Sygn. akt KIO 916/22

Sygn. akt: KIO 916/22

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Renata Tubisz

Protokolant:

Aldona Karpińska

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2022 r. przez odwołującego T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Poczta Polska Spółka Akcyjna ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa

przy udziale przystępującego: Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka

1. oddala zarzuty odwołania, w zakresie w jakim zamawiający przewidział nierealny termin realizacji zamówienia:

a. „Wykonawca jest zobowiązany rozpocząć świadczenie Usług dla Zamawiającego od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, jednak nie później niż w terminie do 30 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy. W tym celu Wykonawca najpóźniej przed upływem 5 Dni Roboczych przed rozpoczęciem świadczenia Usług zakończy Prace Wdrożeniowe i zgłosi Zamawiającemu, na piśmie, gotowość do świadczenia Usług. W przypadku gdy Umowa zostanie zawarta z dotychczasowym Wykonawcą, powyższe postanowienie nie będzie miało zastosowania, a rozpoczęcie realizacji Usługi przez Wykonawcę nastąpi w dniu zakończenia świadczenia usługi w ramach dotychczasowej umowy zawartej z Zamawiającym z zachowaniem ciągłości Usług” (pkt 4.2.1 umowy),

b. „dostawy Kart SIM i Serwisowych Kart SIM - w terminie do 5 Dni Roboczych od złożenia Zamówienia Cząstkowego, z tym zastrzeżeniem, iż w przypadku zmiany operatora, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Kart SIM bez składania odrębnego Zamówienia Cząstkowego przez Zamawiającego, a Karty SIM zostaną dostarczone nie później niż na 20 Dni Roboczych przed rozpoczęciem świadczenia Usług zgodnie z pkt 4.1 OPZ” (pkt 4.2.4.5 umowy),

c. „Zamawiający przewiduje w ramach przeniesienia numerów opisanego w pkt 2.3.2 OPZ realizację dostaw Kart SIM przez Wykonawcę bezpośrednio do użytkowników końcowych. Dostawy muszą zostać zakończone na 20 Dni Roboczych przed przeniesieniem numerów. Realizacja dostaw będzie odbywać się zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego wykazem Numerów MSISDN wraz z Lokalizacjami według wzoru - Załącznik nr 6 do Umowy" (pkt 4.1 OPZ).

1.1. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania, uwzględnione i wycofane, umarza.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12,

02-674 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 t.j. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.)

na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący złożył odwołanie wobec warunków zamówienia (SWZ), ustalonych przez zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup i świadczenie usług telefonii komórkowej oraz usług bezprzewodowej transmisji danych dla zamawiającego" (numer postępowania: CZ.26.93.2022.DC.)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2022/S 057-150554. W tym dniu zamawiający również opublikował na Platformie postępowania dokumenty zamówienia. Jak powoływał się odwołujący, w związku z tym odwołanie wniesione w dniu 1 kwietnia 2022 r., jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu.

Na posiedzeniu zamawiający potwierdził, że w dniu 4 kwietnia 2022 r. wezwał

wykonawcę przystępującego do przystąpienia w sprawie. Odwołujący oraz

zamawiający nie zgłosili na posiedzeniu zastrzeżeń co do skutecznego zgłoszenia

przystąpienia ani opozycji, na podstawie art.526 Pzp.

Izba, mając na uwadze treść art.525 Pzp. postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego. Przystępujący po stronie odwołującego, prawidłowo zawiadomiony o terminie nie stawił się.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron nie stwierdziła podstaw od odrzucenia odwołania, mając na uwadze treść art. 528 Pzp. i w związku z tym na podstawie art.530 Pzp., skierowała sprawę na rozprawę, celem jej merytorycznego rozpoznania.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu, na podstawie art.513 pkt 1) Pzp. zaskarżył

niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego i w myśl art. 516 ust.1 pkt 8) i pkt 9) Pzp. przedstawił zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, jak poniżej.

Zarzuty odwołania

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy ustawy Pzp:

III. Zarzuty

Pkt 1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp. oraz art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp. przez sformułowanie postanowień umowy oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający przewidział nierealny termin realizacji zamówienia:

i tak:

a. „ Wykonawca jest zobowiązany rozpocząć świadczenie Usług dla Zamawiającego od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, jednak nie później niż w terminie do 30 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy. W tym celu Wykonawca najpóźniej przed upływem 5 Dni Roboczych przed rozpoczęciem świadczenia Usług zakończy Prace Wdrożeniowe i zgłosi Zamawiającemu, na piśmie, gotowość do świadczenia Usług. W przypadku gdy Umowa zostanie zawarta z dotychczasowym Wykonawcą, powyższe postanowienie nie będzie miało zastosowania, a rozpoczęcie realizacji Usługi przez Wykonawcę nastąpi w dniu zakończenia świadczenia usługi w ramach dotychczasowej umowy zawartej z Zamawiającym z zachowaniem ciągłości Usług" (pkt 4.2.1 umowy),

b. „dostawy Kart SIM i Serwisowych Kart SIM - w terminie do 5 Dni Roboczych od złożenia Zamówienia Cząstkowego, z tym zastrzeżeniem, iż w przypadku zmiany operatora, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Kart SIM bez składania odrębnego Zamówienia Cząstkowego przez Zamawiającego, a Karty SIM zostaną dostarczone nie później niż na 20 Dni Roboczych przed rozpoczęciem świadczenia Usług zgodnie z pkt 4.1 OPZ" (pkt 4.2.4.5 umowy),

c. „Zamawiający przewiduje w ramach przeniesienia numerów opisanego w pkt 2.3.2 OPZ realizację dostaw Kart SIM przez Wykonawcę bezpośrednio do użytkowników końcowych. Dostawy muszą zostać zakończone na 20 Dni Roboczych przed przeniesieniem numerów. Realizacja dostaw będzie odbywać się zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego wykazem Numerów MSISDN wraz z Lokalizacjami według wzoru - Załącznik nr 6 do Umowy" (pkt 4.1 OPZ);

d. „wykonania i przekazania Projektu Technicznego - w terminie do 5 Dni Roboczych od zawarcia Umowy na zasadach opisanych w OPZ" (pkt 4.2.2.1 umowy).

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję w zakresie w jakim:

a. Zamawiający sformułował niejasne oraz nadmiernie rygorystyczne definicje Awarii, Awarii Poziom Krytyczny, Awarii Poziom Średni oraz Awarii Poziom Niski - definicje zawarte w Załączniku nr 1 do umowy oraz sformułował w pkt 6.8.1 OPZ czasy usuwania Awarii, które są nieadekwatne i zbyt krótkie z punktu widzenia możliwości wykonania tego typu prac;

b. Zamawiający wskazał w pouczeniu pod formularzem rzeczowo - cenowym następujące wymaganie: „Proszę wskazać linki do swoich stron internetowych zawierających cenniki

Urządzeń. Cenniki muszą dotyczyć zakupu Urządzeń dla usług dla klienta biznesowego bez aktywacji Karty SIM. ” Jak również wskazał w ust. 1 i 2 Załącznika nr 1 do OPZ, że: „Wykonawca wskaże linki do swoich stron internetowych zawierających cenniki dotyczące zakupu Urządzeń dla klienta biznesowego, bez usług i bez aktywacji Karty SIM. W cennikach tych muszą być wymienione zaoferowane przez Wykonawcę Urządzenia spełniające wymagania określone w Umowie w Załączniku nr 1 do OPZ", „W przypadku braku posiadania przez Wykonawcę cennika, o którym mowa w pkt. Zamawiający przyjmie ceny Urządzeń sugerowane przez producenta Urządzeń dla rynku polskiego. W momencie, gdy wystąpią znaczne rozbieżności między cenami (30% powyżej ceny sugerowanej przez producenta) zawartymi w cenniku, a cenami sugerowanymi przez producenta sprzętu, Zamawiający przyjmie do porównania niższą z cen”;

c. Zamawiający wymaga, aby „Dostarczona i zainstalowana infrastruktura zapewniająca sygnał GSM opisana w pkt 8.3 powyżej (stacja BTS) pozostaje własnością Wykonawcy (operatora) przez cały okres świadczenia Usług na rzecz Zamawiającego” (pkt 8.4 OPZ);

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP oraz art. 353 1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie postanowień umowy oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał wymagania związane z kwestią dostawy, wyboru modelu urządzeń, oraz ewentualną zmianą urządzenia w przypadku wycofania modelu z produkcji:

a. pkt 4.2.4.4 umowy - dostawa urządzeń ma się odbywać w terminie 1 dnia roboczego od złożenia Zamówienia Cząstkowego;

b. ust. 5 Załącznika nr 1 do OPZ: „W przypadku przedstawienia przez Wykonawcę więcej niż jednego modelu Urządzenia Zamawiający zdecyduje, które modele i w jakich ilościach zostaną dostarczone, a zaoferowana cena w złożonej Ofercie Wykonawcy dla każdego modelu Urządzenia z klasy 1 z pkt 3.1. musi być taka sama. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany modeli Urządzeń z klasy 1 (pkt 3.1) na Urządzenia z klasy 2 (pkt 3.2) lub klasy 3 (pkt 3.3) wskazanych w Ofercie stanowiącej Załącznik nr 8 do Umowy z zastrzeżeniem, że nie przekroczy kwoty wskazanej w Rozdziale 6 pkt 6.1.1. dotyczącej zakupu Urządzeń”

(analogiczne uprawnienie dla Zamawiającego zostało sformułowane w pkt 10.1.10 umowy);

c. ust. 7 Załącznika nr 1 do OPZ: „Zamawiający wymaga, aby co kwartał od zawarcia Umowy Wykonawca przedstawił uaktualniony wykaz modeli Urządzeń, spełniających wymagania określone w Załączniku nr 1 do OPZ pkt 3 i zamieszczał go w Obsłudze Elektronicznej. Uaktualnienie oferowanych modeli nie może spowodować wzrostu ceny Urządzeń z danej klasy w złożonej Ofercie Wykonawcy. Uaktualniony wykaz modeli musi uzyskać akceptację Zamawiającego, a w przypadku braku takiej akceptacji Wykonawca będzie zobowiązany do dostawy Urządzeń z wykazu wcześniej zaakceptowanego przez Zamawiającego”;

d. ust. 9 pkt 9.3 Załącznika nr 1 do OPZ: „każdy z nowo zaoferowanych modeli Urządzeń musi mieć identyczną cenę jak jego poprzednik w złożonej Ofercie Wykonawcy”;

4. art. 353 1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w:

a. poz. 4 tabeli nr 2 załącznika nr 3 do OPZ wykonawca ma obowiązek zapewnienia „sygnału telefonii komórkowej z dedykowanej stacji bazowej BTS w standardach GSM, UMTS, LTE lub wyższych w Głównej Lokalizacji Zamawiającego zgodnie z pkt 8.3 OPZ - w terminie nie później niż 35 Dni Roboczych od chwili złożenia Zamówienia Cząstkowego” (pkt 4.2.4.6 OPZ), jak również wykonawca ma obowiązek wycenić opłatę za zapewnienie sygnału BTS w ilości sztuk 24 (poz. 5 formularza rzeczowo - cenowego), dodatkowo zamawiający wskazał, że w ramach prawa opcji konieczne będzie zapewnienie sygnału z BTS dla zamówienia podstawowego 0 szt. a dla zamówienia w ramach prawa opcji 1 szt.;

b. pkt 9.1.4 umowy Zamawiający wskazał, że „Zamawiającemu przysługuje prawo da kumulowania kar umownych z różnych tytułów oraz przysługuje prawo do wielokrotnego

naliczania kar umownych z tego samego tytułu w przypadku wielokrotnych naruszeń przez Wykonawcę";

c. pkt 9.1.6 umowy Zamawiający wskazał, iż: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 50% maksymalnej kwoty Wartości Umowy brutto, wskazanej w Rozdziale 6" bez wskazania, że limit ten dotyczy także bonifikat (w zw. z art. 436 pkt 3 Pzp);

d. pkt 13.1.3 umowy wskazano, że „W przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących lub mogących skutkować obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości lub części usług transmisji danych, tub 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).

Wobec powyżej przywołanych zarzutów odwołujący, w myśl art. 516 ust.1 pkt 9) Pzp. sformułował żądania odwołania, jak poniżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i Załączników:

1. dokonan
ie modyfikacji pkt 4.2.1 zd. 1 umowy w ten sposób, że rozpoczęcie świadczenia Usług dla Zamawiającego od Dnia Uruchomienia Usług, wskazanego dla niego w Harmonogramie, który jest częścią Projektu Technicznego, nastąpi nie później niż w terminie do 60 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy, jak również Zamawiający doprecyzuje tryb przeniesienia numerów, wskaże informację do kiedy obowiązuje umowa z obecnym Operatorem i jaki jest jej okres wypowiedzenia,

2. dokonanie modyfikacji pkt 4.2.4.5 umowy w następujący sposób: „dostawy Kart SIM i Serwisowych Kart SIM - w terminie do 5 Dni Roboczych od złożenia Zamówienia Cząstkowego, z tym zastrzeżeniem, iż w przypadku zmiany operatora, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Kart SIM bez składania odrębnego Zamówienia Cząstkowego przez Zamawiającego, a Karty SIM zostaną dostarczone nie później niż na 5 Dni Roboczych przed rozpoczęciem świadczenia Usług zgodnie z pkt 4.1 OPZ",

3. dokonanie modyfikacji pkt 4.1 OPZ w następujący sposób: „Zamawiający przewiduje w ramach przeniesienia numerów opisanego w pkt 2.3.2 OPZ realizację dostaw Kart SIM przez Wykonawcę bezpośrednio do użytkowników końcowych. Dostawy muszą zostać zakończone na 5 Dni Roboczych przed przeniesieniem numerów. Realizacja dostaw będzie odbywać się zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego wykazem Numerów MSISDN wraz z Lokalizacjami według wzoru - Załącznik nr 6 do Umowy";

4. dokonania zmiany pkt 4.2.2.1 umowy w następujący sposób: „wykonania i przekazania Projektu Technicznego - w terminie do 10 Dni Roboczych od zawarcia Umowy na zasadach opisanych w OPZ";

5. W odniesieniu do definicji z Załącznika nr 1 do umowy Awarii, Awarii Poziom Krytyczny, Awarii Poziom Średni oraz Awarii Poziom Niski dokonanie ich modyfikacji w następujący sposób:

Awaria zmiana na: „Awaria - Masowa/ globalna nieprawidłowość w działaniu usług podlegająca naprawie / usunięciu przez Wykonawcę na podstawie dokonanego przez Zamawiającego Zgłoszenia Serwisowego i wpływająca na co najmniej 10% Urządzeń zgodnych z zamówieniem lub samodzielnego jej wykrycia przez Wykonawcę"

Awaria Poziom Krytyczny zmiana na: „Awaria Poziom Krytyczny nieprawidłowość w funkcjonowania usługi ,podlegająca naprawie / usunięciu przez Wykonawcę na podstawie dokonanego przez Zamawiającego Zgłoszenia Serwisowego i samodzielnego jej wykrycia przez Wykonawcę skutkująca brakiem dostęp do usług dla minimum 25% Urządzeń"

Awaria Poziom Średni zmiana na: „Awaria Poziom Średni - nieprawidłowość w funkcjonowania usługi ,podlegająca naprawie / usunięciu przez Wykonawcę na podstawie dokonanego przez Zamawiającego Zgłoszenia Serwisowego i samodzielnego jej wykrycia przez Wykonawcę skutkująca brakiem dostępu do usług dla minimum 15% Urządzeń lub brak dostępności Usług łączy internetowych MPLS”

Awaria Poziom Niski zmiana na: „Awaria Poziom Niski - masowa nieprawidłowość w funkcjonowania usługi, podlegająca naprawie / usunięciu przez Wykonawcę na podstawie dokonanego przez Zamawiającego Zgłoszenia Serwisowego lub samodzielnego jej wykrycia przez Wykonawcę inna niż zakwalifikowana jako Awaria poziom Krytyczna bądź Awaria Poziom Średni, skutkująca brakiem dostępu do usług dla minimum 10% Urządzeń”

6. Dokonanie modyfikacji pkt 6.8.1 OPZ w następujący sposób:

Poziom Zgłoszenia Serwisowego	Czas naprawy
Poziom 1 — Awaria Poziom	Krytyczny12 godzin
Poziom 2— Awaria Poziom	Średni 24 godziny
Poziom 3 — Awaria Poziom Niski	W uzgodnionym przez Strony czasie, ale nie dłuższym niż 4 Dni Robocze

7. Wykreślenie obowiązku podawania linków do cenników urządzeń w formularzu rzeczowo-
cenowym (wykreślenie pouczenia „Proszę wskazać linki do swoich stron internetowych zawierających cenniki Urządzeń. Cenniki muszą dotyczyć zakupu Urządzeń dla usług dla klienta biznesowego bez aktywacji Karty SIM. ”), jak również wykreślenie ust. 1 i 2 Załącznika nr 1 do OPZ;

8. Doprecyzowanie pkt 8.4 OPZ w ten sposób, iż Zamawiający dopuści, aby infrastruktura zapewniająca sygnał GSM zgodnie z pkt 8.3 (BTS) była dostępna wykonawcy nie tyko na podstawie prawa własności, ale również na podstawie innych tytułów prawnych,

9. Modyfikację pkt 4.2.4.4 umowy w ten sposób, że termin dostawy Urządzenia zostanie zmieniony na 5 dni roboczych,

10. Modyfikację ust. 5 Załącznika nr 1 do OPZ poprzez określenie ile urządzeń

(telefonów) Zamawiający może zamówić w danej klasie oraz wykreślenie zdania

„Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany modeli Urządzeń z klasy 1 (pkt 3.1) na Urządzenia z klasy 2 (pkt 3.2) lub klasy 3 (pkt 3.3) wskazanych w Ofercie stanowiącej Załącznik nr 8 do Umowy z zastrzeżeniem, że nie przekroczy kwoty wskazanej w Rozdziale 6 pkt 6.1.1. dotyczącej zakupu Urządzeń”.

11. Wykreślenia pkt 10.1 .10 umowy,

12. Wykreślenia ust. 7 z Załącznika nr 1 do OPZ,

13. Wykreślenia ust. 9 pkt 9.3 z Załącznika nr 1 do OPZ oraz określenie, że wycena będzie ustalana w drodze aneksu do umowy,

14. Doprecyzowanie w poz. 5 tabeli formularza rzeczowo - cenowego, że wycena abonamentu zapewnienia sygnału BTS dotyczy Lokalizacji Głównej Zamawiającego obecnie wskazanej w dokumentach zamówienia. W przypadku, gdy intencją Zamawiającego jest aby zapewnienie sygnału BTS wyceniane na podstawie poz. 5 ww. formularza następowało w ramach prawa opcji i dotyczyło innej lokalizacji niż siedziba główna obecnie wskazana w dokumentach zamówienia, w której zamawiający chciałby zapewnić sygnał BTS w przyszłości wykreślenie

poz. 5 z formularza rzeczowo - cenowego,

15. dokonanie modyfikacji pkt 4.2.4.6 umowy w ten sposób, że w przypadku przeniesienia Lokalizacji Głównej Zamawiającego opłata abonamentowa za zapewnienie sygnału BTS dla ww. nowej Lokalizacji Głównej Zamawiającego (lub w przypadku, gdy Zamawiający żądałby zapewnienia sygnału BTS dla innych lokalizacji Lub wzmocnienia sygnału w stosunku do obecnego) będzie uzgodniona z wykonawcą, który potwierdzi techniczne możliwości

świadczenia usługi oraz uzasadni wysokość opłaty po zmianach, jak również w takim przypadku strony uzgodnią termin realizacji zapewnienia sygnału BTS,

16. wyjaśnienie poz. 5 tabeli formularza rzeczowo- cenowego oraz poz. 4 tabeli nr 2 Załącznika nr

3 do OPZ Zamawiający tzn. dlaczego opłata za zapewnienie sygnału BTS w formularzu rzeczowo-cenowym została określona na 24 szt. a w przypadku Załącznika nr 3 do OPZ ilości zostały sformułowane w odmienny sposób - przy zamówieniu opcjonalnym wpisana została 1 szt.,

17. Zmianę pkt 9.1.4 umowy w ten sposób, że wprowadzony zostanie zakaz kumulacji kar, a w

przypadku, gdy jedno zdarzenie będzie wyczerpywało przestanki do naliczenia dwóch lub większej ilości różnych kar umownych lub bonifikat, zostanie naliczona jedna kara (z jednego tytułu) przewidująca najwyższą sankcję,

18. Modyfikację pkt 9.1.6 umowy poprzez doprecyzowanie, że w limicie uwzględniane są zarówno kary umowne, jak i bonifikaty,

19. Zmianę pkt 13.1.3 umowy w następujący sposób „W przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego skutkujących obowiązkiem Zamawiającego powierzenia całości tub 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 tub w części Umowy nie będzie złożone wcześniej niż po upływie 10 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług".

Izba mając na uwadze podniesione zarzuty i żądania odwołania oraz uzasadnienie odwołującego na okoliczność interesu w uzyskaniu zamówienia (cytat „W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego (ukształtowane w Postępowaniu warunki zamówienia i warunki realizacji usługi) uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie oraz rzetelną wycenę prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogą okazać się niemożliwe. Wskazujemy ponadto, iż objęta odwołaniem czynność

Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu przystąpienia do postępowania, złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed Odwołującego przedmiotowego zamówienia"), na mocy art.505 ust.1 Pzp. przyznaje odwołującemu rację i prawo do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2022r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o

oddalenie odwołania z uwagi na jego bezprzedmiotowość lub bezzasadność podniesionych

w nim zarzutów oraz złożonych wniosków - przy czym zamawiający informuje, że w dniu 13 kwietnia 2022r. dokonał modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Zamawiający stwierdził, że „Jednak po przeanalizowaniu odwołania i w związku z zadanymi pytaniami do SWZ Zamawiający dokonał w dniu 13 kwietnia 2022r. modyfikacji SWZ, które powinny umożliwić Odwołującemu i pozostałym wykonawcom złożenie prawidłowych ofert"

oraz „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".

Ponadto zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów załączonych do niniejszego pisma oraz znajdujących się w dokumentacji zamawiającego, przekazanej do akt sprawy oraz dowodów z dokumentów przedstawionych na posiedzeniu (rozprawie), a także o zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Izba na podstawie argumentacji faktycznej i prawnej w złożonym odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie oraz w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie oddaliła odwołanie w zakresie nie uwzględnionych i wycofanych zarzutów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w większość zarzutów odwołania zamawiający uwzględnił przez zmianę SWZ z dnia 13 kwietnia 2022r. (załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

W zaistniałej sytuacji odwołujący na posiedzeniu Izby, skłonny był wycofać pozostałe zarzuty, oczekując dalszych zmian SWZ przez zamawiającego, w trakcie postepowania przed Izbą. Dalsze zmiany, jakich oczekiwał odwołujący od zamawiającego, związane były z wymaganiami zamawiającego co do terminu i sposobu realizacji zadań przed rozpoczęciem świadczenia usług, a po podpisaniu umowy na świadczenie tych usług. W tym miejscu wskazane jest zaznaczyć, że sporne wymagania stron odnosiły się do obowiązków wykonawcy, który dotychczas, a właściwie aktualnie, nie świadczy usługi przed wszczęciem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Obowiązki po stronie wykonawcy, dotyczyły przeniesienia: co do terminu jak i sposobu numerów dotychczasowych użytkowników telefonów oraz w związku z przypisaniem do tych numerów nowych kart SIM nowego operatora, w miejsce dotychczasowego operatora świadczącego usługę na rzecz zamawiającego. Odwołujący przyjął ze zrozumieniem wydłużenie czasu rozpoczęcia świadczenia usług z wymaganych 30 dni na 35 dni, ale oczekiwał dalszych ustępstw ze strony zamawiającego, to jest wydłużenia okresu do 60 dni od daty podpisania umowy, to jest terminu jak w odwołaniu. Również odwołujący z aprobatą przyjął z kolei skrócenie terminu przekazania kart SIM z przypisaniem ich do indywidualnych numerów z 20 dni na 15 dni, przed datą rozpoczęcia świadczenia usługi. Niemniej żądał jak w odwołaniu aby termin ten wynosił 5 dni przed datą rozpoczęcia świadczenia usług. Na posiedzeniu Izby w celu polubownego rozwiązania sporu odwołujący zaproponował inny sposób wykonania przeniesienia numerów użytkowników od poprzedniego operatora, nota bene przystępującego po jego stronie. Inny sposób rozwiązania, przeniesienia numerów od poprzedniego operatora, miałby polegać na zrezygnowaniu przez zamawiającego z przypisania kart SIM do poszczególnych numerów użytkowników, na rzecz zbiorczego przekazania kart SIM czyli bez przypisania do nich numerów poszczególnych użytkowników. W toku próby polubownego rozwiązania sporu, w trakcie posiedzenia Izby, odwołujący był skłonny dostarczyć karty SIM, bez przyporządkowania im numerów użytkowników, przez ich niezindywidualizowane dostarczenie do 20 jednostek zamawiającego. W zamian zobowiązał się do wykonania tego obowiązku w terminie 5 dni od otrzymania zgody na przeniesieniu numerów od poprzedniego operatora. Ta propozycja odwołującego powodowałaby konieczność, po stronie zamawiającego we własnym zakresie i na jego koszt, przypisania kart SIM do indywidualnych użytkowników numerów u zamawiającego. Odwołujący jak już wyżej nadmieniono proponował termin 5 dni na przeniesienie numerów od daty otrzymania zgody od poprzedniego operatora. W zaistniałej sytuacji kwestią wymagającą rozstrzygnięcia było, czy propozycja zamawiającego, który zmienił termin z 20 dni na 15 dni przed datą rozpoczęcia świadczenia usługi, a nie na 5 dni przed datą rozpoczęcia usługi, według oczekiwań odwołującego, który z tych terminów jest realnym terminem na wykonanie czynności uzyskania zgody na przeniesienie numerów oraz ich przypisania do poszczególnych kart SIM. Zamawiający w tym zakresie powoływał się na postanowienia jego poprzednich SWZ oraz na inne SWZ to jest COAR (Wyciąg - z protokołu

„1. Umowa nr KOO89433 na Zakup i świadczenie usług telefonii komórkowej oraz usług bezprzedmiotowej transmisji danych wraz z dostawą Urządzeń do ich świadczenia dla

Poczty Polskiej S.A.". Niniejszy dowód składa na okoliczność, że w poprzednim postępowaniu był warunek 35 dni, nie był on zaskarżony i ofertę złożył nie tylko Polkomtel, ale również Orange, jest to wyciąg z umowy i OPZ.

2.„Opis procesów głównych przenoszenia numerów PLI CBD" wytyczne UKE - wyciąg, który

mówi, że optymalnym czy maksymalnym terminem, gdzie potencjalny następca prawny może podjąć czynności już na 120 dni, na okoliczność, że jest to najwcześniej możliwy ale niegwarantowany termin.

3.Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Centrum Obsługi Administracji Rządowej (COAR) jest to dokument w którym również przewiduje się identyczne obowiązki po stronie wykonawcy, co do oznaczenia kart SIM tak jak w postępowaniu Zamawiającego i

odwołujący wziął w nim udział nie składając odwołania. Należy podkreślić, że tam jest więcej jednostek bo nie tak jak u Zamawiającego tylko 20, a nie 134 w COAR, są to odrębne

jednostki zamawiające, które mają umowy z różnymi operatorami oraz z rożnymi okresami wypowiedzenia - wyciąg z protokołu z posiedzenia Izby).

Oceniając powyższe dowody, złożone przez zamawiającego na posiedzeniu, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej. Nieprzydatność tych dowodów Izba oceniła z powodu, że w praktyce nie były one realizowane to jest z powodu, że ofertę składał dotychczasowy operator, który nie musiał przenosić numerów użytkowników zamawiającego oraz, że nie było oprócz niego zainteresowania złożeniem oferty przez innych operatorów niż dotychczasowy operator. Izba nie kwalifikuje jako złożenie oferty w postępowaniu, złożenie oferty po terminie wyznaczonym na składanie ofert, a co miało miejsce w poprzednim postępowaniu, w odniesieniu do operatora Orange. Bowiem oferta złożona po terminie nie jest ofertą, która została złożona w danym postępowaniu. W tym miejscu należy chociażby na poparcie stanowiska Izby, co do takiej oceny, przywołać np. treść art. 224 Pzp., który mówi o „ofercie

złożonej w terminie", bez względu na intencje składającego ofertę czy to dla pozoru, czy też rzeczywistego zamiaru złożenia oferty. Również przywoływane przez zamawiającego swz COAR, nie są przydatne do oceny rzeczywiście potrzebnego czasu na przypisanie Kart SIM do poszczególnych numerów użytkowników. Obecny przedstawiciel odwołującego P. T., oświadczył do protokołu, że kwestia różniąca to postępowanie od postępowania COAR to czas rozpoczęcia postępowania w stosunku do daty rozpoczęcia usługi, przeciwnie ma to się do czasu w przedmiotowym postępowaniu, który jest skrócony z uwagi na zbliżający się termin wygaśnięcia usługi z aktualnym operatorem. Poza tym jak dodatkowo podkreślił odwołujący, z protokołu zamawiającego wynika, że przyspieszenie terminu rozpoczęcia usługi ma miejsce z uwagi na zbliżający się koniec obowiązywania dotychczasowej umowy.

Izba odnosząc się do dowodów odwołującego stwierdza, jak poniżej.

1) Informacja z otwarcia ofert i informacja o wyniku postępowania. Informacje z otwarcia ofert 23.12.2019 r. oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej 27 stycznia 2019 r. z której to wynika, że jedyny oferent złożył ofertę, co prawda jak stwierdził Zamawiający była druga oferta, ale złożona po terminie składania ofert. Z tego dowodu nr 1 wywodzę, że od 2013 r. jest cały czas jeden wykonawca, ponieważ termin przygotowania kart SIM i oznaczenia czy też doręczenia do Zamawiającego jest niewykonalny, precyzując jest nierealny.

2) „Przykładowy harmonogram niezbędnych do wykonania prac w celu rozpoczęcia świadczenia usług", opracowany przez Odwołującego, niezbędnych do wykonania prac w celu rozpoczęcia świadczenia usług, z którego wynika, że minimalny okres od wykonywania czynności od uzyskania zgody Operatora dotychczasowego to 49 dni roboczych (wyliczenie własne odwołującego).

3) „Opis procesów głównych przenoszenia numerów PLI CBD" Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) - wyciąg z dokumentów, który opisuje jakie mogą być rozwiązania przenoszenia numerów od innego operatora w kontekście wytycznych UKE.

Izba dokonując oceny powyższych dokumentów i oświadczeń na ich podstawie stwierdza, że nie stanowią one dowodu na nierealność terminu wykonania czynności przed rozpoczęciem świadczenia usługi, przez brak konkurencyjności (dow.1), rzeczywistego czasu na doręczenie numerów użytkowników według przydzielonych im kart SIM od wyrażenia zgody poprzedniego operatora (dow.2) i co do możliwości jednoznacznych ustaleń wynikających z wytycznych UKE (dow.3), zwłaszcza w sytuacji zakwestionowania wynikających z nich twierdzeń odwołującego przez zamawiającego.

Izba podsumowując materiał dowodowy stwierdza, że odwołujący nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c. w zw. z art.8 ust.1 Pzp. Mając również na uwadze dowody zamawiającego, Izba nie miała podstaw do rozstrzygnięcia sporu, w świetle przywoływanych

dowodów przez strony, to jest w konsekwencji do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, wskazanych w odwołaniu (pkt III ppkt1 lit. a, b, c - zarzuty odwołania), które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.554 ust.1 pkt 1) Pzp.

Z jednej strony odwołujący potwierdził, że zgoda na przeniesienie numerów telefonów uzyskiwana jest nawet w ciągu kilku godzin, ale przeszkodą ukazującą się w praktyce jest data rozwiązania umowy z poprzednim operatorem, jak również okres wypowiedzenia umowy z operatorem. Jak wynika z wytycznych UKE, wyciągi z tych wytycznych, przedkładane zarówno przez odwołującego, jak i zamawiającego mogą być rozpoczęte nawet na 120 dni przed wygaśnięciem umowy. Natomiast zamawiający ani w postępowaniu wewnętrznym, ani na rozprawie nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie, jaki jest termin czy to wygaśnięcia umowy, czy też jaki jest termin jej wypowiedzenia. Zamawiający zasłaniał się przed udzieleniem odpowiedzi, zależnością od wielu elementów, które powodują wygaśnięcie umowy, między innymi wskazując na taki miernik jak wyczerpanie kwoty uzgodnionego wynagrodzenia. Ponadto zamawiający podnosił możliwość „ręcznego" przypisywania numerów do kart SIM zaraz po podpisaniu umowy. Z kolei odwołujący twierdził, że jest to niemożliwe, ponieważ czynność taką dokonuje się w przeznaczonych do tego celu aplikacjach przy użyciu specjalnych narzędzi elektronicznych. W związku ze sprzecznymi twierdzeniami stron, oraz brakiem obiektywnego wyjaśnienia, Izba nie ustaliła czy można „ręcznie" przypisywać numery do kart SIM od razu po podpisaniu umowy to jest nie czekając na zgodę operatora do przeniesienia numerów. Reasumując kwestie polubownego ustalenia terminu koniecznego do przypisania numerów do kart SIM wobec sprzecznych oświadczeń stron, Izba wiarygodnie nie ustaliła, to jest czy jest możliwość przypisywania numerów bez zgody operatora na przeniesienie numerów, co do skuteczności takiej czynności. Izba, wobec nie udzielenia odpowiedzi przez zamawiającego, nie ustaliła terminu wygaśnięcia umowy z aktualnym operatorem, a co determinuje wystąpienie i czas wymagany na uzyskanie zgody operatora na przeniesienie numerów telefonów. Również Izba nie znalazła podstaw ani formalnych, ani merytorycznych, czy też prawnych do ustalenia wymaganego czasu do przypisania numerów do kart SIM (18 tysięcy operacji). Reasumując sprzeczne wzajemnie oświadczenia stron oraz składane dokumenty nie dały podstaw do ustalenia niezbędnego czasu do wykonania obowiązku przypisania numerów telefonów do kart SIM jak i co do początkowej daty wystąpienia o zgodę na przeniesienie numerów.

Po drugie odnosząc się do propozycji zamawiającego, aby ryzyko kar z tytułu nie dotrzymania terminu dostarczenia w trybie zindywidualizowanych numerów z kartami SIM do zamawiającego, rekompensować wynagrodzeniem, w które wkalkulowane są kary, w ocenie Izby, jest nieuprawnione w sytuacji kar z tytułu zwłoki, a nie opóźnienia oraz obowiązującej powszechnej zasady należytej staranności po stronie wykonawcy. Sam zamawiający przyznał, że nie będzie stosował automatyzmu kar umownych, bez procedury wyjaśniającej co do przyczyny zwłoki w dotrzymaniu terminu dostarczenia zindywidualizowanych numerów użytkowników z kartami SIM. Dlatego propozycja zamawiającego, co do wliczenia potencjalnych kar umownych w wynagrodzenie odwołującego, niweczy konkurencyjność ofert w zakresie ceny, powodując jej zwiększenie z tytułu sztucznie naliczonych kar umownych. Ponadto wydają się uzasadnione obawy odwołującego, co do nieskorzystania z konsekwencji art.109 ust.1 pkt 7 Pzp to jest wykluczenia z postepowań publicznych na 3 lata

pod zarzutem spełnienia powyższej przesłanki.

Reasumując zagadnienie czasu niezbędnego na uzyskania zgody na przeniesienie numerów jak i czasu na przypisaniu numerów do Kart SIM po uzyskaniu zgody od poprzedniego Operatora, co według odwołującego wymaga 49 dni (harmonogram w aktach sprawy), a w konsekwencji terminu dostarczenia ich przez rozpoczęciem świadczenia usług zamawiającemu i przeciwnemu twierdzeniu zamawiającego co do możliwości wykonania tych czynności na 15 dni przed rozpoczęciem usługi w sytuacji 35 dni rozpoczęcia usługi po podpisaniu umowy, pozostawia odwołującemu 20 dni na powyższe czynności, co według zamawiającego jest czasem optymalnym. Na podstawie przedstawionych dowodów, odwołujący powyższego wymogu zamawiającego co do jego realności nie zniweczył, w świetle wiarygodnych dowodów, których w sprawie po stronie odwołującego zabrakło.

Resumując wobec sporu stron i braku wiarygodnych dowodów co do potrzebnego czasu na

uzyskanie zgody na przeniesienie numerów jak i czasu na przypisanie kart SIM do indywidualnych numerów użytkowników zamawiającego (18 tysięcy użytkowników), Izba przyznała rację zamawiającemu, jako uprawnionemu do określenia swoich potrzeb, wobec

braku jednoznacznych i wiarygodnych dowodów wskazujących na nierealność terminów narzuconych przez zamawiającego.

Istotnym w sprawie jest, że w niniejszym postępowaniu przed Izbą, zamawiający potwierdził, że kary za zwłokę nie nalicza się automatycznie, ale po wyjaśnieniu i zbadaniu ich przyczyn, co powinno chronić odwołującego przez finansowymi sankcjami z tytułu naliczenia kar umownych, jak i przed utratą opinii rzetelnego wykonawcy, włącznie z ochroną przed sankcją wynikającą z art.109 ust.1 pkt 7 w zw. z art.111 pkt 4) ustawy Pzp., co do wykluczenia na okres 3 lat z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

W tym miejscu Izba przywołuje sprawę, w której pozwanym był zamawiający Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2018 r. w sprawach o Sygn. akt 2199/18 i KIO 2206/18, zresztą przywołany przez samego zamawiającego (protokół rozprawy).

(cytat str. 37 - uzasadnienie wyroku - „W odniesieniu do zarzutu opisanego w punkcie II pod

literą d pkt 3) Izba podziela stanowisko Zamawiającego. W pierwszej kolejności Izba zauważa, że stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba

rozstrzygając postępowanie bierze pod uwagę stan sprawy ustalony w toku postępowania, a

zatem z chwili zamknięcia rozprawy. Izba wzięła zatem pod uwagę, że Zamawiający wprowadził modyfikację w sposobie naliczania kar umownych (za zwłokę, nie za opóźnienie).

Powyższa okoliczność oznacza, że brak winy zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności za niedotrzymanie określonych w umowie terminów. Zatem każdorazowo przed naliczeniem kary umownej, Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia przyczyn niedotrzymania terminów, aby nie naliczać niezasadnie lub w sposób nieprawidłowy kar umownych. Powyższa okoliczność oznacza, że dodatkowa procedura reklamacyjna, o jaką wnosi Odwołujący, nie jest niezbędna, gdyż sposób naliczania kar umownych przewidziany przez Zamawiającego wymusza przeprowadzenie korespondencji reklamacyjnej przed takim naliczeniem kar").

Co do kosztów postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2) w zw. z § 8 ust.2 pkt 1 oraz odpowiednio § 7 ust.3 pkt 2) w zw. z ust.2 pkt 1 oraz w zw. z w § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000,00 złotych oraz w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w części, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 (wynagrodzenie pełnomocników i koszty opłat skarbowych, także w związku z brakiem umowy zlecenia lub rachunku na podstawie tej umowy po stronie zamawiającego do przedłożonego spisu kosztów) znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: