wzoru Umowy. Zamawiający wskazuje, iż w ramach przedmiotowych postanowień określił dokładnie procent Lokalizacji danej kategorii w jakich może zrezygnować ze świadczenia Usług, a także wystarczający okres pozwalający zakończyć świadczenie Usług w danej Lokalizacji. Biorąc pod uwagę długoterminowość zamówienia objętego Postępowaniem, a także zachodzące w międzyczasie zmiany w zakresie działalności Zamawiającego, zastrzeżenie w § 8 ust. 1 lit. a) i b) Wzoru Umowy przedmiotowego uprawnienia jest niezbędne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Zamawiający wskazuje, iż analogiczną klauzulę przewidział w ramach poprzedniej umowy na świadczenie usług WAN. W ramach przygotowania przedmiotowego Postępowanie postanowienia Wzoru Umowy sformułowane zostały zaś analogicznie jak poprzednio. Dodatkowo, Zamawiający zmodyfikował w ramach niniejszego Postępowania przedmiotową klauzulę w takim zakresie w jakim było to możliwe wychodząc częściowo naprzeciw oczekiwaniom uczestników postępowania niniejszego odwoławczego.

Zarzuty dotyczące § 13 ust. 3 w zw. z art. 13 ust. 6 Wzoru Umowy – warunki rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach

3.5. W świetle argumentacji przedstawionej w niniejszym piśmie bezzasadny jest również podniesiony w odwołaniu zarzut (w pkt 3 lit. d petitum odwołania) dotyczący § 13 ust. 3 oraz ust. 6 Wzoru Umowy. Biorąc pod uwagę długoterminowość zamówienia objętego Postępowaniem, a także zachodzące w międzyczasie zmiany w zakresie otoczenia prawnego dotyczącego Zamawiającego, zastrzeżenie przedmiotowego uprawnienia na takich właśnie warunkach jest niezbędne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Co istotne, Zamawiający zmodyfikował w ramach niniejszego Postępowania przedmiotową klauzulę w takim zakresie w jakim było to możliwe wychodząc częściowo naprzeciw oczekiwaniom uczestników postępowania niniejszego odwoławczego. Zdaniem

Zamawiającego, biorąc brzmienie warunków, w których Zamawiający może skorzystać z prawa do wypowiedzenia Umowy w oparciu ww. klauzulę po zmianie, postanowienie nie narusza PZP w zarzucanym zakresie. Nie zostało też w najmniejszym stopniu wykazane, aby brzmienie klauzuli powodowało, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć ofert w Postępowaniu.

Zarzuty dotyczące § 13 ust. 1 lit. c) Wzoru Umowy – dopuszczalność rozwiązania przez Zamawiającego Umowy w przypadku niepodpisania w terminie 9 miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy

3.6. Biorąc pod uwagę przedstawioną w niniejszym piśmie argumentację w szczególności dotyczącą bezzasadności zarzutu odnoszącego się do określenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych, nieuzasadniony jest również podniesiony w odwołaniu zarzut (w pkt 3 lit. e petitum odwołania) dotyczący § 13 ust. 1 lit. c) Wzoru Umowy. Zdaniem Zamawiającego, biorąc brzmienie warunków, w których Zamawiający może skorzystać z prawa do wypowiedzenia Umowy w oparciu ww. klauzulę, również przy uwzględnieniu pozostałych postanowień Wzoru Umowy w tym § 13 ust. 2 i 4 Wzoru Umowy, skarżona klauzula nie narusza PZP w zarzucanym zakresie. Biorąc pod uwagę cel zamówienia i istotność objętych nim usług (na które Zamawiający zwracał uwagę w niniejszym piśmie), zastrzeżenie przedmiotowego uprawnienia na takich właśnie warunkach jest niezbędne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Nie zostało też w najmniejszym stopniu wykazane, aby brzmienie klauzuli powodowało, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć ofert w Postępowaniu.

Zarzuty dotyczące możliwości skorzystania przez Zamawiającego z Prawa Opcji i warunki ustalania wynagrodzenia z tego tytułu w zakresie dotyczącym: Opcji Zmiany Przepustowości (zarzut dot. § 7 ust. 2 Wzoru Umowy i § 7 ust. 5 Wzoru Umowy), Opcji Nowych Lokalizacji (§ 7 ust. 3 Wzoru Umowy i § 7 ust. 6 Wzoru Umowy), Opcji Zmiany Kategorii (§ 7 ust. 4 Wzoru Umowy i § 7 ust 7 Wzoru Umowy)

3.7. Z tych samych co przytoczone w niniejszym piśmie powodów nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące poszczególnych postanowień § 7 Wzoru Umowy (wskazane w pkt 3 lit. f-h petitum odwołania). Nie zostało w najmniejszym stopniu wykazane, aby brzmienie skarżonych klauzul naruszało PZP w zarzucanym zakresie lub powodowało, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć ofert w Postępowaniu (czynili to w poprzednich postępowaniach na świadczenie usług WAN prowadzonych przez Zamawiającego przy analogicznym ich brzmieniu).

3.8. Postanowienie § 7 Wzoru Umowy stanowi cyt.:

(...)

3.9. W powyższych postanowieniach Wzoru Umowy Zamawiający szczegółowo określił rodzaj i okoliczności korzystania z poszczególnych Opcji, umożliwiając wykonawcom należyte skalkulowanie zarówno stawek jednostkowych wynagrodzenia jak i maksymalną wartość poszczególnych rodzajów opcji. Jednoznacznie określone zostały również kategorie łączy, których dotyczą Opcje poszczególnych rodzajów. W ramach realizacji poszczególnych rodzajów Opcji Wykonawcy przysługuje odrębne wynagrodzenie zarówno w postaci opłaty instalacyjnej, jak i wynagrodzenia za świadczone usługi, które wykonawca na etapie Postępowania może odpowiednio skalkulować.

3.10. Zamawiający zastrzegł w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 SIWZ, że: „Wysokość opłaty instalacyjnej w każdym przypadku nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji.” Twierdzenia Odwołującego, iż wykonawca nie ma możliwości wkalkulowania w cenę ofertową kosztów wykonania czynności związanych z realizacją prawa opcji są nieuzasadnione i w żaden sposób niewykazane. Zamawiający podkreśla, iż określenie Opłaty Instalacyjnej a także Wynagrodzenia za Usługi leży w gestii wykonawcy, zaś niedopuszczalne jest jedynie określenie wygórowanej wysokości tej opłaty tj. w kwocie przekraczającej dwukrotność miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi. Wykonawca ma zatem pełną swobodę w skalkulowaniu wysokości oferowanego miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi. Zamawiający pragnie w tym miejscu wyjaśnić, iż intencją powyższego ograniczenia jest zabezpieczenie Zamawiającego przed negatywnym zjawiskiem sztucznego podwyższania przez wykonawców Opłaty Instalacyjnej kosztem Wynagrodzenia za Usługi, celem uzyskania kosztem Zamawiającego korzystnej struktury przepływów pieniężnych przez realizacji umowy sprowadzającej się do przyspieszenia płatności. Brak powyższego postanowienia w praktyce prowadziłby to sytuacji, w której wykonawca jeszcze przed rozpoczęciem świadczenia Usług wynagradzany byłby za ich realizację w ramach wygórowanej Opłaty Instalacyjnej. Mając na uwadze wnioski Odwołującego zmierzające do zniesienia maksymalnego limitu Opłaty Instalacyjnej należy uznać za bezzasadne i sprzeczne z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego wyrażającymi się w tym, aby nie faworyzować wykonawców oferujących niekorzystną dla Zamawiającego strukturę płatności.

3.11. Dokładna liczba Lokalizacji, które mogą być objęte danym rodzajem Opcji, wraz ze wskazaniem ich kategorii, została określona przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do Wzoru Umowy – Wykaz Lokalizacji, Załącznik nr 11 obejmuje natomiast wykaz kategorii łączy w poszczególnych Lokalizacjach. W przypadku Opcji Zmiany Przepustowości i Opcji Zmiany Kategorii, Wykonawca zna dokładny adres Lokalizacji. Wykonawca dysponując informacjami wynikającymi z SWZ wraz z załącznikami w tym ze Wzoru Umowy

wraz z Załącznikami ma możliwość doboru i zainstalowania odpowiedniej infrastruktury sieciowej oraz takiego zorganizowania sposobu świadczenia usług, które pozwolą zrealizować Prawo Opcji. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie narzuca Odwołującemu w tym zakresie określonego sposobu wykonania zamówienia, dopuszczając szereg technologii i rozwiązań technicznych pozwalających świadczyć usługi w każdej z Lokalizacji. To Wykonawca więc decyduje w jaki sposób i w jakiej technologii zapewni łącza w poszczególnych z Lokalizacji, tak aby być przygotowanym do realizacji danej Opcji. W większości przypadków zastosowana przez wykonawcę technologia wiązać się będzie jedynie z odpowiednim dostosowaniem i skonfigurowaniem urządzeń, bądź uzupełnieniem ich o niezbędne komponenty. Zamawiający wskazuje, iż jeśli wykonawca w niektórych sytuacjach zdecyduje się przebudować łącze, zależne będzie to wyłącznie od wybranej przez wykonawcę technologii.

3.12. Biorąc pod uwagę długi okres wykonania zamówienia, mogący mieć miejsce w tym czasie postęp technologiczny, wpływający na działalność prowadzoną przez Zamawiającego, możliwość skorzystania z Opcji, w zakresie regulowanym postanowieniami § 7 Wzoru Umowy, na takich właśnie warunkach jest dla Zamawiającego niezbędna.

3.1.3. W każdym z kolejnych dwunastu (12) miesięcy obowiązywania Umowy Zamawiający potrzebuje mieć zapewnioną możliwość skorzystania z Opcji Nowych Lokalizacji w odniesieniu do nowych Lokalizacji w liczbie nieprzekraczającej 20% liczby Lokalizacji wskazanej w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy i nie może sobie pozwolić na obniżenie tego progu do 5% tak jak domaga się tego Odwołujący.

3.14. Zastrzeżenie przedmiotowych uprawnień Zamawiającego jest uzasadnione specyfiką, a przede wszystkim skalą działalności Zamawiającego. Naturalnym jest, że w tak długim okresie obowiązywania umowy może zaistnieć zarówno konieczność uruchomienia nowych placówek pocztowych, jak i konieczność zamknięcia części już istniejących. Siłą rzeczy powoduje to potrzebę zachowania pewnej elastyczności przy określaniu zakresu zamówienia, takie działanie nie może być jednak automatycznie traktowane jako niedopuszczalne na gruncie PZP, mimo że dotyczy zdarzeń przyszłych i niepewnych. Właśnie po to PZP daje zamawiającym możliwość skorzystania z prawa opcji, aby móc dostosować przedmiot zamówienia do zmieniających się warunków gospodarczych. Jeżeli zatem Zamawiający swoje uprawnienia w tym zakresie określił w sposób zgodny z wytycznymi wynikającymi z PZP, a także wynikający z jego uzasadnionych potrzeb, to nie sposób podważać ich prawidłowości. Sprzeczności postanowień SWZ z treścią PZP Odwołujący zaś nie wykazał. Dodatkowo, w treści Formularza Cenowego, przedstawiona została symulacja w zakresie potencjalnej liczby nowych Lokalizacji dla każdej z kategorii.

3.15. Twierdzenie przez Odwołującego na okoliczność, że w trakcie obowiązywania umowy

mogą pojawić się Lokalizacje, których dokładnego adresu Odwołujący może aktualnie nie znać, nie przesądza o niezgodności postanowień Wzoru Umowy z PZP, nie umożliwia też przygotowania i złożenia oferty w Postępowaniu. Należy bowiem mieć na względzie specyfikę działalności Zamawiającego, jako operatora wyznaczonego świadczącego usługi powszechne a także fakt, że (jak wskazuje Zamawiający) ok. 90% lokalizacji objętych zamówieniem, to lokalizacje przeznaczone na placówki pocztowe. Racjonalnym i uzasadnionym z perspektywy działalności Zamawiającego jest takie ustalenie lokalizacji, aby była ona położona w miejscu możliwie najłatwiej dostępnym dla odbiorców usługi, co w pewien sposób minimalizuje ryzyko wynikające z ewentualnych uwarunkowań terenowych. Ponadto w S 9 Wzoru Umowy Zamawiający w sposób szeroki określił własne obowiązki dotyczące współdziałania z wykonawcom na etapie realizacji umowy, udzielania mu wszelkich niezbędnych informacji i danych, udostępniania pomieszczeń, współpracowania przy pozyskaniu odpowiednich zgód i zapewnienia odpowiednich warunków do instalacji łączy.

3.16. Zamawiający wskazuje wreszcie, że w ramach dokumentacji poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia mającego tożsamy zakres przedmiotowy i czasowy tj.. świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN w latach 2015-2019, postanowienia § 7 ówczesnego wzoru umowy zostały sformułowane analogicznie jak postanowienia § 7 Wzoru Umowy. Przystępujący Orange (wtedy składający odwołanie) celem zapewnienia sobie komfortu realizacji kontraktu, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podniósł także i wtedy podobne zarzuty co do przedmiotowych postanowień, które nie zostały uwzględnione przez Izbę, co znalazło wyraz w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2019 r. (KIO 26/19).

Zarzuty dotyczące możliwości skorzystania przez Zamawiającego z Prawa Opcji dot. § 7 Wzoru Umowy uzależnienie możliwości realizacji przez Zamawiającego Opcji Nowych Lokalizacji

3.17. Z przytoczonych wcześniej powodów nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący poszczególnych postanowień § 7 Wzoru Umowy (wskazany w pkt 3 lit. i petitum odwołania). Nie zostało w najmniejszym stopniu wykazane, aby brzmienie skarżonych klauzul naruszało PZP w zarzucanym zakresie lub powodowało, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć ofert w Postępowaniu (czynili to w poprzednich postępowaniach na świadczenie usług WAN prowadzonych przez Zamawiającego przy analogicznym ich brzmieniu).

3.18. Odpowiednio do powyższego, uwzględnienie przez Zamawiającego żądania Odwołującego sprowadzającego się w istocie do uzależnienia zakresu zamówienia od indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym zastosowanej przez wykonawcę technologii i rozwiązań technicznych, gdzie Zamawiający ich nie narzuca, prowadziłoby do nierównego

traktowania wykonawców. Zamawiający nie może warunkować skorzystania z Opcji od indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym organizacji sposobu wykonania zamówienia przez wykonawcę i wybranej przez niego technologii.

4. Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 PZP dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia

Uwagi ogólne

4.1. Zamawiający podnosi, że zarzuty wskazane w pkt 4 lit. a-h petitum odwołania (str. 3-4) są bezzasadne z powodów wskazanych w treści niniejszego pisma, w szczególności podniesione zostały wyłącznie bądź to celem zapewnienia większej wygody w realizacji kontraktu (jak wskazuje Zamawiający nie taka jest rola środka zaskarżenia, który wniósł Odwołujący) bądź to zmierzają to narzucenia przez Zamawiającego określonych rozwiązań, co nie jest intencją Zamawiającego, może bowiem m.in. dyskryminować innych wykonawców. Co istotne, odwołujący nie wykazał, aby skarżone postanowienia naruszały PZP w zarzucanym zakresie lub powodowały, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć ofert w Postępowaniu. Niezależnie od powyższego, nie zostały też skonkretyzowane przez Odwołującego w dostatecznym stopniu żądania odwołania.

Zarzut dotyczący rozdziału 1 podrozdział 1.1 punkt 8, podpunkt 8.4 OPZ

(...)

Zarzut dotyczący rozdziału 1 podrozdział 1.1 punkt 24 OPZ

4.3. Zgodnie z rozdziałem 1 podrozdział 1.1 punkt 24 OPZ:

(...)

4.4. Intencją Zamawiającego odnośnie skarżonego postanowienia jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego poprzez zapewnienie dostępu do takich funkcjonalności, jakie będą wynikać z dostarczonych w ramach realizacji umowy rozwiązań, a także których koszt Zamawiający będzie ponosił. W praktyce szczegóły tego dostępu wypracowane są na etapie Projektu Technicznego, którego opracowanie przewidują postanowienia SWZ. Uwzględnienie przez Zamawiającego żądania Odwołującego sprowadzającego się w istocie do bardzo precyzyjnego wskazania cech określonego sposobu wykonania zamówienia mogącego wynikać z indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym zastosowanej przez wykonawcę technologii i rozwiązań technicznych (podczas gdy Zamawiający jej nie narzuca), prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców. Brzmienie skarżonego postanowienia jest zgodne z PZP i nie stanowi przeszkody do przygotowania i złożenia przez Odwołującego lub innych wykonawców ofert w Postępowaniu. Niezależnie od powyższego, nie zostały też skonkretyzowane przez Odwołującego w dostatecznym stopniu żądania odwołania odnośnie tego w jaki dokładnie sposób Zamawiający miałby sformułować to postanowienie.

Zarzut dotyczący rozdziału 1 podrozdziału 1.1 punkt 8 podpunkt 24 OPZ

4.5. Odpowiednio do treści rozdziału 1 podrozdziału 1.1 punkt 8 podpunkt 24 OPZ:

(...)

4.6. Zamawiający zwraca uwagę, że postanowienie zostało uszczegółowione przez Zamawiającego odnośnie odpowiedzialności za ewentualną niedostępność. Ze strony Zamawiającego dostęp do powyższych funkcjonalności będą mieli wyłącznie administratorzy PP posiadający odpowiedni zakres wiedzy i dodatkowo przeszkoleni przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę m.in. funkcję logowania zdarzeń, które posiadają urządzenia stosowane przy realizacji zamówienia, w jasny sposób pozwala to przypisać odpowiedzialność za dokonane zmiany w urządzeniu. W przypadku, gdy faktycznie było tak, że niedostępność rozwiązania spowodowana została przez zmiany wprowadzone przez Zamawiającego, postanowienie określa wpływ takiej sytuacji na odpowiedzialność wykonawcy.

4.7. Wykreślenie postanowienia, którego domaga się Odwołujący pociągałby za sobą brak możliwości wpływu Zamawiającego na sposób realizacji umowy i kontroli związanych z tym procesów. Aktualne brzmienie skarżonego postanowienia nie stanowi przeszkody do przygotowania i złożenia przez Odwołującego lub innych wykonawców ofert w Postępowaniu.

Zarzut dotyczący rozdziału 1 podrozdział 1.1 punkt 25 OPZ

4.8. Zgodnie z brzmieniem rozdziału 1 podrozdziału 1.1. punktu 25 OPZ:

(...)

4.9. Zamawiający zwraca uwagę, że przedmiotowa klauzula jest jednoznaczna i tłumaczy wzajemny zakres praw i obowiązków, odnosi się też do odpowiedzialności za ewentualną niedostępność. Zamawiający w tym miejscu podaje, że ze strony Zamawiającego dostęp do wskazanych skarżonym postanowieniem funkcjonalności będą mieli wyłącznie administratorzy PP posiadający odpowiedni zakres wiedzy i dodatkowo przeszkoleni przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę m.in. funkcję logowania zdarzeń, które posiadają urządzenia stosowane przy realizacji zamówienia, w jasny sposób pozwala to przypisać odpowiedzialność za dokonane zmiany w urządzeniu. W przypadku, gdy faktycznie było tak, że niedostępność rozwiązania spowodowana została przez zmiany wprowadzone przez Zamawiającego, postanowienie określa wpływ takiej sytuacji na odpowiedzialność wykonawcy.

4.10. Wykreślenie postanowienia, którego domaga się Odwołujący pociągałby za sobą brak możliwości jakiegokolwiek wpływu Zamawiającego na sposób realizacji umowy i kontroli tych związanych z jej wykonywaniem procesów. Aktualne brzmienie skarżonego postanowienia nie stanowi przeszkody do przygotowania i złożenia przez Odwołującego lub innych wykonawców ofert w Postępowaniu i jego zgodne z PZP.

Zarzut dotyczący rozdziału 1 podrozdział 1.4 punkt 9 OPZ

4.11. Wedle treści rozdziału 1 podrozdziału 1.4 punktu 9 OPZ:

(...)

4.12. Z uwagi na fakt, że na obecnym etapie Zamawiający nie zna wszystkich cech docelowego rozwiązania jakie zostanie zaoferowane, nie może zaakceptować żądań Odwołującego.

4.13. Intencją Zamawiającego odnośnie skarżonego postanowienia jest możliwość zapewnienia elastyczności (biorąc pod uwagę złożony przedmiot zamówienia oraz jego długoterminowość) i dostosowania się do cech różnych rozwiązań, które mogą być zaoferowane przez Wykonawców ubiegających się o zamówienie. W praktyce szczegóły dostępu wypracowane są na etapie Projektu Technicznego, którego opracowanie przewidują postanowienia SWZ. Uwzględnienie przez Zamawiającego żądania Odwołującego sprowadzające się w istocie do żądania bardzo precyzyjnego wskazania cech określonego sposobu wykonania zamówienia mogącego wynikać z indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym zastosowanej przez wykonawcę technologii i rozwiązań technicznych (podczas gdy Zamawiający ich nie narzuca), prowadziłyby to do nierównego traktowania wykonawców. Brzmienie skarżonego postanowienia jest zgodne z PZP i nie stanowi przeszkody do przygotowania i złożenia przez Odwołującego lub innych wykonawców ofert w Postępowaniu. Niezależnie od powyższego, nie zostały też skonkretyzowane przez Odwołującego w dostatecznym stopniu żądania odwołania odnośnie tego w jaki dokładnie sposób Zamawiający miałby sformułować to postanowienie.

Zarzut dotyczący rozdziału 5 podrozdział 5.1 punkt 6 podpunkty 6.1, 6.2, 6.3 OPZ

4.14. Zgodnie z rozdziałem 5 podrozdział 5.1 punkt 6 podpunkty 6.1, 6.2, 6.3 OPZ:

(...)

4.15. Zamawiający w przedmiotowym postanowieniu określił czytelną procedurę, która ma zagwarantować przekazywanie kompletnych danych zgodnych ze stanem faktycznym. Postanowienie przewiduje wyłącznie obowiązki po stronie Zamawiającego.

4.16. Sformułowanie postanowienia, którego domaga się Odwołujący wprowadzałoby niekorzystny dla Zamawiającego automatyzm, umożliwiłoby Wykonawcy uchylanie się od zobowiązań przewidzianych umową i byłoby sprzeczne z interesem Zamawiającego oraz celem zamówienia (wynikających z wcześniej opisanych przez Zamawiającego uwarunkowań). Obecne brzmienie skażonego postanowienia nie stanowi przeszkody do przygotowania i złożenia przez Odwołującego lub innych wykonawców ofert w Postępowaniu i jego zgodne z PZP.

Zarzut dotyczący rozdziału 5 podrozdział 5.2 OPZ

4.17. Zamawiający jasno określił w rozdziale 5 podrozdziale 5.2 OPZ, Procedurę

Zarządzania Awarią Krytyczną, która ma zapewnić zaangażowanie inżynierów po stronie Wykonawcy na zasadach przewidzianych tym postanowieniem. Sformułowanie postanowienia, którego domaga się Odwołujący, ograniczając się do żądania zwiększenia liczby Lokalizacji, które uprawnia Zamawiającego do zastosowania przedmiotowej procedury z 100 Lokalizacji do 500 Lokalizacji byłoby sprzeczne z interesem Zamawiającego oraz celem zamówienia (wynikającym z wcześniej opisanych przez Zamawiającego uwarunkowań) i służyłoby wyłącznie wygodzie Odwołującego. Zamawiający musi mieć możliwość reagowania na sytuacje awaryjne i wsparcia Wykonawcy a uzależnienie uprawnień Zamawiającego od tego czy Awaria będzie dotyczyła aż 500 Lokalizacji, może zagrozić procesom biznesowym, którym służą usługi WAN świadczone przez Zamawiającego.

4.18. Obecne brzmienie zaskarżonej klauzuli nie stanowi przeszkody do przygotowania i złożenia przez Odwołującego lub innych wykonawców ofert w Postępowaniu i jego zgodne z PZP.

Zarzut dotyczący rozdziału 7 punkt 2 Tabela nr 10 pozycja 2 OPZ

4.19. Zamawiający precyzyjnie sformułował w rozdziale 7 punkt 2 Tabela nr 10 pozycja 2 OPZ definicję, Awarii Masowej. Sformułowanie postanowienia, którego domaga się Odwołujący, ograniczając się do żądania zwiększenia liczby Lokalizacji, pozwalającej stwierdzić, że w okolicznościach opisanych skarżonym postanowieniem można mówić o „Awarii Masowej” z 10 Lokalizacji do 100 Lokalizacji byłoby sprzeczne z interesem Zamawiającego oraz celem zamówienia (wynikającym z wcześniej opisanych przez Zamawiającego uwarunkowań) i służyłoby wyłącznie wygodzie Odwołującego. Zamawiający musi mieć możliwość reagowania na sytuacje awaryjne i wsparcia Wykonawcy a uzależnienie uprawnień Zamawiającego od tego czy Awaria Masowa będzie dotyczyła aż 100 Lokalizacji, może zagrozić procesom biznesowym, którym służą usługi WAN świadczone przez Zamawiającego.

4.20. Obecne brzmienie zaskarżonej klauzuli nie stanowi przeszkody do przygotowania i złożenia przez Odwołującego lub innych wykonawców ofert w Postępowaniu i jego zgodne z PZP.

(...)

{KIO 1904/22}

Brzmienie odpowiedzi na odwołanie Orange w odniesieniu do zarzutów, które nie zostały przez Odwołującego wycofane do zamknięcia rozprawy:

(...)

II. Bezzasadność zarzutów i wniosków odwołania

1. Bezzasadność zarzutów naruszenia art. 99 ust. 1 PZP poprzez opis przedmiotu

zamówienia, wskazanych w pkt 1 petitum odwołania

Bezzasadność zarzutów 1a) i 1b)

1.1. Zdaniem Zamawiającego zarzuty dotyczące Prawa Opcji są bezzasadne i nie zostały w najmniejszym stopniu wykazane, aby brzmienie skarżonych klauzul naruszało PZP w zarzucanym zakresie lub powodowało, że wykonawcy nie będą w stanie przygotować i złożyć ofert w Postępowaniu (czynili to w poprzednich postępowaniach na świadczenie usług WAN prowadzonych przez Zamawiającego przy analogicznym ich brzmieniu).

1.2. Postanowienie § 7 Wzoru Umowy stanowi cyt.:

(...)

[w kolejnych pkt 1.3.-1.8. i 1.10. brzmienie identyczne jak pkt 3.9.-3.12., 3-14.-3.16. (czyli bez treści z pkt 3.13.) zacytowanej powyżej odpowiedzi na odwołanie Netii]

(...)

1.9. Odpowiednio do powyższego, uwzględnienie przez Zamawiającego żądania Odwołującego sprowadzającego się w istocie do uzależnienia zakresu zamówienia od indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym zastosowanej przez wykonawcę technologii i rozwiązań technicznych, gdzie Zamawiający ich nie narzuca, prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może warunkować skorzystania z Opcji od indywidualnej sytuacji wykonawcy, w tym organizacji sposobu wykonania zamówienia przez wykonawcę i wybranej przez niego technologii.

(...)

Bezzasadność zarzutu 1c

1.11. Z powołanych wcześniej w odwołaniu względów, bezzasadny jest podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący warunków rezygnacji przez Zamawiającego z Usług w danej Lokalizacji na podstawie § 8 ust. 1 Wzoru Umowy.

1.12. Zgodnie z brzmieniem § 8 ust. 1 Wzoru Umowy uwzględniającym dokonaną przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2022 r. zmianę SWZ:

(...)

1.11. Z powołanych wcześniej w odwołaniu względów, bezzasadny jest podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący warunków rezygnacji przez Zamawiającego z Usług w danej Lokalizacji na podstawie § 8 ust. 1 Wzoru Umowy.

1.12. Zgodnie z brzmieniem § 8 ust. 1 Wzoru Umowy uwzględniającym dokonaną przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2022 r. zmianę SWZ:

(...)

1.14. Zamawiający wskazuje, iż w ramach przedmiotowych postanowień określił dokładnie procent Lokalizacji danej kategorii w jakich może zrezygnować ze świadczenia Usług, a także wystarczający okres pozwalający zakończyć świadczenie Usług w danej Lokalizacji.

Biorąc pod uwagę długoterminowość zamówienia objętego Postępowaniem, a także zachodzące w międzyczasie zmiany w zakresie działalności Zamawiającego, zastrzeżenie w § 8 ust. 1 lit. a) i b) Wzoru Umowy przedmiotowych uprawnień jest niezbędne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Zamawiający wskazuje, iż analogiczną klauzulę przewidział w ramach poprzedniej umowy na świadczenie usług WAN. W ramach przygotowania przedmiotowego Postępowania postanowienia Wzoru Umowy sformułowane zostały zaś analogicznie jak poprzednio. Dodatkowo, Zamawiający zmodyfikował w ramach niniejszego Postępowania (w wyniku zmiany SWZ dokonanej 03 sierpnia 2022 r.) przedmiotową klauzulę w takim zakresie w jakim było to możliwe wychodząc częściowo naprzeciw oczekiwaniom uczestników postępowania niniejszego odwoławczego. Niezrozumiałe jest jednocześnie twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający nie określił zakresu świadczonych usług. Zamawiający zaznacza, że określił ten zakres kwotowo w § 8 ust. 3 Wzoru Umowy (wskazując minimalną wartość zamówienia) jak i przedmiotowo (poprzez wskazanie maksymalnej liczby Lokalizacji, z których może zrezygnować oraz w jakich dokładnie przedziałach czasowych). Nie ulega więc wątpliwości, że korzystanie przez Zamawiającego z przedmiotowych uprawnień nie może prowadzić do sytuacji, w której
[w oryginale zdanie się urywa]

Bezprzedmiotowość zarzutu 1d

(...)

Bezzasadność zarzutu 1e

1.16. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP dotyczący określenia terminu realizacji Prac Wdrożeniowych w rozdziale VI ust. 1 SWZ jest zdaniem Zamawiającego bezzasadny.

[w kolejnych pkt 1.17.-1.26. brzmienie identyczne jak pkt 1.2.-1.3., 1.5.-1.7., 1.9.-1.12 (czyli bez treści z pkt 1.4., 1.8. i z tą różnicą, że w pierwszym zdaniu pkt 1.25. jako odpowiednika pkt 1.12. wskazano na 16-miesięczny termin) zacytowanej powyżej odpowiedzi na odwołanie Netii]

2. Bezzasadność zarzutów naruszenia art. 99 ust. 4 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia, wskazanych w pkt 2 petitum odwołania

Bezprzedmiotowość zarzutów 2a i 2b

(...)

Bezzasadność zarzutu 2c

(...)

3. Bezzasadność zarzutu 3 dotyczącego postanowień umownych zawartych w § 8

3.1. Z powodów opisanych wcześniej w niniejszym piśmie bezzasadny jest podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący warunków rezygnacji przez Zamawiającego z Usług w danej Lokalizacji na podstawie § 8 ust. 1 Wzoru Umowy. Twierdzenie Odwołującego,

iż Zamawiający nie wskazał minimalnej wielkości ani wartości świadczenia stron jest w okolicznościach niniejszej sprawy całkowicie bezpodstawny i pozostaje w sprzeczności z treścią Wzoru Umowy. W przedmiotowej sytuacji nie może być jakiegokolwiek mowy o naruszeniu art. 433 pkt 4 PZP.

4. Bezzasadność zarzutu 4 dotyczącego terminu składania ofert

(...)

{KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22}

Na posiedzeniu z udziałem Stron 4 sierpnia 2022 r., w związku z treścią odpowiedzi na odwołania, a przede wszystkim zmianami SWZ wprowadzonymi 2 sierpnia 2022 r.:

- Odwołujący T-Mobile wycofał zarzuty z pkt III.2. lit. a) i pkt III.2. lit. g) oraz związane z nimi żądania;
- Odwołujący Netia wycofał zarzuty z pkt 1. lit. b), pkt 2. lit. a) i pkt 4. lit. a) i związane z nim żądania;
- Odwołujący Orange wycofał zarzuty z pkt 1. lit. c), pkt 1. lit. d), pkt 2. lit. a), pkt 2. lit. b), pkt 3. i pkt 4. oraz związane z nim żądania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w którejkolwiek ze spraw w całości, wszystkie odwołania w zakresie podtrzymanych zarzutów zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący (dodatkowo popierając się częściowo wzajemnie jako przystępujący) i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko i argumentację [ewentualnie ze zmianami, które odnotowano poniżej przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów].

Z tym zastrzeżeniem, że w związku ze zmianami treści SWZ z 17 sierpnia 2022 r. Odwołujący T-Mobile na rozprawie 19 sierpnia 2022 r. wycofał dodatkowo zarzut z pkt III.2. lit. f) i związane z nim żądanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Legitymacja Odwołujących – którzy zakwestionowali postanowienia specyfikacji jako naruszające przepisy ustawy pzp, gdyż są zainteresowani ubieganiem się o udzielenie tych

zamówień na warunkach odpowiadających tym przepisom – spełnia powyższe przesłanki, co nie było też sporne.

{umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów wycofanych}

Jak to już powyżej odnotowano Odwołujący T-Mobile, Odwołujący Netia i Odwołujący Orange wycofali częściowo wniesione przez siebie odwołania.

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust. 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Z kolei według art. 522 ust. 4 ustawy pzp 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.

Wreszcie zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Reasumując, z przywołanych przepisów wynika w szczególności, że w zakresie zawartych w odwołaniu zarzutów, które następnie zostały wycofane przez odwołującego, Izba obowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach – działając na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w rozpoznawanych sprawach.

{rozważania wstępne – granice kognicji Izby}

Zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp; dalej: „popzp”) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące

znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecnictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

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

Powyższa regulacja ma o tyle znaczenie dla zarzutów odwołań, które ostały się do merytorycznego rozstrzygnięcia, o ile dynamika postępowania odwoławczego w okresie kilku tygodni, które upłynęły od otwarcia rozprawy do jej zamknięcia, w tym zmiany i wyjaśnienia specyfikacji wprowadzone przez Zamawiającego, dała Odwołującym asumpt do podnoszenia, ustnie do protokołu lub w pismach procesowych, zupełnie nowych okoliczności pod pretekstem konieczności odniesienia się do treści odpowiedzi na odwołanie i zmian treści skarżonych postanowień. Stąd przed przystąpieniem do omawiania poszczególnych zarzutów konieczne stało się zaznaczenie, że mogły one zostać rozpoznane w granicach przysługującej Izbie kognicji. Konkretnie przypadki wykroczenia przez Odwołujących poza te granice wyznaczone przez okoliczności zawarte we wniesionych odwołaniach zostały poniżej co najwyżej zasygnalizowane, bez merytorycznego odnoszenia się do tych nowych zarzutów.

{KIO 1889/22}

**{rozpatrzenie zarzutów dotyczących bonifikaty liczonej odrębnie dla każdego
łącza – zarzut nr 1 odwołania T-Mobile}**

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Należy odnotować, że T-Mobile i Netia wycofali obszernie przez nich uzasadniane w odwołaniach zarzuty [odpowiednio nr 2.a) i 1.b)] dotyczące możliwości kumulacji bonifikat i kar umownych za te same zdarzenia (oraz braku wspólnego limitu dla naliczonych kar i bonifikat), reagując w ten sposób na dokonane w ramach zmian treści SWZ z 2 sierpnia 2022 r. zmiany wzoru umowy: wykreślenie wskazującego na taką zasadę pierwszego zdania z § 12 ust. 17, dodatkowo wprowadzenie do § 12 ust. 18 postanowienia ograniczającego możliwość takiej kumulacji, przy jednoczesnym wprowadzeniu do § 12 ust. 7 i 13 postanowień określających maksymalny pułap opisanych tam kar umownych.

Podtrzymany przez T-Mobile zarzut dotyczy z kolei szeregu [zacytowanych już powyżej w przytoczonym pkt II.2. uzasadnienia odwołania] postanowień rozdziału 6 „Warunki niezawodności świadczenia usług oraz sposób obliczania opłat w przypadku zaistnienia przerw” załącznika nr 1 do wzoru umowy w zakresie, w jakim przewidują one naliczanie obniżających wynagrodzenie należne wykonawcy bonifikat za niedotrzymanie określonego dla poszczególnych wymagań lub parametrów SLA [ang. Service Level Agreement – gwarantowany poziom usług, parametrów jakości, niezawodności i dostępności oraz ich pomiaru wg definicji z pkt 30 tabeli nr 9 „Słownik pojęć” z rozdziału 7 „Słownik skrótów i pojęć] dla danej lokalizacji niezależnie dla łącza podstawowego i zapasowego.

Zarzut ten został oparty na założeniu, że dla zapewnienia poszczególnych SLA wystarczające jest działanie albo łącza podstawowego, albo łącza zapasowego – które jako nieudowodnione, pomimo obszernego podważenia jego adekwatności w odpowiedzi na odwołanie, należało uznać za oparte li tylko na nazwie tych łączy. Odwołujący nie zaprzeczył nawet twierdzeniu przez Zamawiającego, że ze względu na obciążenie ruchem sieciowym oba łącza danej lokalizacji mają być równolegle wykorzystywane do przesyłania danych, a samo łącze zapasowe nie gwarantuje wymaganego pasma i parametrów jakościowych [por. powyżej pkt 2.1.-2.2. odpowiedzi na odwołanie T-Mobile].

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu T-Mobile przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 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. Art. 99 ust. 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.

3. Art. 99 ust. 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. [odwołania T-Mobile i Netii]
4. Art. 16 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. [odwołania T-Mobile i Netii]

Niezależnie od poczynionych powyżej ustaleń Izba zważyła, że z uzasadnienia odwołania nie wynika (a jednocześnie nie jest to wcale oczywiste), w jaki sposób okoliczności składające się na podstawę faktyczną rozpoznawanych zarzutów miałyby świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego któregokolwiek z powyżej przywołanych przepisów, na czele z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp. Całokształt powołanych w odwołaniu okoliczności – wbrew temu, co zadeklarowano na jego wstępie (a co nie znalazło rozwinięcia w ramach jego uzasadnienia) – nie prowadzi do wniosku, że skarżone postanowienia opisu przedmiotu zamówienia nie uwzględniają jakichś wymagań lub okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym bardziej, że prowadzą do naruszenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie tego zamówienia. Żaden ze wskazanych przepisów nie odwołuje się również ani do zasad współżycia społecznego, ani do zasady równowagi stron umowy (gdziekolwiek ta ostatnia miałaby być bezpośrednio i wprost wyrażona).

Reasumując, wskazywanie na wstępie odwołania na naruszenie przez Zamawiającego któregokolwiek z przytoczonych powyżej przepisów należało uznać za oczywiście bezzasadne, bo bezprzedmiotowe.

{KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22}

{rozpatrzenie zarzutów dotyczących prawa opcji (w tym ograniczenia wysokości opłaty instalacyjnej) i uprawnienia do rezygnacji Zamawiającego – zarzuty nr: 2.b)-e) odwołania T-Mobile, 3.a)-i) odwołania Netii, 1.a) odwołania Orange}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Każde z wniesionych odwołań zawiera zarzuty w mniejszym lub większym zakresie kwestionujące postanowienia umowne, w których Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz uprawnienie do różnorodnych zmian zakresu świadczonych usług transmisji danych wyrażające się w instytucjach: Prawa opcji (o którym mowa w § 7), prawa do rezygnacji z usług (wynikającego z § 8) i Rozwiązania umowy (uregulowanego w § 13).

Przy czym wspólne wszystkim odwołaniom jest zakwestionowanie uprawnienia Zamawiającego do rozszerzenia w okresie obowiązywania umowy sieci WAN_PP o nowe, bliżej niesprecyzowane lokalizacje, jako przejawu niewłaściwego opisu tego opcjonalnego zakresu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca nie może ani swobodnie określić wysokości opłaty za uruchomienie takiego łącza, ani odmówić świadczenia tam usługi z powołaniem się na niekorzystne uwarunkowania techniczno-finansowe [zarzut 2.b) odwołania T-Mobile, zarzuty 3.g), 3.i) odwołania Netii, zarzut 1.a) odwołania Orange].

Na podobnej zasadzie zaskarżone zostało zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości zmiany w funkcjonujących lokalizacjach w sytuacji, gdy nie wiadomo, których spośród nich i w jakim zakresie taka zmiana może dotyczyć, przy braku lub ograniczeniu wysokości opłaty za jej przeprowadzenie [ten sam zarzut 1.a) odwołania Orange i zarzuty 3.a), 3.f), 3.h) odwołania Netii].

Z kolei postanowienia uprawniające Zamawiającego do ograniczenia zakresu świadczonych usług transmisji danych zaskarżone zostały w odwołaniach: Netii – najszerzej [zarzuty 3.c), 3.d), 3.e)], i T-Mobile – wężiej [zarzuty 2.d), 2.e), 2.f)], przy czym ten ostatni został wycofany].

Ponieważ Zamawiający w toku postępowania odwoławczego dokonał szeregu zmian postanowień zawartych w § 7, 8 i 13 wzoru umowy, konieczne jest uchwycenie, czy i w jakim zakresie na chwilę orzekania stan rzeczy uległ zmianie w stosunku do tego, który był podstawą do sformułowania w odwołaniach zarzutów [poniżej oznaczono: przekreśloną czcionką – zapisy usunięte lub zastąpione, podkreśleniami – zapisy nowe i zarazem aktualne; dodatkowo wskazano datę wprowadzenia danej zmiany]:

§ 7

Prawo opcji

1. Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z Opcji na warunkach niniejszego paragrafu. Rodzaje Opcji stanowią: Opcja Zmiany Przepustowości, Opcja Nowych Lokalizacji oraz Opcja Zmiany Kategorii. Maksymalną wartość poszczególnych rodzajów Opcji określają postanowienia § 10 ust. 2 Umowy.

2. Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Przepustowości dla Lokalizacji, w których wdrożono łącza kategorii T0-T5. W przypadku skorzystania z Opcji Zmiany Przepustowości dla danej Lokalizacji, Wykonawca zainstaluje niezbędną infrastrukturę sieciową oraz będzie świadczył Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie większej przepustowości łączy zgodnie z postanowieniami Rozdziału 1 OPZ. Lista Lokalizacji, w których Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Przepustowości została określona w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 oraz w Załączniku nr 11 do Umowy, poprzez wskazanie odpowiedniej kategorii. Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Przepustowości w okolicznościach wskazanych w ust. 13.

3. Zamawiający może skorzystać z Opcji Nowych Lokalizacji, w ramach której Zamawiający ma prawo do zamówienia świadczenia Usług w dowolnej liczbie nowych Lokalizacji i związanych z tym instalacji łączy, w kategorii od T0 do T8, przy czym przez nową Lokalizację rozumie się Lokalizację, która nie została określona w Wykazie Lokalizacji stanowiącym podstawę podpisania Całościowego Protokołu Odbioru. Zamawiający może skorzystać z powyższego uprawnienia w całym okresie realizacji Umowy, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż określony w OPZ Rozdział 3 pkt 3.1 ppkt 2-4, liczony od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11. W każdym z kolejnych dwunastu (12) miesięcy obowiązywania Umowy Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z Opcji Nowych Lokalizacji w odniesieniu do nowych Lokalizacji w liczbie nieprzekraczającej 20% liczby Lokalizacji wskazanej w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy. Zamawiający może skorzystać z Opcji Nowych Lokalizacji w okolicznościach wskazanych w ust. 13.

4. Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Kategorii, w ramach której Zamawiający ma prawo przez cały okres świadczenia Usług do zażądania od Wykonawcy zmiany kategorii łączy T0-T8 – w istniejących Lokalizacjach, w których świadczone są Usługi – na wyższą lub niższą, jednorazowo o jedną kategorię w górę albo w dół, jednak w ilości nie większej niż 20% Lokalizacji wskazanych w Wykazie Lokalizacji stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy rocznie. Zamawiający może skorzystać z Opcji Zmiany Kategorii w okolicznościach wskazanych w ust. 13. Łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego Przedmiotu Umowy wskutek realizacji Opcji Zmiany Kategorii nie będzie wynosić mniej niż 70% Wartości Umowy.

[podkreślona fraza dodana 17 sierpnia 2022 r.]

5. Wykonawca złożył nieodwołalną ofertę (Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy) zainstalowania niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz świadczenia Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie większej przepustowości niż wymagana dla danej kategorii łączy

zgodnie z postanowieniami Rozdział 1 OPZ, po cenach określonych poniżej, a Zamawiający ma prawo skorzystać w tym zakresie z Opcji Zmiany Przepustowości:

a) Dla kategorii T0

- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 2000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.
- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 4000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.
- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 6000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.
- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 8000 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.

b) dla kategorii T1:

- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 400 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.
- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 800 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.

c) dla kategorii T2

- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 200 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.
- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 400 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.

d) dla kategorii T3

- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 80 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.
- trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 160 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.

e) dla kategorii T4

– trwałe zwiększenie przepustowości bazowej łączy dla danej Lokalizacji do 20 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.

f) dla kategorii T5 – trwałe zwiększenie przepustowości łączy podstawowego dla danej Lokalizacji do 16 Mbit/s w zamian za jednorazową opłatę instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz zmianę Wynagrodzenia za Usługi świadczone w tej Lokalizacji na zł brutto miesięcznie.

6. Wykonawca złożył nieodwołalną ofertę (Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy) – dla nowej Lokalizacji – zainstalowania niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz świadczenia Usługi, po cenach określonych poniżej, a Zamawiający ma prawo skorzystać w tym zakresie z Opcji Nowych Lokalizacji:

a) dla kategorii T0 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

b) dla kategorii T1 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

c) dla kategorii T2 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

d) dla kategorii T3 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

e) dla kategorii T4 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

f) dla kategorii T5 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

g) dla kategorii T6 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

h) dla kategorii T7 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

i) dla kategorii T8 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

7. Wykonawca złożył nieodwołalną ofertę (Załącznik 3 do Umowy – Oferta Wykonawcy) – dla zmiany kategorii łączy w istniejących Lokalizacjach – zainstalowania niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz świadczenia Usługi, po cenach określonych poniżej, a Zamawiający ma prawo skorzystać w tym zakresie z Opcji Zmiany Kategorii:

j) dla kategorii T0 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

k) dla kategorii T1 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

l) dla kategorii T2 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

m) dla kategorii T3 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

n) dla kategorii T4 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

o) dla kategorii T5 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

p) dla kategorii T6 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

q) dla kategorii T7 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

r) dla kategorii T8 – w zamian za jednorazową Opłatę Instalacyjną wynoszącą zł brutto oraz Wynagrodzenie za Usługi świadczone w tej Lokalizacji do wysokości zł brutto miesięcznie.

8. W przypadku, gdy realizacja przez Zamawiającego Opcji Zmiany Przepustowości i Opcji Zmiany Kategorii nie powoduje po stronie Wykonawcy konieczności zainstalowania w danej

Lokalizacji nowych łączy lub łączy wykonanych w innej technologii niż stosowana w danej Lokalizacji lub wymiany urządzeń niezbędnych do świadczenia usługi, Wykonawca nie będzie uprawniony do otrzymania Opłaty Instalacyjnej.

9. Wykonawca jest zobowiązany wykonać Przedmiot Umowy objęty danym rodzajem Opcji w takim zakresie w jakim Zamawiający skorzysta z powyższego uprawnienia. Zamawiający nie jest zobowiązany do skorzystania z Opcji. Nieskorzystanie przez Zamawiającego z Opcji danego rodzaju nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu. Zamawiający zastrzega sobie przy tym możliwość skorzystania z Opcji danego rodzaju w mniejszym zakresie.

10. Zamawiający może skorzystać z Opcji każdego rodzaju w całym okresie obowiązywania Umowy, z tym zastrzeżeniem, iż oświadczenie, o którym mowa ust. 11 może zostać złożone nie później niż na cztery (4) miesiące przed zakończeniem obowiązywania Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż sześćdziesiąt (60) dni od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 11. Na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w szczególności w przypadku utrudnionych warunków technicznych dla danej Lokalizacji, Zamawiający w zakresie określonych Lokalizacji może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji do maksymalnie 90 dni.

11. Dla skutecznego skorzystania z Opcji wymagane jest wyłącznie oświadczenie Zamawiającego, złożone Wykonawcy, w którym Zamawiający określi m. in. rodzaj Opcji, z której korzysta, jakie Lokalizacje są objęte Opcją i w jakim zakresie. Każde oświadczenie złożone przez Zamawiającego, o którym mowa w zdaniu powyższym oznacza jednoczesną aktualizację Wykazu Lokalizacji oraz odpowiednio Wykazu Kategorii Łączy.

12. Strony zgodnie postanawiają, że realizacja przez Wykonawcę Przedmiotu Umowy w zakresie objętym Opcją, o ile z postanowień Umowy wprost nie wynika inaczej, będzie następować na takich samych warunkach jak realizacja części podstawowej Przedmiotu Umowy, w tym w zakresie Prac Wdrożeniowych oraz świadczenia Usług.

13. Zamawiający może skorzystać z Opcji w następujących okolicznościach:

1) w przypadku, gdy wprowadzenie zmian przewidzianych w ramach Opcji danego rodzaju jest uzasadnione w świetle rozwoju technologicznego, co obejmuje między innymi uzyskanie usług lepszej jakości lub niezawodności; lub

2) w przypadku, gdy wprowadzenie zmian jest uzasadnione planowanymi lub dokonanyymi zmianami w infrastrukturze sprzętowo-programowej Zamawiającego; lub

3) w razie uzyskania przez Zamawiającego tytułu prawnego do nowej nieruchomości, w obrębie której Zamawiający planuje utworzyć nową Lokalizację lub przewidywanej utraty przez Zamawiającego tytułu prawnego do nieruchomości (lub jej części), w obrębie której

znajduje się dana Lokalizacja lub zmiany przeznaczenia lub sposobu wykorzystania w organizacji Zamawiającego, nieruchomości, do której Zamawiający posiada tytuł prawny, lub posadowionego na tej nieruchomości obiektu lub lokalu; lub

4) w przypadku, jeżeli z wyników przeprowadzonej kontroli jakości wynika konieczność wprowadzenia zmian, których celem będzie świadczenie Usług na poziomie odpowiadającym wymaganiom Zamawiającego, pod warunkiem, że wprowadzone zmiany będą miały na celu realizację zaleceń wynikających z przeprowadzonej kontroli jakości; lub

5) w przypadku zmian w organizacji Zamawiającego, w szczególności likwidacji Lokalizacji, powstania nowych Lokalizacji lub konieczności przeniesienia łączy dostępowych między Lokalizacjami; lub

6) w przypadku zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia z Umowy w części obejmującej Opłatę Instalacyjną dotyczącą Lokalizacji objętych Całościowym Protokołem Odbioru lub upływu okresu dwóch miesięcy od dnia, w którym zgodnie z Umową ma rozpocząć się świadczenie Usług; lub

7) innych niż powyższe przypadków, gdy skorzystanie z Opcji będzie wskazane lub niezbędne ze względu na specyfikę działalności Zamawiającego lub wynikających z niej potrzeb lub uwarunkowań, w szczególności ze względu na:

a) równoległe prowadzone przez Zamawiającego projekty lub nałożone na Zamawiającego zadania, lub

b) zmianę okoliczności wynikającą ze specyfiki działalności Zamawiającego lub otoczenia prawnego w jakim funkcjonuje Zamawiający, lub

c) konieczność dostosowania do wymogów i zadań nałożonych na Zamawiającego w związku z jego statusem „operatora wyznaczonego” w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, w tym dotyczących dostępności i zasad funkcjonowania placówek pocztowych, lub

d) brak rentowności lub celowości dalszego funkcjonowania poszczególnych Lokalizacji lub nieadekwatność danego rodzaju łączy lub danej przepustowości łączy do potrzeb Zamawiającego wynikających z prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

14. Ilekroć Umowa zastrzega prawo Zamawiającego do skorzystania z danej Opcji, Zamawiający może, na wniosek Wykonawcy, po złożeniu oświadczenia o skorzystaniu z Opcji, zrezygnować z jej realizacji na pierwotnie oczekiwanych warunkach lub wyrazić zgodę na zmianę warunków realizacji Opcji zgodnie z wnioskiem Wykonawcy, o ile oczywistym stanie się lub Wykonawca wykaże przedkładając stosowne dowody lub wyjaśnienia, że realizacja tej Opcji na warunkach oczekiwanych pierwotnie przez Zamawiającego jest niemożliwa lub istotnie utrudniona.

[postanowienie dodane 17 sierpnia 2022 r.]

§ 8

Uprawnienia Zamawiającego do modyfikacji zakresu Umowy

1. Zamawiający ma prawo do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia dla danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec Okresu Rozliczeniowego. W okresie obowiązywania Umowy:

a) Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż łącznie ~~30%~~ ~~25%~~ 15% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla wszystkich kategorii łączy od T0 do T8 w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji oraz nie więcej niż 40% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w skali roku dla danej kategorii łączy w stosunku do liczby Lokalizacji dla danej kategorii, podanej w Wykazie Kategorii Łączy;

[„25%” wprowadzone 2 sierpnia 2022 r., 17 sierpnia 2022 r. zastąpione przez „15%”]

b) w przypadku, kiedy Zamawiający przestanie pełnić rolę operatora wyznaczonego Zamawiający może zrezygnować z nie więcej niż ~~60%~~ 50% Lokalizacji (zaokrąglonych w górę do pełnych wartości) w stosunku do liczby Lokalizacji podanej w Wykazie Lokalizacji, w dowolnym okresie trwania Umowy oraz niezależnie od warunków opisanych w powyższych punktach.

[zmienione na „50%” 17 sierpnia 2022 r.]

2. Dla skutecznego skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w ust. 1 wymagane jest oświadczenie Zamawiającego, złożone na piśmie i doręczone Wykonawcy, w którym Zamawiający określi m. in. z których Lokalizacji rezygnuje. Każde oświadczenie złożone przez Zamawiającego, o którym mowa w zdaniu powyższym oznacza jednoczesną aktualizację Wykazu Lokalizacji oraz odpowiednio Wykazu Kategorii Łączy.

3. Dla uniknięcia wątpliwości skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa w ust. 1 nie stanowi dla Wykonawcy podstawy do kierowania wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku realizacji przedmiotowego uprawnienia łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż ~~50%~~ 65% Wartości Umowy.

[zmienione na „65%” 17 sierpnia 2022 r.]

4. Do okoliczności, w których Zamawiający może skorzystać z przewidzianego w § 8 ust. 1 lit. a prawa do rezygnacji z Usług w danej Lokalizacji, postanowienie § 7 ust. 13 stosuje się odpowiednio.

[postanowienie dodane 2 sierpnia 2022 r.]

§ 13

Rozwiązanie Umowy

1. Zamawiający jest uprawniony do rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od Umowy w każdym z następujących przypadków:

a) zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę lub likwidacji Wykonawcy;

b) sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa Wykonawcy bezpośrednio związanej ze świadczeniem Usług na rzecz Zamawiającego;

c) niepodpisania w terminie 9 miesięcy od Daty Początkowej Częściowych Protokołów Odbioru dla co najmniej 50% Lokalizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

d) naruszenia przez Wykonawcę lub podmioty działające w jego imieniu lub na jego rzecz, wymagań bezpieczeństwa określonych w § 11 oraz Załączniku nr 6 do Umowy „Ochrona informacji Poczty Polskiej S.A.” lub dotyczących ochrony informacji niejawnych w zakresie w jakim znajdują zastosowanie przy wykonywaniu Umowy;

e) innych rażących lub uporczywych naruszeń postanowień Umowy spowodowanych przez Wykonawcę;

f) kiedy wysokość kar naliczonych przez Zamawiającego przekroczy 20% (dwadzieścia procent) maksymalnej wysokości wynagrodzenia brutto określonej w § 10 ust. 1 Umowy.

2. Przed skorzystaniem z prawa do rozwiązania lub odstąpienia od Umowy, o którym mowa w ust. 1, Zamawiający wezwie Wykonawcę do usunięcia naruszeń lub ich skutków w terminie nie krótszym niż 14 dni od daty wezwania.

3. W przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, lub innych usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy innemu niż Wykonawca podmiotowi lub jednostce lub brakiem możliwości kontynuacji wykonania Umowy na przewidzianych Umową warunkach, Zamawiający ma prawo do rozwiązania Umowy w całości lub w części. Okres wypowiedzenia wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec miesiąca kalendarzowego. Z uprawnienia do wypowiedzenia Umowy w części, o którym mowa w niniejszym ustępie Zamawiający może skorzystać wielokrotnie w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne ze względu na potrzebę zastosowania się przez Zamawiającego do obowiązków określonych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa po zmianie. ~~Zamawiający gwarantuje, że ww. wypowiedzenie w całości lub w części Umowy nie będzie złożone wcześniej niż po upływie 24 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zamawiający zobowiązuje się, że nie będzie korzystać z prawa do wypowiedzenia Umowy w całości lub w części wynikającego z postanowienia niniejszego ustępu wcześniej niż przed upływem 24 30 miesięcy od dnia podpisania Umowy.~~

[2 sierpnia 2022 r. zdanie przekreślone zastąpione zdaniem podkreślonym, a 17 sierpnia

2022 r. w tym ostatnim „24” zastąpione „30”]

4. *W przypadku, o którym mowa w ust. 1, Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej części Umowy, na warunkach przewidzianych Umową i nie przysługują mu inne roszczenia.*

5. *Zamawiający może odstąpić od Umowy w wypadkach wskazanych w ust. 1 w terminie 60 dni od wystąpienia zdarzenia dającego podstawę do odstąpienia. Postanowienia Umowy nie ograniczają prawa Zamawiającego do odstąpienia od Umowy, określonego w obowiązujących przepisach prawa. Art. 456 Ustawy PZP stosuje się.*

6. *W przypadku, o którym mowa w ust. 3, Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej części Umowy, na warunkach przewidzianych Umową i nie przysługują mu inne roszczenia z tym jednak zastrzeżeniem, iż w wyniku wypowiedzenia, o którym mowa w ust. 3 łączna wartość wynagrodzenia należnego za wykonanie całego przedmiotu Umowy nie może wynosić mniej niż 30% 50% Wartości Umowy określonej w § 10 ust. 1.*

[zmienione z „30%” na „50%” 17 sierpnia 2022 r.]

Ponadto z uwag zamieszczonych pod tabelami pierwotnej wersji formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, wynikało, że opłata instalacyjna nie mogła przekroczyć dwukrotności abonamentu dla danej Lokalizacji.

Zgodnie z brzmieniem pkt II.3 pisma z 17 sierpnia 2022 r. dotyczącego zmian treści SWZ: *W Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ w Tabeli nr 5 wysokość opłaty instalacyjnej w przypadku Opcji Nowych Lokalizacji nie może przekroczyć równowartości trzykrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji, we wszystkich pozostałych przypadkach nie może przekroczyć równowartości dwukrotności miesięcznego Wynagrodzenia (abonamentu) za Usługi dla danej Lokalizacji.*

Przy czym według § 1 ust. 1 wzoru umowy „Definicje” powyżej użyte terminy pisane wielką literą mają następujące znaczenie:

- „Lokalizacja” – *określone adresem i wskazane przez Zamawiającego miejsce w budynku, do którego ma zostać doprowadzona usługa sieci WAN_PP oraz w którym zainstalowane mają zostać urządzenia CE. Każda Lokalizacja posiada identyfikator nadany przez Zamawiającego, który będzie wykorzystywany w ramach realizacji Umowy do jednoznacznego określenia Lokalizacji. Dodatkowo Lokalizacje będą identyfikowane współrzędnymi geograficznymi podanymi przez Zamawiającego. Wykaz Lokalizacji na dzień zawarcia Umowy stanowi Załącznik nr 2 do Umowy, natomiast kategorie łączy określono w Wykazie Kategorii Łączy stanowiącym Załącznik nr 11 do Umowy;*

- „Opcja” – *uprawnienie Zamawiającego do żądania zmiany zakresu lub sposobu wykonania*

przedmiotu zamówienia, na warunkach określonych postanowieniami Umowy, mogące stanowić odpowiednio: Opcję Zmiany Przepustowości, Opcję Nowych Lokalizacji albo Opcję Zmiany Kategorii;

- „Usługi” – *usługi świadczone przez Wykonawcę obejmujące usługi transmisji danych w Sieci WAN PP pomiędzy Lokalizacjami – pogrupowanych ze względu na dostarczane łącze w kategoriach T1-T8;*

Oba wspomniane w definicji terminu „Lokalizacja” załączniki zostały udostępnione wykonawcom, określając dla 4772 Lokalizacji: kolejną lp., adres, RS, id WAN, rodzaj umiejscowienia budynku, współrzędne geograficzne i kategorię łącza.

Jak wynika z tabeli nr 1 załącznika nr 1 do Umowy „Opis przedmiotu zamówienia”, co do zasady im niższa cyfra w oznaczeniu kategorii, tym większe wymagania techniczne, w tym przepustowość, dla takiego łącza.

Rozkład kategorii łączy dla 4772 Lokalizacji: T0 – 2, T1 – 9, T2 – 22, T3 – 77, T4 – 3, T5 – 420, T6 – 1086, T7 – 3148, T8 – 5 [podano za pismem Zamawiającego z 17 sierpnia 2022 r. jako okoliczność faktyczną niezaprzeczoną przez stronę przeciwną].

Reasumując, z powyższych postanowień w brzmieniu ustalonym do zamknięcia rozprawy w kontekście okoliczności podnoszonych w odwołaniach i odpowiedzi na odwołania, przy uwzględnieniu zgłoszonych na ich potwierdzenie wniosków dowodowych, wynika, co następuje.

Po pierwsze, ponieważ położenie nowych lokalizacji nie zostało w jakikolwiek sposób sprecyzowane, wycena tego opcjonalnego zakresu zamówienia może się opierać wyłącznie na indywidualnie przyjętych przez poszczególnych wykonawców – mniej lub bardziej hipotetycznych – założeniach, a nie na twardych danych wynikających z opisu tego zakresu zamówienia. Jednocześnie nawet podwyższenie limitu opłaty instalacyjnej do trzykrotności opłaty abonamentowej nie gwarantuje, że każdorazowo rzeczywisty koszt doprowadzenia usługi sieci WAN_PP i zainstalowania urządzeń CE nie przekroczy tej kwoty. Przy czym oczywiste jest, że wysokość abonamentu powinna odzwierciedlać koszty i marżę związane właśnie ze świadczeniem usługi transmisji danych, co *de facto* leży również w interesie ekonomicznym Zamawiającego. W przeciwnym razie mogłoby okazać się, że Zamawiający niepotrzebnie będzie sukcesywnie płacić abonament zawyżony przez wykonawcę na wypadek wystąpienia bliżej niesprecyzowanej opcji, która – jak sam dowodził Zamawiający – w ramach dotychczasowych umów nie zmaterializowała się w maksymalnie zastrzeżonej skali.

Jak wykazał T-Mobile na czterech przykładowych lokalizacjach aktualnie funkcjonującej sieci WAN_PP, w 2019 r. koszt prac projektowo-budowlano-instalacyjnych

dla placówek Poczty Polskiej zlokalizowanych w miastach wahał się w przedziale 10-40 tys. zł [dowody z naniesionymi przez Izbę oznaczeniami: OI5a) – cztery kosztorysy powykonawcze objęte tajemnicą przedsiębiorstwa]. Co prawda Izba nie uznała za adekwatne powołanie się dodatkowo przez T-Mobile na dwie inne lokalizacje z rynku komercyjnego, gdzie koszt takich prac był jeszcze wyższy [OI5 b) – dwa kosztorysy powykonawcze objęte tajemnicą przedsiębiorstwa], ale faktem jest, że nie sposób zweryfikować kosztu uruchomienia łączy w nieznanach lokalizacjach na takiej samej zasadzie jak w odniesieniu do lokalizacji objętych wykazem. Oczywiście jest bowiem, że umożliwienie określenia odrębnej wysokości opłaty instalacyjnej dla każdej kategorii łączy również w odniesieniu do nowych lokalizacji oraz podanie ich maksymalnej liczby samo w sobie nie niesie żadnych informacji odnośnie ich położenia i wynikających z niego uwarunkowań technicznych.

Po drugie, odmiennie przedstawia się sytuacja w odniesieniu do opcjonalnego podwyższenia przepustowości czy zmiany kategorii łączy w lokalizacjach objętych wykazem, których dokładne położenie (oraz rodzaj budynku) zostało podane w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto podwyższenie przepustowości przewidziane jest dla łączy kategorii od T0 do T5, których łącznie jest 533, czyli stanowią one nieco ponad 11% wszystkich lokalizacji. Z kolei zmiana kategorii łączy została ograniczona do 1/5 lokalizacji rocznie, a Zamawiający uwzględnił w toku rozprawy zgłoszony na niej przez Netię postulat, aby każdorazowa zmiana mogła być dokonywana o jedną kategorię w górę lub w dół.

Przy czym nie zostało skutecznie podważone, że co do zasady taka elastyczność w okresie realizacji umowy odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący nie wykazali żadnej inicjatywy dowodowej w kierunku wykazania np. trudności technicznych czy nadmiernych kosztów wykonania opcji zmiany przepustowości łączy czy opcji zmiany kategorii łączy dla jakiegokolwiek spośród lokalizacji z udostępnionego im wykazu, ograniczając się do nieznajdującego oparcia w istniejącym stanie rzeczy zrównywania tych sytuacji z opcjonalnym zakresem zamówienia dotyczącym nowych lokalizacji.

Po trzecie, Zamawiający w znacznym stopniu wyszedł naprzeciw oczekiwaniom zgłaszanym przez Odwołujących, wprowadzając do umowy uregulowanie, które *de facto* limituje skorzystanie przez niego z prawa opcji do sytuacji, w których jego wykonanie jest nie tylko obiektywnie możliwe, ale i nie jest istotnie utrudnione, co może zostać wykazane przez wykonawcę stosownymi środkami dowodowymi, którymi mogą być też wyczerpujące informacje. Różnica w stosunku do klauzul wnioskowanych przez Odwołujących w istocie sprowadza się do tego, kto będzie ostatecznie decydował o tym, czy zostało to odpowiednio wykazane.

Po czwarte, w toku postępowania odwoławczego Zamawiający znacząco ograniczył zakres swojego uprawnienia do częściowego odstąpienia od umowy. Pod względem ilościowym, przy zachowaniu statusu operatora wyznaczonego – z 30% do 15% wszystkich lokalizacji rocznie, a w razie utraty tego statusu – z 60% do 50% wszystkich lokalizacji.

Przede wszystkim z 50% do 65%, czyli niemal do poziomu 2/3 wartości umowy uległo zwiększeniu wynagrodzenie, którego otrzymania wykonawca tego zamówienia może być pewny. Innymi słowy w stosunku do ceny oferty za uruchomienie i świadczenie usług dla 4772 lokalizacji wynagrodzenie należne wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, może ulec zmniejszeniu o nie więcej niż 35%, czyli niewiele więcej niż o 1/3. W ten sposób niepewność wykonawców co do gwarantowanego zakresu wynagrodzenia została zminimalizowana. Ponieważ wszystkie warunki umowy mają taką samą moc prawną, Zamawiający będzie mógł faktycznie zrezygnować ze świadczonych usług tylko w takim zakresie, w jakim nie spowoduje to obniżenia wartości umowy poniżej tej granicy. Ponieważ została ona przesunięta w toku postępowania odwoławczego tak znacząco na korzyść wykonawców podniesione w odwołaniach twierdzenia co do istnienia po ich stronie stanu niepewności, abstrahując nawet od ich ogólności, stały się po prostu nieaktualne.

Po piąte, Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego ograniczył uprawnienie do rozwiązania umowy w całości lub części na skutek nałożenia na niego bezpośrednio obowiązku prawnego powierzenia usług objętych umową innemu podmiotowi lub wprowadzenia przepisów, które pośrednio uniemożliwią wykonywanie umowy na ustalonych w niej warunkach, do ostatnich 18 miesięcy 48-miesięcznego okresu, na jaki zostanie zawarta, czyli skrócił ten okres o 6 miesięcy.

Niezależnie od tego z 30% do 50% wartości umowy uległo zwiększeniu wynagrodzenie, którego otrzymania wykonawca tego zamówienia może być pewny, pomimo skorzystania przez Zamawiającego z powyższego uprawnienia. Innymi słowy w stosunku do ceny oferty za uruchomienie i świadczenie usług dla 4772 lokalizacji wynagrodzenie należne wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, może ulec zmniejszeniu o nie więcej niż połowę. W ten sposób niepewność wykonawców co do gwarantowanego zakresu wynagrodzenia została znacząco zmniejszona. Ponieważ wszystkie warunki umowy mają taką samą moc prawną, Zamawiający będzie mógł faktycznie zrezygnować ze świadczonych usług tylko w takim zakresie, w jakim nie spowoduje to obniżenia wartości umowy poniżej tej granicy. Biorąc pod uwagę, że uprawnienie to zostało przewidziane na wypadek okoliczności nie tylko zupełnie niezależnej od stron tej umowy, ale obiektywnie mało prawdopodobnej, również w tym przypadku twierdzenia Netii, która w przeciwieństwie do T-Mobile nie wycofała w tym zakresie odwołania, o niemożności racjonalnego ustalenia ceny oferty, abstrahując nawet od jego ogólności, stało się po prostu nieaktualne.

Po szóste, złożone na rozprawie przez Netię wielowariantowe tabelaryczne symulacje [OI13-9] nie mogły nic wnieść do rozpatrywanych spraw. Nie tylko z tego powodu, że w najlepszym razie mogłyby prezentować skutki zastosowania postanowień w ich poprzednim brzmieniu, które uległo zmianie, obiektywnie rzecz biorąc na korzyść wykonawcy jako strony umowy, co już jest wystarczającym powodem, aby odstąpić od ich szczegółowej analizy. Przede wszystkim stanowią one w istocie nie dowód na poparcie twierdzenia zawartego w odwołaniu, a sprecyzowanie okoliczności, które mogły i powinny być podniesione do upływu terminu na wniesienia odwołania, który nieodwołanie w rozpoznawanych sprawach upłynął zanim doszło do otwarcia rozprawy.

Po siódme, złożone na rozprawie przez Netię [OI110-11] i Orange [OI115] przykłady ukształtowania przez inne państwowe instytucje zamawiające korzystniejszych warunków umów dotyczących transmisji danych mogą co najwyżej dowodzić tej okoliczności, co nie jest równoznaczne z wykazaniem, że zakwestionowane w rozpoznawanych sprawach postanowienia umowne naruszają przepisy prawa. Niezależnie od tego poza wszelkim sporem jest fakt, że przedmiotowe zamówienie na krajowym rynku jest w tej dziedzinie unikalne, bo zdecydowanie o największej skali, co wynika z tego, że dotyczy Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego do pełnienia powszechnych usług pocztowych, czyli innymi słowy jest nieporównywalne.

Po ósme, Netia nie wykazała żadnej inicjatywy dowodowej dla wykazania, że również w sytuacji, gdy zmiana przepustowości lub kategorii łącza w danej lokalizacji nie wiąże się z koniecznością zastosowania innej technologii lub wymiany urządzeń, wykonawca zamówienia może ponieść koszty (i w jakiej wysokości), co oznacza, że nie zostało to udowodnione, choć nie stanowi okoliczności ani notoryjnej, ani oczywistej.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut wspólny odwołaniom jest zasadny, natomiast pozostałe zarzuty właściwe poszczególnym odwołaniom są niezasadne.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 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.
[wszystkie odwołania]
2. Art. 99 ust. 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. [odwołania T-Mobile i Netii]

3. Art. 99 ust. 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. [odwołania T-Mobile i Netii]
4. Art. 16 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. [odwołania T-Mobile i Netii]
5. Art. 17 ust. 1 – zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. [odwołanie Netii]

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach T-Mobile i Netii przepisami kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp na zasadzie jej art. 8 ust. 1 (który 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 kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

1. Art. 5 – 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.
2. Art. 353¹ – 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.
3. Art. 487 § 2 – umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że ponieważ okoliczności składające się

na podstawie faktyczną rozpoznawanych zarzutów nie odnoszą się do żadnego z powyżej wymienionych przepisów Kodeksu cywilnego, zarzucanie Zamawiającemu naruszenia tych przepisów przez Netię i T-Mobile należy uznać za oczywiście bezprzedmiotowe. Paradoksalnie zbędność odwoływania się w tym przypadku do przepisów Kodeksu cywilnego potwierdza ograniczenie się przez Orange do wskazania w swoim odwołaniu art. 99 ust. 1 ustawy pzp, co okazało się wystarczającą a zarazem właściwą kwalifikacją prawną. Z uzasadnienia pozostałych odwołań nie wynika bowiem również, na czym miałyby polegać naruszenie pozostałych powyżej wymienionych przepisów ustawy pzp.

Jednakże w ustalonych powyżej okolicznościach należy stwierdzić, że nieopisanie opcjonalnego zakresu tego zamówienia w odniesieniu do nowych lokalizacji w taki sam sposób, w jaki został opisany zasadniczy zakres zamówienia, stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 pzp, statuującego zasady opisu przedmiotu zamówienia, które dla obu tych zakresów są takie same. Skoro poza wszelkim sporem jest, że elementem koniecznym opisu tego zamówienia są konkretne dane umożliwiające zidentyfikowanie położenia i uwarunkowań każdej z kilku tysięcy lokalizacji, gdyż w innym przypadku nie byłoby potrzeby sporządzania ich wykazu, brak takich informacji dla nowych lokalizacji stanowi oczywisty przejaw niewyczerpującego opisu tego opcjonalnego zakresu.

Nie oznacza to, że Zamawiający jest pozbawiony możliwości rozszerzenia wdrożonej w ramach tego zamówienia sieci WAN_PP o nowe lokalizacje, gdy taka potrzeba po jego stronie rzeczywiście zaistnieje i zostanie skonkretyzowana co do położenia tej nowej placówki. Jak stanowi bowiem art. 388 pkt 2 lit. c ustawy pzp zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych i polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy szacowaniu jego wartości, a w opisie zamówienia podstawowego wskazano zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

Zatem jedynie od dochowania należytej staranności w zakresie obowiązków publikacyjnych (zakładając, że oszacowanie już zostało dokonane z uwzględnieniem wartości potencjalnego dodatkowego zakresu związanego z nowymi lokalizacjami) zależy czy Zamawiający nie zamknie sobie drogi do zaspokojenia swoich uzasadnionych potrzeb w tym trybie ustawy pzp. Co więcej, wydaje się, że przepisy ustawy pzp są tu ze sobą odpowiednio skorelowane, gdyż na potrzeby opisanie takiego dodatkowego zamówienia w ramach dokumentacji zamówienia podstawowego wymagania są obniżone w stosunku do zasad wynikających z art. 99 pzp, gdyż wystarczy określenie zakresu takiej opcji i warunków,

na jakich zostanie ona udzielona, co w przypadku tego postępowania wymaga jedynie pewnego preredagowania SWZ.

Ponieważ *de facto* celem Odwołujących było zapobieżenie temu, aby na etapie realizacji tego zamówienia nie okazało się, że faktyczny koszt prac wdrożeniowych dla nowej lokalizacji, o nieznanym położeniu i uwarunkowaniach technicznych, przekracza wysokość opłaty instalacyjnej, której pułap został ograniczony do krotności abonamentu za łącze danej kategorii, za racjonalne i uwzględniające interes obu stron sporu należy uznać ograniczenie nakazu udzielania zamówień dodatkowych wyłącznie do takich sytuacji. Innymi słowy, jeżeli wykonawca tego zamówienia, po ujawnieniu mu położenia nowej lokalizacji, stwierdzi i wykaże zaistnienie takiego stanu rzeczy Zamawiającemu, wtedy rozszerzenie istniejącej sieci o taką lokalizację powinno być przedmiotem zamówienia dodatkowego udzielanego w trybie z wolnej ręki.

Oczywiście w interesie Zamawiającego jest przejrzanie warunków tego zamówienia, w tym treści wzoru umowy i formularza ofertowego, w celu zapobieżenia wystąpienia niepożądanych sytuacji wynikłych z takiego elastycznego podejścia. W szczególności celowe wydaje się zrezygnowanie z odrębnej wyceny łączy poszczególnych kategorii dla nowych lokalizacji, skoro *de facto* może ona opierać się na takim samym uśrednieniu tego kosztu jak dla znanych lokalizacji. W przeciwnym razie może okazać się, że niektórzy wykonawcy ustalą wysokość opłaty instalacyjnej na symbolicznym poziomie, aby wszystkie nowe lokalizacje uczynić przedmiotem zamówień dodatkowych, a przy okazji zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia podstawowego dzięki obniżeniu ceny oferty. Z kolei wykonawcy, którzy dokonają tej wyceny w sposób racjonalny, znajdą się w gorszej sytuacji, co jeżeli ta różnica przełoży się na ranking ofert wg jedynego kryterium cenowego, będzie asumptem do stawiania przez tych drugich względem tych pierwszych zarzutów rażąco niskiej ceny czy popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Przy czym nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający z takiego czy innego powodu zdecydował, że w całości zakres opcji dotyczący nowych lokalizacji uczyni przedmiotem zamówień dodatkowych.

Natomiast w ustalonych powyżej okolicznościach zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy pzp w odniesieniu do sposobu opisanego pozostałych uprawnień Zamawiającego do modyfikacji zakresu świadczonych usług transmisji danych należy uznać za niezasadne, jako w istocie zmierzające do ukształtowania warunków tego zamówienia w sposób odpowiadający założeniom biznesowym Odwołujących, a nie uzasadnionym potrzebom Zamawiającego w związku z prowadzoną przez niego działalnością, w tym z koniecznością uwzględnienia ewentualnych zmian jej zakresu, które mogą zaistnieć w 4-letnim okresie wykonywania umowy w sprawie tego zamówienia.

**{rozpatrzenie zarzutów dotyczących terminu rozpoczęcia świadczenia usługi –
zarzut nr: 1.a) odwołania Netii, 1.e) odwołania Orange
oraz zarzutów dotyczących terminu uruchomienia usługi w nowych
lokalizacjach – zarzut nr: 2.b) odwołania T-Mobile i 1.b), 2.c) odwołania Orange}**

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Odwołania Netii i Orange zawierają zarzut kwestionujący 10-miesięczny termin rozpoczęcia świadczenia usług transmisji danych w 4772 lokalizacjach jako za krótki o 4 (wg Netii) lub 6 (wg Orange) miesięcy z uwagi na wielkość sieci WAN_PP i uwarunkowania techniczno-organizacyjne związane z tak dużą skalą i zakresem prac wdrożeniowych, w tym koniecznością zakupu urządzeń przy trwającej sytuacji wydłużenia terminów dostaw przez ich producentów. Dodatkowo według Orange określenie takiego terminu stanowi przejaw niedopuszczalnego uprzywilejowania Netii jako wykonawcy aktualnie świadczącego na rzecz Zamawiającego usługę transmisji danych.

Z kolei dla odwołań T-Mobile i Orange wspólny jest zarzut, że również określenie zasadniczo 60-dniowego (maksymalnie 90-dniowego) terminu na każdorazowe uruchomienie usług w nowej lokalizacji nie uwzględnia tych aktualnych uwarunkowań techniczno-organizacyjnych, które miałyby powodować, że również takie rozszerzenie sieci WAN_PP wymaga pół roku. Ponadto T-Mobile zakwestionował również możliwość skorzystania przez Zamawiającego z opcjonalnego zakresu zamówienia na 4 miesiące przed zakończeniem realizacji umowy, podczas gdy według Odwołującego granica ta powinna być przesunięta na 12 miesięcy.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie dokonywał zmian postanowień zawartych w zaskarżonych powyższymi zarzutami § 2 ust. 3 (określającym termin wykonania tego zamówienia, w tym etapu wdrożenia) i § 7 ust. 10 (określającym termin wdrożenia w nowej lokalizacji i termin końcowy uruchomienia takiej opcji) wzoru umowy, gdyż od początku i konsekwentnie oceniał te zarzuty za w całości bezpodstawne.

Pomimo tego celowe jest przywołanie nie tylko brzmienia tych postanowień, ale również całokształtu uregulowania w umowie etapu uruchomienia sieci WAN_PP, a także trzech punktów preambuły umowy, która ma zostać zawarta w sprawie tego zamówienia publicznego [natomiast § 7 został już w całości przytoczony w ramach rozpoznania poprzedniej grupy zarzutów].

(...)

Zważywszy, że:

1. Zamawiający w dniu 25 marca 2019 r. zawarł z NETIA S.A. umowę w sprawie zamówienia publicznego nr K0076484, przewidującą wykonanie przez NETIA S.A. prac wdrożeniowych dotyczących sieci WAN Zamawiającego, a następnie świadczenie przez powyższego wykonawcę od 1 grudnia 2019 r. usług transmisji danych w sieci WAN Zamawiającego. Usługi transmisji danych w sieci WAN Zamawiającego zgodnie z warunkami powyższej umowy nie mogą być świadczone dłużej niż do 25 marca 2023 r.

2. Mając na uwadze konieczność zapewnienia ciągłości działania procesów Zamawiającego, dla których niezbędne są usługi transmisji danych w sieci WAN Zamawiającego, koniecznym jest zawarcie przez Zamawiającego umowy na świadczenie tych usług celem kontynuowania ich świadczenia w sposób nieprzerwany.

(...)

6. Wykonawca jest świadomy, iż dochowanie określonego Umową terminu na wykonanie „Prac Wdrożeniowych” oraz wskazana Umową data rozpoczęcia świadczenia „Usług” mają charakter newralgiczny z punktu widzenia ciągłości usług świadczonych przez Zamawiającego i obowiązków nałożonych na Zamawiającego przez przepisy powszechnie obowiązującego prawa.

(...)

§ 2

Przedmiot i czas trwania Umowy

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania na warunkach przewidzianych Umową „Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A.” zwane dalej również „Przedmiotem Umowy”.

2. Przedmiot Umowy obejmuje Prace Wdrożeniowe oraz świadczenie Usług.

3. Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Umowa wchodzi w życie z Datą Początkową i obowiązuje do upływu okresu 48 miesięcy od Daty Początkowej albo do momentu wyczerpania kwoty określonej w § 10 ust. 3 Umowy, w zależności, które z powyższych dwóch zdarzeń wystąpi wcześniej. Prace Wdrożeniowe będą realizowane przez Wykonawcę od Daty Początkowej przez okres 10 miesięcy, a od dnia2023 r. Wykonawca będzie świadczył Usługi we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji.

§ 3

Obowiązki Wykonawcy i sposób wykonywania Umowy

1. W trakcie realizacji Prac Wdrożeniowych Wykonawca zobowiązany jest do Uruchomienia Usług, wraz z przełączeniem komunikacji na nowe łącza, we wszystkich Lokalizacjach wskazanych w Załączniku nr 2 – Wykaz Lokalizacji zgodnie z Wykazem Kategorii Łączy.

2. Prace Wdrożeniowe nie zakończą się wcześniej niż w przewidzianym dla nich terminie,

o którym mowa w § 2 ust. 3 zdanie drugie Umowy, pomimo ewentualnego wcześniejszego wykonania uruchomienia Usług przez Wykonawcę we wszystkich Lokalizacjach z Wykazu Lokalizacji.

3. W terminie do 90 dni od Daty Początkowej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu projekt harmonogramu realizacji Prac Wdrożeniowych dalej zwany jako Harmonogram zawierający daty oraz opisy i procedury przełączania Usług dla poszczególnych Lokalizacji. Harmonogram będzie przekazany w formie elektronicznej (pliki w formacie .pdf oraz pliki edytowalne w formacie .doc lub .xls) do Koordynatora Umowy ze strony Zamawiającego wskazanego w § 16 ust. 3 lit. a). Wraz z Harmonogramem Zamawiającemu zostanie przekazany opis sieci i projekt techniczny zawierający architekturę i opis elementów funkcjonalnych, topologię logiczną z uwzględnieniem obecnej infrastruktury, propozycję konfiguracji dla urządzeń oraz wytyczne do ich implementacji. Harmonogram nie może modyfikować założeń Umowy, zgodnie z którymi etap Prac Wdrożeniowych musi zostać zakończony w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 3.

4. W terminie do 5 Dni Roboczych, od daty otrzymania Harmonogramu, Zamawiający zatwierdzi Harmonogram albo zgłosi do niego uwagi. Wykonawca uwzględni uwagi Zamawiającego i przedstawi Harmonogram do ponownej akceptacji na piśmie albo na spotkaniu przedstawi przyczyny nieuwzględnienia uwag w Harmonogramie. Ostateczne brzmienie Harmonogramu musi uzyskać akceptację Zamawiającego.

5. Po akceptacji Harmonogramu, Wykonawca przystąpi do faktycznej realizacji Prac Wdrożeniowych.

6. Wykonawca będzie sporządzał i dostarczał Zamawiającemu raporty z postępu Prac Wdrożeniowych zrealizowanych w poprzednim tygodniu, do wtorku do godz. 15:00 następnego tygodnia. Raport ten będzie określał w szczególności:

a) postęp prac w każdej Lokalizacji wraz ze statusem tych prac (prace nierozpoczęte, rozpoczęte, łącze doprowadzone, sieć skonfigurowana, testowanie, prace zakończone);

b) zaktualizowany rejestr ryzyk i zagadnień.

Wzór raportu z postępu Prac Wdrożeniowych zostanie opracowany przez Wykonawcę i przekazany Zamawiającemu do akceptacji w terminie do 30 dni od Daty Początkowej.

7. Niezależnie od powyższego, Wykonawca będzie przygotowywał (w oparciu o wytyczne Zamawiającego) i doręczał Zamawiającemu comiesięczny harmonogram realizacji instalacji zawierający daty instalacji oraz uruchomienia łączy, w formie elektronicznej, (pliki w formacie .pdf oraz pliki edytowalne w formacie .doc lub .xls) drogą e-mailową zwany dalej Harmonogramem Miesięcznym. Harmonogram Miesięczny będzie doręczany Zamawiającemu nie później niż na dwa tygodnie przed rozpoczęciem miesiąca, którego ten Harmonogram Miesięczny dotyczy.

8. Na dodatkowe pisemne żądanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do informowania Zamawiającego w formie pisemnej o realizacji Umowy, przy czym Zamawiający zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do składania takich żądań w sposób, który powodowałby ponadprzeciętne zwiększenie nakładu pracy lub kosztów Wykonawcy, względem założonych zasobów.

9. Wykonawca jest zobowiązany do poinformowania Zamawiającego o zamiarze rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych w danej Lokalizacji co najmniej na 7 dni przed ich rozpoczęciem.

10. Po ukończeniu Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji Wykonawca przedstawi daną Lokalizację do odbioru zgodnie z § 4 Umowy. Lokalizacja zostanie uznana za odebraną po podpisaniu dla niej przez Zamawiającego Częściowego Protokołu Odbioru.

11. Dla łączy kategorii T5-T7 Zamawiający dopuszcza uruchomienie łączy tymczasowych, na okres do 3 6 miesięcy od momentu rozpoczęcia świadczenia Usług dla Lokalizacji, w których Wykonawca nie zakończył budowy infrastruktury docelowej w terminach określonych Umową. W tym czasie dopuszcza się zastosowanie łączy w kategorii niższej niż wymagana przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami OPZ Rozdział 3. W przypadku gdy po upływie okresu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, Wykonawca nadal świadczy usługi w danej Lokalizacji za pomocą łączy niższej kategorii (łączy tymczasowych), Wykonawcy nie przysługuje Wynagrodzenie za Usługi świadczone dla tej Lokalizacji. W takiej sytuacji Zamawiający może naliczyć karę umowną zgodnie z § 12 ust. 1.

[zmienione z „3” na „6” 17 sierpnia 2022 r.]

(...)

Przy czym według § 1 ust. 1 umowy „Definicje” powyżej użyte terminy pisane wielką literą [a których znaczenie nie zostało już przywołane przy okazji rozpoznawania poprzedniej grupy zarzutów] mają następujące znaczenie:

(...)

Całościowy Protokół Odbioru – protokół odbioru Prac Wdrożeniowych podpisywany przez Zamawiającego i Wykonawcę zgodnie z procedurą wskazaną w § 4 Umowy, dla wszystkich Lokalizacji wymienionych w aktualnym na dzień podpisania Całościowego Protokołu Odbioru Wykazie Lokalizacji;

Częściowy Protokół Odbioru – protokół odbioru Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji, podpisywany przez Zamawiającego i Wykonawcę zgodnie z procedurą wskazaną w § 4 Umowy;

(...)

Data Początkowa – data zawarcia niniejszej Umowy przez Strony;

Prace Wdrożeniowe – wszelkie czynności mające na celu umożliwienie świadczenia Usług, w tym w szczególności przygotowanie infrastruktury oraz uruchomienie łączy dla wszystkich

Lokalizacji, szczegółowo opisane w OPZ oraz w § 3 Umowy;

(...)

Uruchomienie Usług – końcowy etap Prac Wdrożeniowych w danej Lokalizacji którego wykonanie umożliwia podpisanie Częściowego Protokołu Odbioru dla danej Lokalizacji;

Relatywnie największa w toku postępowania odwoławczego aktywność dowodowa T-Mobile, Netii i Orange w kierunku uzyskania przedłużenia terminu na wdrożenie nie przełożyła się na wykazanie podniesionych w odwołaniach okoliczności faktycznych co do uwarunkowań faktycznych i prawnych prac wdrożeniowych, składające się na zarzuty podlegające rozpoznaniu w niniejszych sprawach.

Przede wszystkim złożone przez: Netię – „Harmonogram ramowy wdrożenia usługi dla lokalizacji Zamawiającego”, i Orange – „Projekt budowlany – pozwolenie na budowę, „Projekt budowlany – zgłoszenie”, stanowią w istocie odzwierciedlenie stanowisk Odwołujących co do przebiegu czynności faktycznych i administracyjno-prawnych wyszczególnionych w treści tych dokumentów, więc już z tego powodu nie stanowią dowodu, że obiektywnie rzecz biorąc wykonanie prac wdrożeniowych, o których mowa w powyżej przywołanych postanowieniach wzoru umowy, może nie być możliwe w ciągu 10 miesięcy od podpisania umowy. Analogicznie należy ocenić złożenie przez T-Mobile oświadczeń jego pracowników co do tego, że na potrzeby obecnie wykonywanej umowy średnio czas budowy łącza światłowodowego wynosił 6 miesięcy, a radiolinii – 7 miesięcy, w sytuacji gdy jako dowód potwierdzający takie stanowisko zaoferowane zostały kolejne oświadczenia czy wydruki według oświadczenia wygenerowane z wewnętrznych systemów, czego nie sposób zweryfikować.

Niezależnie od powyższego wydaje się, że Orange złożył wydruki z użytkowanego w jego przedsiębiorstwie programu komputerowego, zapominając o tym, że nie jest przedmiotem notoryjnej wiedzy, co znaczą użyte w ich treści skrótowce, takie jak: „UUN”, „OPL”, „FP”, „OPL”, czy hasło „Decyzja GO”, a brak załączenia stosownej legendy uniemożliwia zrozumienie w pełni, co autor miał na myśli. Zarówno te specyficzne określenia, jak i przypisy świadczą o tym, że nie są to harmonogramy, które zostały opracowane na potrzeby tego zamówienia z uwzględnieniem specyfiki lokalizacji objętych wykazem udostępnionym w ramach SWZ.

Na marginesie odnotować trzeba również, że harmonogramy te opiewają na 34-35 tygodni, więc nie potwierdzają zasadności przedłużenia okresu wdrażania do 16 miesięcy, jak domagał się tego Odwołujący Orange.

O ile Netia złożyła harmonogram już według nazwy odnoszący się do umowy w sprawie tego zamówienia, o tyle zamieszczona na wstępie uwaga wskazuje zaledwie

na dwie konkretne lokalizacje obejmujące zabytkowe budynki, w których nie ma ona swojej (bliżej niesprecyzowanej) infrastruktury, więc cała dalsza treść zdaje się odnosić do tych dwóch specyficznych przypadków, zwłaszcza że czynności opisane w pkt II dotyczą budynków wpisanych do rejestru zabytków.

Z kolei Zamawiający wykazał, że w obu lokalizacjach, na których przykładzie został oparty przez Netię ten harmonogram, usługa transmisji danych jest przez nią świadczona na rzecz Poczty Polskiej na mocy umowy zawartej 25 marca 2019 r., a poprzednio na podstawie umowy z 12 lutego 2015 r. (w tym przypadku w konsorcjum z GTS Poland sp. z o.o.), co tym bardziej podważa wiarygodność twierdzenia, że uruchomienie łączny w lokalizacjach objętych niniejszym zamówieniem zajmie 14-miesiący [wykazy lokalizacji do tych umów stanowią odpowiednio załączniki nr 1 i 2 do pisma procesowego Zamawiającego z 17 sierpnia 2022 r.].

Niezależnie od powyższego harmonogram ten ma bardzo ramowy charakter (pomimo zapowiedzi w odwołaniu, że będzie szczegółowy), gdyż polega na wyszczególnieniu pięciu etapów, wymienienia hasłowo czynności składających się na dany etap i przypisaniu na zasadzie *deus ex machina* każdemu z tych etapów takiej liczby tygodni, aby na końcu uzyskać założony z góry rezultat, czyli 14 miesięcy.

Nie buduje przy tym wiarygodności procesowej Netii sytuacja, gdy w odniesieniu do informacji: o dużym stopniu ogólności z pkt II-V „Harmonogramu ramowego...”, w tym polegających na przytoczeniu brzmienia przepisów ustaw, czy sprowadzających się do przywołania postanowień wzoru umowy z pkt I – oświadcza, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zadając sobie trudu wykazania tego, co wydaje się zresztą zadaniem niewykonalnym. Podobnie jak próba wykazania przez T-Mobile, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią ogólne informacje o prowadzonej działalności, którymi chwali się inny przedsiębiorca, czy oferowane przez tego kontrahenta ogólne warunki zawierania umowy.

Podobnie nie stawia Zamawiającego w dobrym świetle skwapliwe przyjęcie takich reguł gry procesowej, wyrażające się w utajnieniu przed T-Mobile i Orange, bez przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia, pozostałych zgłoszonych w sprawie dowodów, w tym „danych dotyczących dostępności zamienników produktów występujących na rynku” – czyli wydruku korespondencji e-mail zawierającej wskazanie typów i terminów dostaw urządzeń VMware jako odpowiedników również wskazanych typów urządzeń Cisco, „informacji Zamawiającego potwierdzających zakres zmian dotyczących lokalizacji względem poprzedniego postępowania” – czyli tabelarycznego zestawienia niektórych placówek Poczty Polskiej z podaniem ich adresu i wskazanie, że tych lokalizacji dotyczyła jedna z czterech hasłowo opisanych alternatyw: „Przeniesienie lokalizacji”, „Zmiana technologii”, „Zmiana

kategori” albo „Nowa lokalizacja”, wydruków korespondencji e-mail dotyczących trzech przypadków wyrażenia przez Zamawiającego zgody na zmianę technologii łącza [załączniki do pisma procesowego Zamawiającego z 17 sierpnia 2022 r. nr 3-5].

Przy czym praktykę nieuprawnionego utajniania przez Netię, T-Mobile i Zamawiającego informacji zawartych w oświadczeniach czy ofertach dystrybutorów urządzeń obnażyło złożenie przez Orange jako jak najbardziej jawnych: „Listu do Klientów i Partnerów” Cisco z 10 czerwca 2022 r. oraz wydruku kosztorysu dla przykładowych urządzeń na potrzeby tego zamówienia – z których wynika, że co najwyżej tajemnicę poliszynela stanowi fakt wydłużenia terminów dostaw niektórych spośród urządzeń tego producenta do około 200-210 dni.

Co istotne w kontekście rozpoznawanych zarzutów, nawet określenie w uzyskanej przez Orange ofercie na 280 dni dostępności dla dwóch typów urządzeń Cisco, nie wskazuje na niemożność dotrzymania 10-miesięcznego terminu, już choćby z tego powodu, że dla wykonawcy zawodowo trudniącego się prowadzeniem działalności gospodarczej w danej dziedzinie oczywiste powinno być złożenie zamówienia na urządzenia konieczne dla należytego wykonywania tego zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem. Co więcej, ze wspomnianego „Listu...” wprost wynika, że taka praktyka biznesowa jest okolicznością notoryjną, skoro Cisco informuje jedynie o wydłużeniu z 10 do 45 dni przed bieżącą szacowaną datą wysyłki okresu, w którym nie będzie już możliwe anulowanie złożonego zamówienia [akapit „Anulowanie zamówienia” i następne].

Nie sposób jednak nie odnotować w tym miejscu, że według wspomnianego powyżej dowodu zgłoszonego przez Zamawiającego termin dostaw odpowiedników czterech typów urządzeń Cisco przeznaczonych odpowiednio do małych, średnich, dużych i kluczowych lokalizacji producenta VMware (łącznie 13 typów urządzeń, co najmniej po dwa typy na urządzenie danej klasy Cisco) wg stanu na 11 sierpnia 2022 r. wynosił 4 tygodnie, z wyjątkiem jednego urządzenia, dla którego podano termin 14-tygodniowy).

Z kolei względnie krótka lista lokalizacji, które były nowe, zostały przeniesione, podlegały zmianie technologii lub kategorii łącza na potrzeby wykonywanego przez Netię zamówienia, wobec braku zaprzeczenia twierdzeniu Zamawiającego tożsamości lokalizacji objętych wykazem załączonym do SWZ z lokalizacjami, w których aktualnie świadczone są usługi transmisji danych, a także przy braku odniesienia się do wspomnianego przez Zamawiającego obowiązku prawnego wzajemnego zapewnienia sobie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych – przeczy temu, że już sama liczba lokalizacji czyni niemożliwym dotrzymanie określonego przez Zamawiającego terminu zakończenia prac wdrożeniowych.

Odrębny zarzut odwołania Orange, że termin wykonania prac wdrożeniowych

faworyzuje Netię jako aktualnie świadcząca usługi objęte przedmiotem zamówienia na rzecz Zamawiającego, opiera się li tylko na tym fakcie, czyli na obiektywnym uwarunkowaniu, które jest naturalną konsekwencją faktu, że poprzednie postępowanie o udzielenie tego zamówienia wygrała akurat Netia, a nie Orange.

Złożone przez Odwołujących dowody w odniesieniu do terminów dostaw urządzeń tym bardziej niczego istotnego nie wykazują w kontekście kwestionowania terminów uruchomienia łącza w opcjonalnych lokalizacjach. Dla profesjonalisty – zwłaszcza że w tym przypadku będzie to już wykonawca będący stroną umowy – oczywiste powinno być prowadzenie takiej polityki zamawiania u podmiotów trzecich urządzeń, aby być w gotowości do wykonania opcjonalnego zakresu zamówienia, którego zakres został na tyle szczegółowo opisany, na ile było to w takim przypadku możliwe.

Z kolei w kontekście ewentualnych trudności z dotrzymaniem 60-dniowego lub nawet 90-dniowego terminu z uwagi na zakres prac projektowo-budowlanych należy zwrócić uwagę na wprowadzony przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego do § 7 ust. 14 wzoru umowy. Z postanowienia tego wynika, że Zamawiający może co najmniej wyrazić zgodę na zmianę warunków realizacji opcji, czyli również terminu uruchomienia łącza w nowej lokalizacji, jeżeli wykonawca wykaże, choćby za pomocą złożenia wyczerpujących wyjaśnień, że dotrzymanie tych terminów jest niemożliwe lub istotnie utrudnione.

Niezależnie od powyższego dzięki uwzględnieniu wspólnego dla odwołań zarzutu z poprzednio omawianej grupy zarzutów wykonawcy umowy w sprawie tego zamówienia nie grozi już sytuacja, że nakłady inwestycyjne konieczne dla uruchomienia łącza w nowej lokalizacji (co zwykle będzie się również przekładać na skomplikowanie i długość procesu inwestycyjnego) nie zostaną pokryte przez opłatę instalacyjną, gdyż w takim przypadku będzie to przedmiotem odrębnego zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji termin uruchomienia dostępu do sieci WAN_PP w takiej lokalizacji będzie podlegał negocjacom.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołań są niezasadne.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniach przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 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.
[wszystkie odwołania]
2. Art. 99 ust. 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.

[odwołanie T-Mobile]

3. Art. 99 ust. 4 – przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnie procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

[odwołania T-Mobile i Orange]

4. Art. 16 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

[odwołania T-Mobile i Netii]

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu T-Mobile przepisami kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp na zasadzie jej art. 8 ust. 1 (który 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 kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

1. Art. 5 – 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.
2. Art. 353¹ – 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.
3. Art. 487 § 2 – umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że ponieważ okoliczności składające się na podstawę faktyczną rozpoznawanych zarzutów nie odnoszą się do żadnego z powyżej wymienionych przepisów Kodeksu cywilnego, zarzucanie Zamawiającemu naruszenia tych przepisów przez T-Mobile należy uznać za oczywiście bezprzedmiotowe. Zbędność

odwoływania się w tym przypadku do przepisów Kodeksu cywilnego ponieważ potwierdza ograniczenie się przez Orange do wskazania w swoim odwołaniu na naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp, co zdaniem Izby jest wystarczającą a zarazem właściwą kwalifikacją prawną w kontekście podnoszonych w tym odwołaniu okoliczności. Przy czym akurat odwołanie T-Mobile nie wskazuje również żadnych okoliczności, które mogłyby być poczytywane za odnoszące się nie tylko do art. 99 ust. 2 ustawy pzp, ale i do art. 99 ust. 4 ustawy pzp, gdyż w przeciwieństwie do odwołania Orange nie podnosi w ogóle zarzutu, że zaskarżone postanowienia umowy faworyzują Netię. Z kolei z uzasadnienia odwołań T-Mobile nie wynika również, na czym miałyby polegać naruszenie art. 16 ustawy pzp.

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

{KIO 1891/22}

{rozpatrzenie zarzutów nr 4.b)-4.h) odwołania Netii}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Odwołanie Netii zawiera szereg zarzutów kwestionujących w kilku szczegółowych aspektach „Opis przedmiotu zamówienia” stanowiący załącznik nr 1 do Umowy {dalej: „OPZ”}.

Wspólne dla zarzutów 4.b) i 4.e) jest podnoszenie zaniechania skonkretyzowania, [odpowiednio w pkt 24 podrozdziału 1.1 Wymagania ogólne i w pkt 8 podrozdziału 1.4 Warunki monitoringu urządzeń i usług – w obu przypadkach rozdziału 1 Przedmiot zamówienia] opisu pewnych funkcjonalności wdrożonej sieci WAN_PP (w drugim przypadku wiadomo, że chodzi o system jej monitoringu), które ma zapewnić wykonawca.

Z uwagi na to, że przedmiotem zaskarżenia są pojedyncze postanowienia, których

treść została co najwyżej przybliżona w ramach wystąpienia, na czym polega stawiany zarzut, w pierwszym należy przytoczyć brzmienie zarówno skarżonych postanowień, jak i postanowień pozostających z nimi w bezpośrednim związku.

(...)

ROZDZIAŁ 1. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

1.1. Wymagania ogólne

(...)

24. Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia Zamawiającemu wszystkich funkcjonalności dostępnych we wdrożonych rozwiązaniach, które zostały uruchomione w ramach wdrożenia lub są objęte licencjami zakupionymi na potrzeby realizacji umowy.

(...)

1.4. Warunki monitoringu urządzeń i usług

1. Wykonawca umożliwi przekazanie z Urządzeń dostępowych CE (po uzgodnieniu z Zamawiającym) trapów SNMP w wersji co najmniej v2 do Systemu Monitorowania Zamawiającego. Zakres monitorowania musi obejmować wszystkie zdarzenia dotyczące urządzeń dostępowych CE.

2. Wykonawca umożliwi wysyłanie zapytań SNMP w wersji v2 przez system monitorowania Zamawiającego do wszystkich urządzeń CE w sieciach underlay i overlay. Zakres monitorowania musi obejmować wszystkie zdarzenia dotyczące Urządzeń CE - szczegóły zostaną uzgodnione na etapie przygotowania projektu technicznego. Adresy IP dostępne warstwie underlay będą monitorowane w tej warstwie. Adresy IP dostępne warstwie overlay będą monitorowane w tej warstwie. Systemy monitorowania Zamawiającego muszą posiadać dostęp do obydwu warstw.

3. Wykonawca zapewni wyznaczonym przez Zamawiającego przedstawicielom stały dostęp do konsoli Urządzenia CE we wszystkich Lokalizacjach w trybie tylko do odczytu (ang. read-only), ze wskazanych przez Zamawiającego adresów IP przez cały okres świadczenia Usługi. Dostęp będzie odbywał się na adres loopback wyznaczony przez Zamawiającego dla każdego Urządzenia CE.

4. Wykonawca zapewni możliwość weryfikacji dostępności interfejsów WAN w sieciach underlay i overlay Zamawiającemu poprzez jego narzędzia monitorujące, w szczególności poprzez protokół ICMP – szczegóły zostaną uzgodnione na etapie przygotowania projektu technicznego. Adresy IP dostępne warstwie underlay będą monitorowane w tej warstwie. Adresy IP dostępne warstwie overlay będą monitorowane w tej warstwie. Systemy monitorowania Zamawiającego muszą posiadać dostęp do obydwu warstw.

5. Wykonawca zapewni wysyłanie komunikatów SNMP dotyczących niżej określonych funkcjonalności jednocześnie ze wszystkich Urządzeń CE do wskazanych stacji

monitorujących Zamawiającego:

5.1. wszystkie statystyki pracy interfejsów sieciowych,

5.2. wszystkie statystyki błędów na interfejsach,

5.3. wszystkie statystyki związane z Urządzeniem CE t.j. obciążenie CPU, RAM, wersja oprogramowania, model urządzenia, czas działania urządzenia (uptime), numer seryjny, numer IMEI (jeżeli posiada).

6. Wykonawca udostępni Zamawiającemu dostęp do Urządzeń CE oraz umożliwi wykonanie następujących funkcji:

6.1. ping / extended ping z podaniem adresu źródłowego, ilości powtórzeń, rozmiaru pakietu i upływu czasu oraz źródłowej tablicy routingu,

6.2. traceroute / extended traceroute z możliwością wskazania źródłowej tablicy routingu,

6.3. ping vrf,

6.4. wyczyszczenie tablicy ARP,

6.5. wyświetlenie kompletnej informacji o:

6.5.1. tablicy routingu,

6.5.2. używanych protokołach routingu,

6.5.3. protokole SNMP,

6.5.4. ustawieniach czasu na urządzeniu CE,

6.5.5. konfiguracji i stanie interfejsów,

6.5.6. urządzeniu (model, pamięć, ilość i typ interfejsów) jak i jego oprogramowaniu,

6.5.7. statusie urządzenia poprzez komendy diagnostyczne,

6.5.8. utworzonych VLAN'ach,

6.5.9. logowanych zdarzeniach,

6.5.10. użytych access-listach,

6.5.11. użytych route-mapach,

6.5.12. skonfigurowanym QoS,

6.5.13. podłączonych użytkowników,

6.5.14. konfiguracji Netflow,

6.5.15. skonfigurowanych VRF'ach,

6.5.16. konfiguracji VRRP (lub równoważnego),

6.5.17. wyświetlenie tabeli ARP i MAC.

6.6. Jednocześnie w przypadku pojawienia się konieczności użycia kolejnych funkcjonalności związanych z monitoringiem/diagnostyką usługi WAN, Wykonawca będzie zobowiązany do udostępnienia odpowiednich komend w terminie 21 dni od zgłoszenia. W przypadku, kiedy wynikiem działania komendy będą informacje, których ujawnienie nie będzie możliwe z uwagi na ważny interes Wykonawcy, obie strony wypracują inny sposób otrzymania

określonych informacji.

7. W przypadku wykrycia niedostępności funkcjonalności z pkt 1-6 Zamawiający upoważniony jest do zgłoszenia tego faktu jako Awarii łącza w danej Lokalizacji.

8. Wykonawca udostępni funkcjonalność monitorowania online (nazywaną dalej Systemem Monitorowania) zapewniającą dostęp do wszystkich parametrów niezawodnościowych i jakościowych. Szczegółowy opis wymagań związanych z systemem monitorowania zawarty jest w załączniku „Opis wymagań dla Systemu Monitoringu i Raportowania”.

9. Dodatkowe funkcjonalności niewymienione w pkt. powyższych, które okażą się niezbędne do prawidłowego i kompletnego monitorowania sieci zostaną uzgodnione i wykonane w porozumieniu z Wykonawcą.

10. Działający System Monitorowania jest wymogiem koniecznym do odbioru uruchomionych łączy, dlatego też jego odbiór musi nastąpić nie później niż 6 miesięcy od podpisania Umowy.

(...)

Reasumując, z powyższych postanowień w kontekście okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu wynika, co następuje.

Skoro poza wszelkim sporem jest fakt, że techniczne aspekty wdrożenia leżą po stronie wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie tego zamówienia, od niego w pełni zależy, jakie ewentualnie funkcjonalności udostępni Zamawiającemu. Jednocześnie obiektywnie nie sposób, aby Zamawiający wskazał te funkcjonalności zanim dane rozwiązanie techniczne nie zostanie wdrożone. Oczywiście jest przy tym, że wykonawca nie ma obowiązku udostępniać funkcjonalności w większym zakresie niż uruchomi na potrzeby tego wdrożenia lub wykraczającym poza licencje oprogramowani, które wykupił w tym celu.

Z kolei skarżone postanowienie odnośnie systemu monitorowania wyrwane zostało z kontekstu istnienia całościowej regulacji wymagań odnośnie tego aspektu wdrożonego rozwiązania, który wskazuje, że postanowienie to ma charakter dopełniający. Co więcej, wprost z niego wynika, że cokolwiek ponad to, co zostało uprzednio skonkretyzowane, może zostać wprowadzone, jeżeli okaże się to niezbędne i za obopólną zgodą stron umowy.

Cechą wspólną zarzutów 4.c) i 4.d) jest kwestionowanie zastrzeżenia przez Zamawiającego [odpowiednio w pkt 8.24 i w pkt 25 podrozdziału 1.1 Wymagania rozdziału 1 Przedmiot zamówienia] dostępu do ustawień wdrożonej sieci WAN_PP, którą zarządza wykonawca.

Z uwagi na to, że przedmiotem zaskarżenia są pojedyncze postanowienia, których treść została co najwyżej przybliżona w ramach wysłownienia, na czym polega stawiany

zarzut, wpierv należy przytoczyć brzmienie skarżonych postanowień, jaki i postanowień pozostających z nimi w bezpośrednim związku.

(...)

ROZDZIAŁ 1. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

1.1. Wymagania ogólne

(...)

8. dla Kategorii T0–T8 łącza podstawowe jak i łącza zapasowe muszą pracować równolegle (oba łącza muszą zapewniać jednoczesne i aktywne przesyłanie danych do i z sieci WAN). Sterowanie ruchem na odpowiednie łącza będzie realizował Wykonawca na dostarczonych urządzeniach z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego. W ramach Systemu Sterowania Połączeniami Wykonawca musi zapewnić realizację poniższych wymagań:

(...)

8.24. zapewni, dla pracowników Zamawiającego, odczyt wszystkich informacji dostępnych w Systemie Sterowania Połączeniami oraz możliwość samodzielnej modyfikacji konfiguracji w zakresie funkcjonalności Firewalli, ACL'i. Dostęp musi być logowany. Wykonawca nie odpowiada za zmiany wprowadzane przez Zamawiającego w Systemie Sterowania Połączeniami, a co za tym idzie nie będą naliczane kary za ewentualną niedostępność rozwiązania spowodowaną poprzez zmiany wprowadzone przez Zamawiającego.

(...)

25. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Zamawiającemu dostępu i możliwości modyfikacji parametrów i ustawień dostępnych we wdrożonych rozwiązaniach, które nie mają bezpośredniego wpływu na dotrzymanie SLA na łączach. Dostęp musi być logowany. Wykonawca nie odpowiada za zmiany wprowadzane przez Zamawiającego w Systemie Sterowania Połączeniami, a co za tym idzie nie będą naliczane kary za ewentualną niedostępność rozwiązania spowodowaną poprzez zmiany wprowadzone przez Zamawiającego.

(...)

Reasumując, z powyższych postanowień w kontekście okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu wynika, że w odwołaniu pominięte zostały postanowienia, jednoznacznie wskazujące, że wykonawca nie odpowiada za problemy techniczne, które ewentualnie wynikną ze zmian wprowadzonych przez pracowników Zamawiającego, a ich każdorazowy dostęp ma być odnotowany w logach systemu.

Dla zarzutów 4.e), 4.f) i 4.g) wspólnym mianownikiem jest kwestionowanie sposobu zdefiniowania przez Zamawiającego odpowiednio zgłoszenia awarii [w pkt 5 podrozdziału 5.1 Procedura obsługi klienta], jednej z dwóch rozłącznych przesłanek „awarii krytycznej” [w pkt

1.1 podrozdziału 5.2. Procedura Zarządzania Awarią Krytyczną (PZAK)] oraz „awarii masowej” [w poz. 2. Tabeli nr 10 Słownik pojęć rozdziału 7 Słownik skrótów i pojęć] na potrzeby realizacji umowy w sprawie tego zamówienia.

Z uwagi na to, że przedmiotem zaskarżenia są pojedyncze postanowienia, których treść została co najwyżej przybliżona w ramach wystowienia, na czym polega stawiany zarzut, w pierw należy przytoczyć brzmienie zarówno skarżonych postanowień, jaki i postanowień pozostających z nimi w bezpośrednim związku.

(...)

ROZDZIAŁ 5. MODEL ADMINISTROWANIA I SERWISOWANIA

5.1. Procedura obsługi klienta

1. Obsługa techniczna Wykonawcy obejmuje następujące działania:

1.1. całodobowy monitoring sieci włącznie z Urządzeniami CE,

1.2. wsparcie techniczne w ramach Help Desk czynnego przez 24/7/365,

1.3. usuwanie wszelkich Awarii i niedostępności związanych z funkcjonowaniem łączy oraz usług objętych niniejszą umową z czasami reakcji oraz czasami naprawy zgodnie z Tabelą nr 5.

2. Wykonawca będzie nadzorował sieć Zamawiającego 24/7/365.

3. Aktywny monitoring Wykonawcy rozpoczyna się z chwilą uruchomienia usługi i trwa przez cały okres świadczenia usług transmisji danych. W ramach jego funkcjonowania Wykonawca zobowiązany jest do wykrywania i usuwania uszkodzeń w sieci WAN niezależnie od otrzymanych od Zamawiającego zgłoszeń o Awariach.

4. Wykonawca będzie składał miesięczne raporty ze świadczenia usług sieci WAN, dokumentujące wszystkie zgłoszone Awarie.

5. Czas Naprawy Uszkodzenia i SLA biegnie od momentu przekazania do Wykonawcy niezbędnych danych jak numer portu (usługi), adres Lokalizacji, numer klienta. W razie braku przekazania Wykonawcy wszystkich niezbędnych danych Wykonawca niezwłocznie poinformuje o powyższym Zamawiającego wskazując zakres brakujących danych.

6. Zgłaszający pracownik Zamawiającego powinien zweryfikować przed zgłoszeniem Awarii czy powodem przerwy w funkcjonowaniu usługi nie są prace własne, a następnie przekazać do Wykonawcy niezbędne dane do zdiagnozowania problemu:

6.1. opis na czym polega problem,

6.2. kontakt do Zgłaszającego i osoby, która może wesprzeć służby techniczne Wykonawcy w Lokalizacji, w szczególności zapewnić dostęp do pomieszczenia z Urządzeniem CE,

6.3. czy w Lokalizacji usługi nie występuje brak zasilania.

7. Poszczególne etapy naprawy są odnotowywane z podaniem wyniku działań. Zgłaszający może w każdej chwili skontaktować się Wykonawcą i uzyskać informację na temat statusu

Awarii i wykonanych czynności.

8. Interwencja służb technicznych Wykonawcy nie nastąpi do czasu udostępnienia przez Zamawiającego urządzeń i łączy będących własnością Wykonawcy i znajdujących się w Lokalizacji Zamawiającego lub umożliwienia przeprowadzenia testów urządzeń i łączy. Powyższa przesłanka jest podstawą dla Wykonawcy do wystąpienia o zawieszenie czasu trwania Awarii jednak wymaga to potwierdzenia przez Zamawiającego w ramach procesu obsługi zgłoszeń.

9. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu dla każdej Lokalizacji poniższych informacji w terminie do 14 dni od odbioru łączy:

9.1. Ilości podłączonych urządzeń,

9.2. Rodzaju podłączonych urządzeń (typ, model i nazwa),

9.3. Numerów seryjnych podłączonych urządzeń

(...)

5.2. Procedura Zarządzania Awarią Krytyczną (PZAK)

1. Zamawiający może uruchomić Procedurę Zarządzania Awarią Krytyczną (PZAK) w celu bezpośredniego zaangażowania inżynierów po stronie Wykonawcy w przypadkach:

1.1. wystąpienia Awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 100 Lokalizacji z tym samym problemem lub na tym samym obszarze, lub w ramach podłączenia do tych samych zasobów dostępowych,

1.2. W przypadku wystąpienia anomalii o znaczeniu krytycznym na łączach dostarczanych przez operatora,

2. Po wystąpieniu zdarzenia opisanego w ust. 1, przy zarejestrowaniu awarii/anomalii lub jeśli już awaria/anomalia została wcześniej zarejestrowana przedstawiciel Zamawiającego prześle e-mail do Wykonawcy oraz dodatkowo do osób odpowiedzialnych za przebieg procedury i w treści zgłoszenia poda informację który z przypadków wystąpił.

3. Jednocześnie przedstawiciel Zamawiającego przekaże telefonicznie wskazanej osobie po stronie Wykonawcy informację o uruchomieniu PZAK. Do uruchomienia PZAK uprawnione są tylko wyznaczone osoby.

4. W przypadku wystąpienia zdarzenia Awarii Wykonawca, co 2 godziny w godzinach biznesowych (od 08:00 do 16:00) w Dni Robocze oraz co 4 godziny poza godzinami biznesowymi, będzie przekazywał status Awarii w formie email lub telefonicznie, aż do czasu zakończenia awarii, przy czym pierwsza informacja o statusie awarii pojawi się w przeciągu 60 minut od zgłoszenia zgodnie z ust. 2.

5. W przypadku wystąpienia zdarzenia anomalia w ciągu maksymalnie 60 minut od zgłoszenia z ust. 2 w godzinach biznesowych, przedstawiciel Wykonawcy uruchomi telefoniczną konferencję, na której wezmą udział inżynierowie Wykonawcy i Zamawiającego.

Po konferencji zostanie przedstawiony wspólnie ustalony plan działań jak i zostanie wysłane podsumowanie. Kolejne konferencje powinny odbywać się na życzenie którejkolwiek ze stron, aż do czasu usunięcia anomalii i potwierdzenia poprawnego funkcjonowania usług.

6. W przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń Zamawiający zobowiązany jest do podania kompletnej liczby lokalizacji afektowanych, w tym niezbędnych danych jak numery portów (usługi), adresy Lokalizacji.

7. Wykaz osób odpowiedzialnych za przebieg procedury zostanie uzgodniony po podpisaniu umowy. Zmiana wyznaczonych osób wymaga jedynie powiadomienie drugiej strony poprzez email.

8. Zakończenie PZAK następuje w momencie potwierdzenia przez obie strony rozwiązania problemu lub po 2 godzinach po potwierdzeniu przez Wykonawcę rozwiązania problemu w przypadku braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego.

9. Po każdym zdarzeniu w odpowiedzialności Wykonawcy z ust. 1 maksymalnie do 5 Dni Roboczych zostanie przedstawiony raport z przebiegu Awarii wraz z podaniem przyczyny oraz rekomendacjami i terminami ich realizacji.

(...)

ROZDZIAŁ 7. SŁOWNIK SKRÓTÓW I POJĘĆ

1. Niniejszy Rozdział zawiera definicje pojęć i opis skrótów użytych w całej dokumentacji. Definicje i opisy są zaadoptowane dla sieci WAN_PP. Podstawą opisu użytych pojęć oraz skrótów są zalecenia Międzynarodowej Unii Telekomunikacyjnej – ITU–T oraz rekomendacje RFC (and. Request For Comments) wydane przez światowe organizacje i producentów sprzętu telekomunikacyjnego i dostawców usług sieci telekomunikacyjnych oraz zalecenia ETSI. Wiele pojęć i skrótów pochodzi z powszechnie stosowanego w telekomunikacji języka angielskiego, dlatego rozwinięto skróty z zastosowaniem oznaczenia: „ang.”

2. Skróty i pojęcia są posortowane alfabetycznie.

Tabela nr 9. Słownik skrótów.

(...)

Tabela nr 10. Słownik pojęć.

Poz. Pojęcie Definicja

1. Awaria Przerwa w świadczeniu usługi lub niedotrzymanie jej parametrów występująca poza Oknem serwisowym.

2. Awaria Masowa Wystąpienie awarii powodujących jednoczesne pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania

(...)

Reasumując, z powyższych postanowień w kontekście okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu wynika, co następuje.

W pierwszym przypadku przedmiotem zaskarżenia jest postanowienie konkretyzujące obowiązki pracowników Zamawiającego w związku ze zgłoszeniem awarii, które obejmują również sprawdzenie, czy powodem jej wystąpienia nie są działania własne pracownika, przy czym w odwołaniu przemilczano, że ich dopełnienie jest *de facto* warunkiem skuteczności tego zgłoszenia. Jak pośrednio wynika z materiału dowodowego oferowanego przez Odwołującego, czyli wydruków korespondencji e-mail [OII12-14 – złożonych jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa] rzeczywistym problemem jest tu co najwyżej niezrozumiałe godzenie się przez Netię na naliczanie kar umownych i bonifikat czy ponoszenie innych kosztów w związku z bezpodstawnie zgłaszanymi awariami, co zdaje się dotyczyć materii innych postanowień niż skarżone, które jest korzystne dla wykonawcy jako strony umowy.

Podstawą faktyczną zaskarżenia pozostałych dwóch postanowień jest wyłącznie przekonanie Odwołującego, że powinny one być inaczej sprecyzowane, przy braku jakichkolwiek dowodów, z których wynikałoby, że takie zdefiniowanie terminów na potrzeby realizacji tego zamówienia nie odpowiada potrzebom Poczty Polskiej w związku z prowadzoną przez nią działalnością. Niezależnie od tego każdy wykonawca jako profesjonalista w zapewnianiu tego typu rozwiązań może i powinien adekwatnie do sposobu zdefiniowania tych terminów wycenić koszt zapewnienia tak opisanego standardu obsługi awarii. Nic zatem do sprawy nie wnosi złożenie na rozprawie przez Odwołującego „Procedury Zarządzania Awarią Krytyczną dla Poczty Polskiej do Umowy NR K0076484 z dnia 25.08.2019” [OII17 – złożonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa].

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu Netii przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 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. Art. 99 ust. 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.
3. Art. 99 ust. 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.
 4. Art. 16 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.
 5. Art. 17 ust. 1 – zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Niezależnie od poczynionych powyżej ustaleń Izba zważyła, że z uzasadnienia odwołania nie wynika (a jednocześnie nie jest to wcale oczywiste), w jaki sposób okoliczności składające się na podstawę faktyczną rozpoznawanych zarzutów miałyby świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego art. 99 ust. 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 ustawy pzp.

Dodatkowo w przypadku trzech ostatnich zarzutów nie wiadomo, na czym miałyby w tym przypadku polegać nieprecyzyjność czy niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, względnie nie uwzględnienie jakichś wymagań lub okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z kolei pierwsze dwie pary zarzutów oparte są na przedstawieniu w odwołaniu okoliczności faktycznych w sposób tendencyjny, czyli z pominięciem innych istotnych okoliczności, w których kontekście zarzucane naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy pzp jawi się jako bezprzedmiotowe.

{KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

Natomiast wobec stwierdzenia niezasadności pozostałych zawartych w odwołaniach zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 – orzekła, jak w pkt 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tych sprawach, na które każdorazowo złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty stron w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonych rachunków lub spisu kosztów w wysokości do 3600 zł), orzeczono w pkt 4.-6. sentencji stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 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. poz. 2437) obciążając nimi strony danej sprawy według proporcji, w jakiej pozostaje jeden uwzględniony zarzut każdego odwołania do liczby niewycofanych zarzutów danego odwołania, których Izba nie uwzględniła.