

Warszawa, 4 października 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Województwo Mazowieckie**
ul. Jagiellońska 26
03-719 Warszawa
adres poczty elektronicznej: anna.siennicka@mazovia.pl.
nr tel: 22 31 41 667
Strona internetowa prowadzonego postępowania:
<https://platformazakupowa.pl/pn/mazovia> (Platforma Zakupowa)

Odwołujący: **Netia S.A.**
ul. Poleczki 13,
02-822 Warszawa
KRS: 0000041649
Nr tel: 693 302 990
e-mail: katarzyna.sobieszek@netia.pl
reprezentowana przez: Tomasz Wlazło

Przedmiot zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości przekraczającej progi unijne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest projekt, dostawa i budowa infrastruktury teleinformatycznej Data Center oraz sieci WAN w ramach Projektów: „Informatyzacja bibliotek pedagogicznych na Mazowszu” oraz „Regionalna Platforma Informacyjna – Kultura na Mazowszu”, Znak postępowania: CG-P-III.ZP.D.272.61.2021.AS (zwane dalej „Postępowaniem”).

Nr ogłoszenia: 2021/S 186-481255, publikacja w dniu 24 września 2021 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 nr 1129) – zwanej dalej „Ustawą”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 487 § 2 w zw. z art. 353¹ i art. 5 oraz Kodeksu cywilnego oraz z art. 8 ust. 1 Ustawy oraz art. 16 Ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający zaniechał określenia zasad wynagrodzenia Wykonawcy za świadczenie usług utrzymania sieci WAN, wskazując, że mają być one świadczone w ramach gwarancji podczas gdy immanentną cechą przedmiotowego zamówienia jest świadczenie usługi utrzymania sieci WAN;

2. Art. 28 Ustawy w zw. z art. 355 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności w zakresie w jakim Zamawiający nie dokonał wyceny usług utrzymania sieci WAN, wskazując, że mają być one świadczone bezpłatnie, w ramach gwarancji podczas gdy immanentną cechą przedmiotowego zamówienia jest świadczenie usługi utrzymania sieci WAN;
3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez 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 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę efektywności postępowania i uczciwą konkurencję w zakresie w jakim Zamawiający:
 - a) opisał przedmiot zamówienia w sposób sugerujący, iż jest nim przede wszystkim dostawa infrastruktury teleinformatycznej, podczas gdy immanentną cechą zamówienia jest świadczenie usługi utrzymania sieci WAN, co skutkuje również brakiem możliwości jednoznacznego stwierdzenia kto (Zamawiający czy Wykonawca) jest właścicielem sieci i infrastruktury w szczególności, Zamawiający zaniechał określenia zasad wynagrodzenia za te usługi;
 - b) wymaga, aby Wykonawca utrzymywał sieć WAN w ramach gwarancji przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania Protokołu Odbioru Etapu III (§ 7 ust. 5 wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 3 do SWZ, podczas, gdy kryteria oceny ofert, o których mowa w § 23 ust. 5 SWZ zobowiązują wykonawców do wskazania okres gwarancji na poziomie 5, 6 lub 7 lat;
 - c) wykluczył możliwość stosowania radiowych łączy dostępowych, co w konsekwencji prowadzi do nałożenia na wykonawców obowiązku zapewnienia dwóch dróg kablowych, której to inwestycji wykonawcy w niektórych, małych lokalizacjach nie są w stanie oszacować a ponadto koszty związane z taką inwestycją są niecelowe i niewspółmiernie wysokie do rezultatu, który zamierza Zamawiający osiągnąć;
 - d) zaniechał określenia dopuszczalnych technologii budowy łączy podstawowych i zapasowych, sposobu odseparowania tych łączy, sposobu przełączania usługi podstawowej na zapasową, oraz rodzaju routerów które mają zostać użyte w ramach realizacji projektu.
4. art. 433 pkt 1 Ustawy w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział kary umowne, o których mowa w § 12 ust. 1 pkt 1), 6), 7) za opóźnienie wykonawcy, podczas gdy nie jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
5. art. 99 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia § 3 ust. 1 pkt 3) w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ poprzez:

- 1) określenie wysokości i zasad wynagrodzenia za świadczenie usług utrzymania sieci WAN;
- 2) wykreślenie pkt 5 z § 7 umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ;

- 3) doprecyzowanie okresu świadczenia usług utrzymania sieci WAN;
- 4) Dopuszczenie drogi radiowej poprzez wykreślenie pkt 2 z Rozdziału 5 OPZ;
- 5) określenie:
 - a) dopuszczalnych technologii budowy łączy podstawowych i zapasowych,
 - b) sposobu odseparowania łączy podstawowych i zapasowych,
 - c) sposobu przełączania usługi podstawowej na zapasową,
 - d) rodzaju routerów które mają zostać użyte w ramach realizacji projektu.
- 6) wydłużenia terminu określonego w § 3 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ do 150 dni;
- 7) zmiany § 12 ust. 1 pkt 1), 6), 7) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ w ten sposób, że kary będą naliczane za zwłokę Wykonawcy, a nie za opóźnienie;

Termin:

Specyfikacja Warunków Zamówienia została opublikowana w dniu 24 września 2021 r. Wartość Postępowania jest wyższa niż progi unijne określone w art. 3 Ustawy. Dziesięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 2 pkt 1) upływa w dniu 4 października 2021 r.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, w szczególności uniemożliwiają Odwołującemu oszacowanie kosztów realizacji zamówienia. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy.

UZASADNIENIE

1. Zarzuty opisane w pkt 1, 2 i 3 a) i b) petitum odwołania

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż podstawowym celem i rezultatem przedmiotu zamówienia w Postępowaniu nie jest dostawa infrastruktury teleinformatycznej czy też budowa łączy sama w sobie, ale stworzenie rozległej sieci WAN, która zapewni m.in. możliwość komunikacji w sieci, transmisję danych a także spełni rygorystyczne poziomy wymagane przez Zamawiającego w zakresie dostępności usługi, tj. na poziomie co najmniej 99,6% (vide rozdział V OPZ). Powyższemu ma służyć usługa utrzymania sieci WAN, która jest kluczowa dla całego przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, zdziwienie budzi fakt, że wzór umowy stanowiący załącznik nr 3 do SWZ nie zawiera żadnych regulacji w zakresie wysokości i zasad ustalenia wynagrodzenia za świadczenie tych usług. Co więcej, zgodnie z § 7 ust. 5 Umowy, świadczenie usług utrzymania zostało włączone w zakres bezpłatnej gwarancji, w ramach której Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usług w okresie od 4 do 7 lat (o czym mowa poniżej) na zasadach opisanych szczegółowo w rozdziale 5 OPZ.

Warto zwrócić uwagę, że we wszystkich analogicznych postępowaniach, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług WAN w oparciu o udostępnioną Zamawiającemu infrastrukturę stanowiącą własność wykonawcy. W tego typu umowach, wynagrodzenie jest kalkulowane jako miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usług utrzymania sieci WAN, zaś wynagrodzenie za zapewnienie infrastruktury jest wynagrodzeniem pobocznym i jest ustalane przeważnie w formie jednorazowej opłaty za podłączenie poszczególnych lokalizacji.

Dowód nr 1: przykładowe fragmenty umów z analogicznych postępowań, tj. wzór umowy do postępowania prowadzonego przez GŁÓWNY URZĄD STATYSTYCZNY na „Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS dla jednostek służb statystyki publicznej w celu zapewnienia bezpiecznej transmisji danych między jednostkami” Znak: CIS-WAZ.271.7.2021 oraz wzór umowy do postępowania prowadzonego przez Agencję Mienia Wojskowego pn: „Uruchomienie i świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej w zakresie transmisji danych dla Agencji Mienia Wojskowego” DZP-BP.2610.3.2021

Z kalkulacji dokonanych przez Odwołującego m.in. w oparciu o plany postępowań przygotowane przez Zamawiającego w latach 2020 i 2021 wynika, że Zamawiający w ogóle nie wycenił wynagrodzenia za świadczenie usług sieci WAN. Stanowi to naruszenie art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Oznacza to, że w umowie wzajemnej każda ze stron jest zobowiązana do świadczenia na rzecz drugiej, przy czym świadczenie jednej strony jest odpowiednikiem świadczenia drugiej strony, a strony traktują swoje świadczenia jako ekwiwalentne. Umowy wzajemne są czynnościami prawnymi odpłatnymi. Tymczasem, z dokumentacji przetargowej wynika, że Wykonawca będzie świadczył kluczową dla całego postępowania usługę utrzymania sieci WAN nieodpłatnie.

Prowadzi to również do wniosku, że Zamawiający naruszył art. 28 Ustawy, zgodnie z którym, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że pojęcie należytej staranności należy rozpatrywać w kontekście przepisu art. 355 Kodeksu cywilnego, w którym należyta staranność dłużnika została zdefiniowana jako staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy czym wzięciu pod uwagę wymaga rola zamawiającego w procesie udzielania zamówienia, wykonywana przez niego działalność i rodzaj udzielanego zamówienia. W ocenie dochowania należytej staranności należy więc wziąć pod uwagę prawidłowość wyboru przez zamawiającego odpowiedniej dla danego zamówienia metody obliczania wartości zamówienia, jak również jego doświadczenie oraz powinność i możliwość przewidywania następstw oszacowania wartości zamówienia¹.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób sugerujący, iż jest nim przede wszystkim dostawa infrastruktury teleinformatycznej, co skutkuje brakiem możliwości jednoznacznego stwierdzenia kto (Zamawiający czy Wykonawca) będzie właścicielem sieci i infrastruktury. Tak opisany przedmiot zamówienia jest niezgodny z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 Ustawy, bowiem Wykonawca nie ma możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty w Postępowaniu.

Nie jest również jasne w jakim okresie Zamawiający wymaga świadczenia usług utrzymania sieci WAN. Zgodnie z § 7 ust 5 wzoru umowy: „W ramach gwarancji Wykonawca będzie świadczył usługi utrzymania sieci Wan, zgodnie z Rozdziałem 5. Wykonanie i utrzymanie sieci WAN w architekturze IP VPN MPLS OPZ, od dnia podpisania Protokołów Odbioru Etapu III bez zastrzeżeń do upływu 48 miesięcy od daty

¹ Tak. M.in. W. Dzierżanowski w komentarzu do ustawy prawo zamówień publicznych, WKP 2021 r.

podpisania Protokołu Etapu III”. Należy podkreślić, że okres trwania gwarancji został wskazany jako jedno z kryteriów oceny ofert w § 23 ust. 5 SWZ. Zgodnie z tym postanowieniem:

„Punkty za kryterium termin gwarancji na przedmiot zamówienia zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów na podstawie wypełnionego przez Wykonawcę formularza oferty dotyczącego tego kryterium w następujący sposób (okres gwarancji nie może być krótszy niż 5 lat):

- 1) za udzielenie 5 lat gwarancji – 0 pkt;
- 2) za udzielenie 6 lat gwarancji – 20 pkt;
- 3) za udzielenie 7 lat gwarancji – 40 pkt”.

Skoro zatem, usługi utrzymania sieci WAN mają być świadczone w ramach gwarancji, nie jest jasne, czy w przypadku zaoferowania przez wykonawcę np. 7 letniego okresu gwarancji, okres świadczenia tych usług ulegnie odpowiedniemu wydłużeniu.

2. Zarzut opisany w pkt 3 c) -d) 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 konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

Ad zarzut wskazany w lit. c)

Zgodnie z Rozdziałem 5 pkt 2 OPZ, Zamawiający nie dopuszcza stosowania radiowych łączy dostępowych. W konsekwencji, prowadzi to do nałożenia na wykonawców obowiązku wybudowania dwóch łączy kablowych (zapasowego i podstawowego). Z analizy miejsca usytuowania niektórych lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 6 do wzoru Umowy wynika, że w niektórych, małych lokalizacjach (np. w Pionkach) wybudowanie dwóch łączy kablowych jest technicznie bardzo utrudnione i wiąże się z koniecznością poniesienia wysokich kosztów, niewspółmiernych do przedmiotu zamówienia.

Tak skonstruowane wymaganie uniemożliwia wykonawcom oszacowanie ceny ofertowej, a dodatkowo znacznie ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w Postępowaniu. Warto podkreślić, że z punktu widzenia rezultaty, który zamierza osiągnąć Zamawiający, rodzaj łącza nie ma żadnego znaczenia.

Należy mieć na uwadze, że nie ma bezpośrednich dowodów na to, że sieć światłowodowa czy sieć kablowa miedziana jest bardziej bezpieczna od technologii radiowej. Wszystkie technologie obarczone są ryzykiem wystąpienia awarii. Zamawiający powinien wymagać zachowania odpowiednich parametrów usług oraz zagwarantowania odpowiednich czasów usuwania awarii, nie powinien on jednak, bez żadnego uzasadnienia merytorycznego eliminować niektórych z powszechnie wykorzystywanych technologii dostępowych.

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – „Prawo telekomunikacyjne” w żaden sposób nie różnicuje technologii świadczenia usługi. Gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości i wyznacza

dostawcy usług określone obowiązki w razie niedotrzymania tej jakości. Z punktu widzenia odbiorcy końcowego nie powinno, więc mieć znaczenia w jakiej technologii są dostarczane mu usługi.

W ocenie Odwołującego, takie ograniczenie narusza również zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 Ustawy, zgodnie z którym Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 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.

Zgodnie z poglądami doktryny oraz stanowiskiem UZP, efektywność zamówienia może być rozumiana jako efektywność samego procesu udzielenia zamówienia. Zamawiający obowiązany będzie do zastosowania takich procedur i instrumentów możliwych do wyboru w celu przygotowania i prowadzenia postępowania, aby osiągnąć rezultat w postaci postępowania prawidłowo i sprawnie przeprowadzonego, zakończonego udzieleniem zamówienia, przy możliwie najbardziej efektywnej alokacji zasobów. Efektywność przyszłego zamówienia ma gwarantować przede wszystkim rzetelne przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.² Tymczasem, wobec braku racjonalnych argumentów wskazujących na zasadność wymogu w zakresie wybudowania dwóch łączy kablowych, wydaje się ekonomicznie nieuzasadniona i nieadekwatna do efektów zamówienia.

Ad zarzut wskazany w lit. d)

Zamawiający zaniechał określenia dopuszczalnych technologii budowy łączy podstawowych i zapasowych, sposobu odseparowania tych łączy, sposobu przełączania usługi podstawowej na zapasową oraz rodzaju routerów które mają zostać użyte w ramach realizacji projektu., co uniemożliwia określenie zakresu prac i wycenę zamówienia.

Doprecyzowanie technologii realizacji łączy podstawowych i zapasowych ma kluczowe znaczenie dla kosztów realizacji projektu. Zamawiający chcąc zapewnić sobie w pełni redundantne rozwiązanie powinien wymagać zastosowania różnych technologii budowy łączy, tym samym nie powinien ograniczać dostępnych mediów i uwzględnić np. jako zapasowe łącza radiowe.

Brak precyzyjnych wymogów co do fizycznej rozdzielności dróg powoduje, że Wykonawcy w różny sposób mogą zinterpretować to wymaganie. W świetle tych zapisów możliwe będzie dostarczenie obu łączy jedną kanalizacją w ramach jednego kabla światłowodowego, co nie czyni rozwiązania odpornym na awarię. Kolejna możliwa interpretacja może zakładać dostarczenie łączy przy użyciu dwóch niezależnych fizycznie dróg kablowych zrealizowanych w osobnych kanalizacjach teletechnicznych. Każde z w/w rozwiązań spełnia wymaganie dostarczenia łączy podstawowych i zapasowych, jednak wariant z zastosowaniem osobnej kanalizacji teletechnicznej jest przynajmniej dwukrotnie droższy w realizacji.

Określenie w OPZ sposobu realizacji przełączania usługi z podstawowej na zapasową również ma wpływ na projektowanie rozwiązania. Zamawiający powinien jasno określić w jaki sposób Wykonawca ma zapewnić ciągłość świadczenia usługi w przypadku awarii łącza podstawowego.

Urządzenia dostępne do sieci WAN stanowią istotną wartość kosztu całego projektu (od 20% do 50% w zależności od ilości lokalizacji i przepływności portów MPLS). W przypadku braku wymagań dla oferowanych urządzeń każdy z Wykonawców może dostarczyć sprzęt innej klasy. Zamawiający nie powinien wskazywać określonego dostawcy urządzeń jednak opisać minimalne wymagania preferowanych routerów dla sieci WAN.

² Tak. M.in. W. Dzierżanowski w komentarzu do ustawy prawo zamówień publicznych, WKP 2021 r. oraz w komentarzu uzp opublikowanym na stronie <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/repozytorium-dokumentow-nowe-pzp/komentarz-do-nowego-pzp>

Odwołujący wskazuje, że opisanie wnioskowanych parametrów jest powszechną praktyką Zamawiających tego typu usługi.

- Dowód nr 2:
- a) przykładowy fragment OPZ z postępowania prowadzonego przez GŁÓWNY URZĄD STATYSTYCZNY na „Świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS dla jednostek służb statystyki publicznej w celu zapewnienia bezpiecznej transmisji danych między jednostkami” Znak: CIS-WAZ.271.7.2021
 - b) przykładowy fragment OPZ z postępowania prowadzonego przez Agencję Mienia Wojskowego pn: „Uruchomienie i świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej w zakresie transmisji danych dla Agencji Mienia Wojskowego” DZP-BP.2610.3.2021

Mając powyższe na uwadze, zarzut jest w pełni uzasadniony.

3. Zarzut opisany w pkt 4 petitum odwołania

Zamawiający przewidział kary umowne, o których mowa w § 12 ust. 1 pkt 1), 6), 7) za opóźnienie wykonawcy, podczas gdy nie jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Stanowi to naruszenie art. 433 pkt 1 Ustawy, który wprost wskazuje, iż tak ukształtowana kara umowna stanowi niedozwoloną klauzulę umowną.

Postanowienia art. 433 Ustawy są nową instytucją w polskiej regulacji zamówień publicznych, która stanowi próbę wprowadzenia do przepisów ustawowych rozwiązań zmierzających do stworzenia modelu umowy w sprawie zamówienia publicznego równoważącej interesy każdej ze stron tego stosunku prawnego. Skutkiem przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę.

Wyjątkiem od zakazu wprowadzania postanowień umownych kształtujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie jest jedynie sytuacja, w której będzie to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, przy czym ciężar dowodu na wykazanie stosownych zdarzeń uzasadniających przyjęcie wyjątku od generalnej reguły płynącej art. 433 Ustawy obciąża Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego brak jest w niniejszym Postępowaniu okoliczności uzasadniających wprowadzenie odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie. Podkreślenia wymaga również, że okoliczności takie należy wiązać z właściwością zobowiązania, a nie potrzebą ochrony interesu zamawiającego.

4. Zarzut opisany w pkt 5 petitum odwołania

1.1. Uwagi ogólne

W ocenie Odwołującego, termin 45 dni roboczych na realizację Etapu III (w szczególności wykonanie sieci Wan w architekturze IP VPN MPLS) we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego jest nierealny.

Odwołujący wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje 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 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 8 tygodni.

Odwołujący podnosi, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 150 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.

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 konsekwencją COVID-19, wiążącymi się m.in. z przedłużonym czasem uzyskiwania decyzji administracyjnej, czy też opóźnionymi dostawami urządzeń.

Termin 150 dni 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 pkt 1) Umowy, za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu Zamawiającemu do odbioru Etapu, Zamawiający nalicza wysokie kary umowne. Co więcej, zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 4 Umowy, Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy w przypadku, gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce w realizacji przedmiotu Umowy powyżej 14 dni.

1.2. Czas faktycznie niezbędny na przygotowanie do realizacji zamówienia

Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 150 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do 59 lokalizacji objętych postępowaniem zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Do większości lokalizacji należy zestawić 2 porty MPLS jednocześnie zachowując rozdzielność dróg.

Wskazany powyżej okres determinowany jest koniecznością wystąpienia do dysponentów istniejącej infrastruktury o warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznych (minimum 14 dni), przeprowadzenia niezbędnych prac projektowych, poprzedzonych wizją lokalną w poszczególnych lokalizacjach i uzgodnieniami z Zamawiającym (minimum 14 dni), zawarcia z dysponentem kanalizacji odpowiedniej umowy dzierżawy (do 90 dni), zamówienia materiałów i urządzeń (minimum 8 tygodni, czas ten może się jednak wydłużyć nawet do 126 dni), wykonania prac budowlanych (minimum 60 dni) 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.

Ryzyko związane z czasem trwania procedury administracyjnej nie powinno w żadnej mierze spoczywać na wykonawcy, który nie ma na te okoliczności jakiegokolwiek wpływu. Ryzyko tego rodzaju jest dla wykonawcy całkowicie nieakceptowalne. Możliwość przygotowania projektu robót budowlanych i pozyskania decyzji administracyjnych, a następnie wykonania tych robót, dostawa niezbędnego sprzętu i jego skonfigurowania jest całkowicie nierealna w określonym terminie wynoszącym 45 dni, a wniosek o wydłużenie tego terminu do 150 dni jest absolutnie konieczny.

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”³

Mając powyższe na uwadze, zarzut jest w pełni zasadny.

W świetle powyższego, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem,

Załączniki:

1. Odpis KRS Odwołującego,
2. Pełnomocnictwo dla Tomasz Wlazło
3. Dowód uiszczenia wpisu,
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
5. przykładowe fragmentu umów (dowód nr 1);
6. przykładowe fragmentu OPZ (dowód nr 2 a) i b);

³ wyrok z dnia 13 listopada 2018 r. KIO 2177/18