

Sygn. akt: KIO 905/15
Sygn. akt: KIO 973/15

WYROK
z dnia 19 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 30 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**

B. w dniu 11 maja 2015 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Netia S.A, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**

B. wykonawcy **T-Mobile Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 973/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża **Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** na rzecz **Poczty Polskiej S.A, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt. KIO 905/15 Sygn. akt. KIO 973/15

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telefonii komórkowej i usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą Urządzeń i Akcesoriów do ich świadczenia, Usługi Komunikacji SMS oraz świadczenie usług telekomunikacyjnych w technologii VoIP dla Poczty Polskiej S.A. Odwołania zostały wniesione przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający KIO.

Sygn. akt. KIO 905/15

W tym odwołaniu wykonawca Orange stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, będącego przedmiotem niniejszego postępowania, jednakże zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia niespełniający wymagań określonych w przepisach ustawy, w szczególności nie pozwala wykonawcy oszacować kosztów realizacji zamówienia, w efekcie uniemożliwiając uzyskanie zamówienia, a zatem jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Wykonawca wskazał na naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zaniechanie określenia przewidywanego zapotrzebowania na aparaty telefoniczne grupy C w podziale na typy aparatów w zależności od systemu operacyjnego oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany siwz i:

1. unieważnienie dokonanej modyfikacji i ograniczenie aparatów telefonicznych grupy C1 do jednego rodzaju sprzętu lub
2. szczegółowe opisanie przewidywanego zapotrzebowania na aparaty telefoniczne w ramach grupy C1 dla trzech zakresów sprzętowych w podziale na systemy operacyjne – analogicznie, jak w załączniku nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia dla aparatów z grupy A oraz grupy B.

W uzasadnieniu odwołania w szczególności podał, że Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2015 r. poinformował o dokonaniu zmiany opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia - w odniesieniu do pkt 4.3. Przedmiotowa zmiana dotyczy wymagań dla telefonów komórkowych z grupy C1 - Zamawiający zażądał przedstawienia przez wykonawców przynajmniej jednego modelu telefonu komórkowego dla każdego zakresu

3

aparatów z Grupy C1 spełniających określone wymagania, a przy tym wymagane są trzy zakresy sprzętu, każdy z nich cechujący się m.in. innym systemem operacyjnym. W pierwotnych postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił wymagania wyłącznie dla jednego zakresu sprzętu. Odwołujący stwierdził, że okolicznością pozostającą poza sporem jest fakt, iż określone wymagania sprzętowe w istotny sposób wpływają na koszty zakupu aparatów telefonicznych. Z kolei koszty te są istotnym elementem składowym wpływającym na cenę oferty. Z tej przyczyny Zamawiający zobowiązany jest - dokonując opisu przedmiotu zamówienia - podać wszystkie informacje konieczne i niezbędne do przygotowania oferty - tu: doboru aparatów telefonicznych i ustalenia ceny oferty. Modyfikując treść siwz Zamawiający nie określił przewidywanego zapotrzebowania na aparaty telefoniczne w podziale na typy aparatów w zależności od systemu operacyjnego. Brak takiego podziału uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie oferty. Podkreślił, że podanie tych informacji przez Zamawiającego jest możliwe. Wskazał także, że takie informacje zostały podane w odniesieniu do aparatów telefonicznych z grupy A i grupy B (Załącznik nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia pkt 4.1 i pkt 4.2). Dla Grupy A wynosi ono: IOS min. 8 - 30%, Android min. 4.4 - 49% Windows, Phone min. 8.1 - 20%, min. i min. BlackBerry 10 OS -1%, a dla Grupy B: Android min. 4.4 - 70% (wymagana odporność na zalanie, kurz i wstrząsy), Windows Phone min. 8.1- 30%. Nie znajduje w świetle powyższego uzasadnienia zaniechanie doprecyzowania zapotrzebowania również dla aparatów telefonicznych grupy C. Stwierdził ponadto, że Zamawiający dokonując modyfikacji treści siwz w odniesieniu do aparatów telefonicznych z grupy C1 rozszerzył zakres aparatów telefonicznych z przynajmniej jednego potencjalnie oferowanego modelu (jak było w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia) do trzech modeli. Brak informacji o tym jaki procent aparatów z poszczególnych zakresów dla grupy C1 będzie zamawiany, uniemożliwia dokonanie należytego oszacowania kosztów zakupu sprzętu, a w konsekwencji uniemożliwia należyte ustalenie ceny oferty. Spowoduje z dużym prawdopodobieństwem znaczne zawyżenie wartości oferty - jako że w tej grupie Zamawiający przewiduje maksymalną ilość aparatów telefonicznych dla zamówienia podstawowego na poziomie 6300 szt. wykonawcy skalkulują koszty w oparciu o najdroższy sprzęt spełniający wymagania zakresu 3 po zmianie siwz. Jest to aktualnie aparat Iphone 4s 8GB, wg informacji podanych na stronie internetowej kosztuje 1 199 zł. Całkowity koszt zakupu aparatów dla tej grupy wyniesie więc: 6300 szt. x 1 199 zł = 7 553 700 zł. Dla porównania - kalkulując ofertę dla aparatu spełniającego wymagania zakresu 1 - aparat Samsung Galaxy XCover 3, którego cena wg informacji podanej na tej samej stronie internetowej kształtuje się na poziomie 899

zł, całkowity koszt wyniesie: 6300 szt. x 899 zł = 5 663 700 zł. Reasumując stwierdził, że zaniechanie opisanie przewidywanego zapotrzebowania na aparaty telefoniczne grupy C, podobnego do tego jaki Zamawiający podał dla grupy A i grupy B, spowoduje że wykonawcy

4

- nie posiadając koniecznych i niezbędnych informacji do należytego oszacowania ceny oferty - będą zmuszeni kalkulować koszty oferty w oparciu o najdroższe aparaty dla tej grupy aparatów. Zwrócił uwagę, że Zamawiający w siwz ograniczył cenę jednostkową, jaką może zapłacić za ten sprzęt, do 15 - 20 zł za aparat (patrz załącznik nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia - Tabela 2), co spowoduje wzrost cen pozostałych usług będących przedmiotem postępowania. Taki skutek, w okolicznościach sprawy, nie leży zarówno w interesie Zamawiającego - który zapłaci wynagrodzenie za świadczenie usług w oparciu o koszty skalkulowane z uwzględnieniem ryzyka biznesowego, jak też w interesie wykonawców - którzy z uwagi na nieprawidłowe działanie Zamawiającego potencjalnie będą zmuszeni podwyższyć ceny ofert z uwagi na niemożliwe do oszacowania ryzyko biznesowe.

Sygn. akt: KIO 973/15

W tym odwołaniu wykonawca Orange podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, będącego przedmiotem tego postępowania, a zmiana opisu przedmiotu zamówienia dokonana na skutek odpowiedzi na pytanie wykonawcy, sprawia w szczególności, że jest na tyle niejednoznaczny, że z jednej strony nie pozwala wykonawcy oszacować kosztów realizacji zamówienia, a w efekcie uniemożliwia uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a z drugiej strony prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy będą składać oferty obejmujące różny zakres świadczeń, który w dodatku będzie precyzowany na etapie realizacji zamówienia, co uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji. W związku z powyższym należy jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, a także uniemożliwia złożenie porównywalnych ofert przez wykonawców, a tym samym uniemożliwia zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania;
2. art. 38 ust. 4 Pzp z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmiany treści siwz po upływie terminu składania ofert, na etapie realizacji zamówienia;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp z uwagi na zastrzeżenie, że zakres świadczenia wykonawcy zostanie określony na etapie realizacji zamówienia, a zatem po zawarciu umowy.

Wykonawca wniósł o nakazanie zmiany siwz i:

1. precyzyjne określenia w ilu lokalizacjach (poprzez wskazanie maksymalnej ilości lokalizacji, bądź też % lokalizacji licząc od całkowitej liczby lokalizacji) zamawiający dopuści realizację stacjonarnych zakończeń sieci POTS, ISDN BRA, ISDN PRA za

5

pomocą dopuszczonych obecnie technologii (technologia radiowa GSM oraz „dedykowanego łącza transmisji danych”);

2. wskazanie, jaki konkretnie sposób realizacji Zamawiający ma na myśli pisząc o „dedykowanym łączu transmisji danych”.

W uzasadnieniu odwołania w szczególności podał, że w odpowiedzi na pytanie nr 267 z dnia 30.04.2015 r. [w brzmieniu: „W związku z zapisem pkt 4.2 ppkt 12 Załącznika nr 5 do SIWZ Opis przedmiotu Zamówienia: „Ponadto Wykonawca w terminie 12 tygodni od daty podpisania Umowy doprowadzi oraz zainstaluje analogowe Unie POTS, cyfrowe linie ISDN BRA 2B+D oraz PRA 30B+D lub uzyska hurtowy dostęp do sieci aktualnego operatora (usługa WLR, LLU, itp.) oraz dokona przeniesienia numeracji do własnej sieci**, prosimy o wyjaśnienie, czy zamawiający uzna za zgodne z postanowieniami SIWZ rozwiązanie, w którym zostanie zaoferowany telefon stacjonarny korzystający z łącza telefonii komórkowej wyposażony w kartę sim zablokowaną do jednej stacji bazowej”] Zamawiający stwierdził, że: (...) zgodnie z SiWZ stacjonarne zakończenia sieci powinny być wykonane w postaci linii kablowych, doprowadzonych przez wykonawcę lub uzyskanych w ramach dostępu

hurtowego od obecnego operatora. Zamawiający nie wyklucza aby dla części lokalizacji linie kablowe zastąpić telefonami stacjonarnymi GSM, ale ze względu na odmienny charakter różnych lokalizacji każdorazowo wymagać to będzie uzgodnień z Zamawiającym. W każdej z wymienionych lokalizacji Wykonawca powinien zapewnić minimum 1 linię kablową. Z kolei w odpowiedzi z dnia 8.05.2015 r. na pytanie nr 278 [w brzmieniu: „Prosimy o Informację o to czy, w kontekście odpowiedzi na pytanie 267, Zamawiający dopuści także zestawienie łącza drogą radiową w postaci dedykowanego łącza transmisji danych do danej lokalizacji.”] Zamawiający stwierdził, że nie wyklucza, aby dla części lokalizacji linie kablowe zastąpić drogą radiową w postaci dedykowanego łącza transmisji danych, ale ze względu na odmienny charakter różnych lokalizacji każdorazowo wymagać to będzie uzgodnień z Zamawiającym”. Zdaniem wykonawcy, (...) Oznacza to istotną zmianę opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do pierwotnej treści siwz. Pierwotnie Zamawiający wymagał realizacji usług telefonii stacjonarnej POTS, ISDN BRA, ISDN PRA w sposób precyzyjnie określony w pkt 12., ust. 4.2, Roz. 4 Opisu przedmiotu zamówienia dla części 2f czyli: „(...) zainstaluje analogowe Unie POTS, cyfrowe linie ISDN BRA 2B+D oraz ISDN PRA 30B+D lub uzyska hurtowy dostęp do sieci aktualnego operatora (usługa WLR, LLU. itp.) oraz dokona przeniesienia numeracji do własnej sieci.” Wykonawca stwierdził, że Zamawiający dodatkowo oczekuje, aby poprzez ww. usługi był możliwy dostęp (zgodnie z Roz. 1, pkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia) „(...) do publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, obejmujących m. in. połączenia lokalne, połączenia międzystrefowe, połączenia do polskich sieci telefonii komórkowej, połączenia międzynarodowe do stacjonarnych i komórkowych sieci zagranicznych, połączenia do sieci usług inteligentnych, połączenia z numerami

6

alarmowymi i skróconymi, inne usługi dostępne w sieci Wykonawcy (...)”. Dalej podał, że przedmiotowa zmiana siwz prowadzi do jego niezgodności z wymogami określonymi w art. 29 ust. 1 Pzp, z art. 38 ust. 4 Pzp oraz z art. 140 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi bowiem podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy, 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. Zgodnie z treścią odpowiedzi na pyt. nr 267 „Zamawiający nie wykluczył dla części lokalizacji linie kablowe zastąpić telefonami stacjonarnymi GSM. Oznacza to, że wykonawca nie wie dla jakiej części lokalizacji może skalkulować cenę oferty w oparciu o stacjonarne telefony GSM. Jest to rozwiązanie tańsze i brak określenia w jakim zakresie można się nim posłużyć uniemożliwia prawidłową kalkulację oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Podobnie w odpowiedzi na pyt. nr 278 Zamawiający stwierdził, że „nie wyklucza, aby dla części lokalizacji linie kablowe zastąpić drogą radiową w postaci dedykowanego łącza transmisji danych, ale ze względu na odmienny charakter różnych lokalizacji każdorazowo wymagać to będzie uzgodnień z Zamawiającym”. Również to postanowienie ma wpływ na skalkulowanie ceny. Oznacza to tym samym, że opis przedmiotu zamówienia jest niewyczerpujący. W efekcie prowadzi to do sytuacji, w której w postępowaniu wykonawcy nie mogą złożyć porównywalnych ofert, na skutek czego nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Stwierdził również, że Zamawiający w przywołanych wyżej odpowiedziach zastrzegł, że dopuszczenie wskazanych tam technologii nie ma charakteru ostatecznego, bowiem *ze względu na odmienny charakter różnych lokalizacji każdorazowo wymagać to będzie uzgodnień z Zamawiającym*. Prowadzi to do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia na skutek zmiany dokonanej w odpowiedziach udzielonych na pytania wykonawcy nie ma charakteru jednoznacznego. Zostanie bowiem dopiero określony w tym zakresie na etapie realizacji, na podstawie uzgodnień z Zamawiającym. Za niejednoznacznym charakterem odpowiedzi na pyt. nr 278 przemawia, jego zdaniem, również okoliczność, że Zamawiający posłużył się sformułowaniem „dedykowane łącza transmisji danych”, bez wskazania, co rozumie pod tym pojęciem. Jest to tym bardziej istotne, że zgodnie z pierwotnym oczekiwaniem Zamawiającego przedmiotem zamówienia jest realizacja usług typu POTS oraz ISDN. Charakter tych usług, techniczny sposób realizacji, jak również zakres usług dodatkowych świadczonych na usługach POTS oraz ISDN jest ściśle określony i wynika z definicji zakończeń sieciowych POTS i ISDN. Z tego też względu, uwzględniając techniczne i

transmisji danych" nie można tych sposobów realizacji stawiać, jako sposoby równoważne ze świadczeniem usług POTS i ISDN. Ponadto techniczne ograniczenia nowych sposobów realizacji zamówienia nie umożliwiają w pełni realizacji wymaganych przez Zamawiającego usług (w tym głównie usług dodatkowych typu: blokady, przekierowania połączenia na numery specjalne etc.). W świetle powyższego, wykonawca nie jest w stanie określić, jaki jest zakres jego świadczenia, czy muszą to być usługi POTS i ISDN, czy takiego wymogu nie ma, wobec braku równoważności pomiędzy usługami POTS i ISDN w dopuszczonych na skutek odpowiedzi technologiach.

Odnosnie naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy podał, że treść siwz, która obejmuje również opis przedmiotu zamówienia może zostać zmieniona najpóźniej do upływu terminu składania ofert. A contrario nie jest dopuszczalne dokonanie takiej zmiany po upływie terminu składania ofert, a tym samym na etapie realizacji zamówienia. Prowadzi to do wniosku, że dokonane zmiany z uwagi na możliwość zmiany opisu przedmiotu zamówienia są niezgodne również z art. 38 ust. 4 Pzp.

Odnosnie naruszenia art. 140 ust. 1 Pzp wykonawca stwierdził, że zgodnie z powołanym przepisem zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W przypadku zmian, o których mowa powyżej, spełnienie tego wymogu jest niemożliwe, a to z uwagi na fakt, że w chwili składania oferty wykonawca nie wie, jaki będzie zakres jego świadczenia. Zamawiający bowiem wyraźnie zastrzegł, że „ze względu na odmienny charakter różnych lokalizacji każdorazowo wymagać to będzie uzgodnień z Zamawiającym”. W związku z powyższym, wykonawca nie jest w stanie przed rozpoczęciem realizacji zamówienia określić w jakim zakresie będzie uprawniony do skorzystania z technologii stacjonarnych telefonów GSM, a także technologii „dedykowanego łącza transmisji danych”. Skoro więc, zakres świadczenia jest nieokreślony w chwili składania oferty, nie jest możliwe spełnienie wymagania, aby zakres świadczenia wykonawcy był tożsamy ze zobowiązaniem zawartym w ofercie. Odpowiedź na pyt. 267 z dn. 30 kwietnia 2015 r., oraz odpowiedź z dn. 8 maja 2015 r. prowadzi zatem również do naruszenia art. 140 ust. 1 Pzp”.

W konkluzji stwierdził, że odpowiedź na pytanie nr 267 oraz na pytanie nr 278 czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i niewyczerpującym, a także umożliwia zmianę opisu przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne w świetle ustawy, a także uniemożliwia spełnienie wymogu tożsamości zakresu świadczenia wykonawcy ze zobowiązaniem wynikającym z treści oferty.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 973/13 po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca wykonawcy Netia S.A. z Warszawy oraz wykonawca T-Mobile Poland Sp. z o.o. z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie obu odwołań podnosząc w szczególności co następuje:

sygn. akt KIO 905/15

Odwolujący bezpodstawnie kwestionuje zmianę SIWZ, polegającą na rozszerzeniu przez Zamawiającego możliwości oferowania telefonów z grupy C1, (oprócz telefonów z systemem Android dopuszczono również aparaty działające w systemach iOS oraz Windows Phone). Stwierdził, że aby (...) zachować konkretny i jednoznaczny charakter opisu przedmiotu zamówienia, wraz ze sformułowaniem nowych zakresów Zamawiający zmodyfikował również komentarz do tabeli z pkt. 4.3 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 4 do SIWZ wskazując, że „Zamawiający wymaga przedstawienia przynajmniej jednego modelu telefonu komórkowego dla każdego zakresu Grupy C1 spełniającego powyższe wymagania. Zamawiający zdecyduje, które z przedstawionych modeli zamówi. Zamawiający może wybrać dowolny kolor telefonu z dostępnych na polskim rynku”. Wobec tak precyzyjnego postanowienia,

zarzut niejednoznaczności i zaniechania podania w SIWZ „wszystkich informacji koniecznych i niezbędnych do przygotowania oferty należy ocenić jako pozbawiony jakichkolwiek podstaw. Uzasadnienie tego zarzutu przez Odwołującego jest całkowicie chybione. Główny argument Orange sprowadza się do twierdzenia, że Zamawiający nie określił „przewidywanego zapotrzebowania na aparaty telefoniczne w podziale na typy aparatów w zależności od systemu operacyjnego”. To, że Zamawiający dobrowolnie określił liczbowe zapotrzebowania na telefony gr. A i B nie można skutkować powstaniem takiego obowiązku w stosunku do telefonów z grupy C1. Podkreślił, że to Zamawiający - jako gospodarz postępowania - ma wyłączną kompetencję do kształtowania postanowień SIWZ, a w tym zakresie ograniczają go wyłącznie normy prawne (a nie komfort i wygoda w kalkulacji ofert przez wykonawców, jak zdaje się postulować Odwołujący), co wielokrotnie potwierdzano zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Podał również, że brak informacji na temat przewidywanego zapotrzebowania w odniesieniu do telefonów z grupy C1 nie jest wynikiem niestaranności, jak sugeruje Odwołujący, lecz wynika z obiektywnej niemożliwości udzielenia takiej wskazówki. Zamawiający prowadzi bowiem równoległe drugie postępowania zmierzające do opracowania aplikacji mobilnej typu „elektroniczny listonosz”, która używana będzie właśnie z wykorzystaniem nabywanych obecnie urządzeń z grupy C1. Jego zdaniem, (...) Faktem notoryjnym jest to, że architektura takiej aplikacji (jak „elektroniczny listonosz”) zdeteterminowana jest zawsze systemem operacyjnym (aparatu), na którym ma być używana,

9

a różne systemy (w tym przypadku Android, iOS oraz Windows Phone) nie są ze sobą kompatybilne. W tym kontekście oczywistym jest, że skoro naczelnym celem Zamawiającego jest efektywne funkcjonowanie aplikacji na wszystkich przeznaczonych dla nich urządzeniach, to wszystkie telefony z grupy C1 muszą funkcjonować na podstawie tego samego systemu operacyjnego. Jednocześnie jednak, nie rozstrzygnięto dotychczas w oparciu, o jaki program operacyjny funkcjonowała będzie zamawiana aplikacja mobilna. Zamawiający jest przy tym świadomy, że nie może uzależnić się od jednego wykonawcy, uniemożliwiając sobie późniejsze nabywanie sprzętu lub oprogramowania w warunkach szerokiej konkurencji. W tym kontekście przywoływane przez Odwołującego spostrzeżenia dotyczące innych postanowień SIWZ (dot. aparatów telefonicznych z grupy A i B) są całkowicie nierelevantne, a gołosłowne spostrzeżenie Odwołującego, iż „podanie tych informacji przez Zamawiającego jest możliwe”, potwierdza jedynie powierzchowność jego argumentacji oraz brak znajomości rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Wobec przedstawionych wyjaśnień oczywistym jest bowiem, że Zamawiający postąpił prawidłowo wymagając od Wykonawców zaoferowania po jednym telefonie dla każdego z trzech wymienionych systemów operacyjnych. W ten sposób Zamawiający nie tylko zachował jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, ale także zapewnił konkurencyjność zarówno prowadzonego Postępowania, jak i postępowań planowanych w przyszłości. Stwierdził również, że chybione są twierdzenia Orange, iż w efekcie analizowanej zmiany SIWZ Zamawiający „uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie oferty. Zwrócił uwagę, że (...) Wykonawca, który ubiegając się o tak duże zamówienie, obejmujące m.in. dostawę co najmniej 10.000 telefonów komórkowych, dokonuje kalkulacji ich ceny w oparciu o adresowany do klientów indywidualnych katalog sklepu internetowego (RTV EURO AGD) powinien być uznany za nieprofesjonalnego, a jego wywody potraktowane jako niepoważne, idąc jednak tokiem rozumowania Odwołującego, to jeśli Orange postanowił przygotować ofertę na podstawie cen urządzeń określonych w detalicznych sklepach internetowych wydaje się, iż zasadniejszym byłoby skorzystanie z popularnych porównywarek cenowych. Zawarte tam proste zestawienia cen telefonów przywołanych przez Odwołującego wskazują zaś, że różnica pomiędzy cenami aparatów Iphone 4s 8GB oraz Samsung Galaxy XCover 3 jest znacznie mniejsza niż wskazuje Odwołujący -nie wynosi bowiem 300 zł, lecz około 80 zł”. Reasumując stwierdził, że podnoszone w odwołaniu argumenty i dowody wskazują jednoznacznie, że argumentacja Orange jest nie nierzetelnie skonstruowana i tendencyjna. Wskazał także na pytanie skierowane przez wykonawcę w dniu 7 maja br. po wniesieniu odwołania o treści identycznej z wnioskiem o doprecyzowanie zapotrzebowania na aparaty z grupy C1, co ma dowodzić, że Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp, a zagadnienie, które jest jego przedmiotem odwołania może zostać wyjaśnione w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców.

10

sygn. KIO 973/15

Odwołujący bezzasadnie kwestionuje jednoznaczność postanowień specyfikacji, przytaczając nierelevantne orzeczenia, które nie mogą mieć zastosowania w tej sprawie. Rzekoma „niejednoznaczność” miałaby polegać na tym, że w konsekwencji stwierdzenia Zamawiającego iż „nie wyklucza aby dla części lokalizacji linie kablowe zastąpić telefonami stacjonarnymi GSM” Orange nie wie, dla jakiej części lokalizacji może skalkulować cenę oferty w oparciu o ten rodzaj telefonów, który to zarzut ten jest bezpodstawny. Zdaniem Zamawiającego, nie może budzić wątpliwości, że podstawowym celem tego postępowania jest uzyskanie sprawnie funkcjonującego przedmiotu zamówienia, który odpowiada jego uzasadnionym potrzebom oraz, że Zamawiający jest uprawniony do sformułowania postanowień SIWZ w sposób, który umożliwi mu osiągnięcie tego celu. Zwrócił uwagę na szczególnie skomplikowany charakter tego postępowania o bardzo dużych rozmiarach. Podkreślił, że (...) przedmiot zamówienia obejmuje ponad 12 000 linii, to może zaistnieć sytuacja, że ze względu na szczególnie trudne uwarunkowania techniczne nie we wszystkich objętych zamawianą usługą lokalizacjach będzie możliwe wykorzystanie linii kablowych, Z pola widzenia nie należy tracić również późniejszych etapów realizacji umowy, w tym w szczególności kwestii tymczasowości linii telefonicznych, które docelowo mają być zastąpione łączem SIP Trunk oraz wymaganego czasu na przeniesienie numeracji. Okoliczności te mogą przesądzić o całkowitej niemożliwości realizacji usługi w oparciu o linie kablowe w niektórych lokalizacjach. I choć liczba takich lokalizacji będzie marginalna w skali całego zamówienia, to jednak całkowitym nieporozumieniem jest oczekiwanie, by Zamawiający precyzyjnie ją określił, gdyż jest to obiektywnie niemożliwe. Zarazem nie powinno w tych okolicznościach budzić wątpliwości, iż Zamawiający konstruując SIWZ może - a wręcz powinien - zabezpieczyć sprawność zamawianej usługi na wypadek ewentualnych trudności technicznych”. Podkreślił, że udzielając odpowiedzi na pytania nr 267 oraz 278 jednoznacznie poinformował wszystkich zainteresowanych udziałem w postępowaniu, że możliwość zastąpienia linii kablowych ma charakter wyjątkowy, a skorzystanie z niej zawsze będzie wymagało uzgodnień z Zamawiającym. Wymagania przyjęte przez Zamawiającego są nie tylko uzasadnione jego potrzebami biznesowymi, ale również w pełni zgodne z prawem. Rzekoma trudność wykonawcy w skalkulowaniu jego własnych ryzyk biznesowych (o zresztą dość mało istotnym charakterze z punktu widzenia całego przedmiotu zamówienia) w żadnym wypadku nie może stanowić o naruszeniu przez zamawiającego przepisów Pzp. Zwrócił również uwagę, że (...) Orange postawił Zamawiającemu identyczny, chybiony zarzut w postępowaniu na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN dla Poczty Polskiej S.A. Już wtedy Izba nie miała wątpliwości co do słuszności postępowania Zamawiającego, jak i jednoznaczności SIWZ prawidłowo oceniając, że „intencją Zamawiającego jest, aby wykorzystanie technologii radiowej było dopuszczalne w sytuacjach

11

wyjątkowych, w szczególności, gdy zainstalowanie łącza kablowego dla określonej Lokalizacji nie jest możliwe lub jest znacząco utrudnione albo zbyt kosztowne z uwagi na uwarunkowania techniczne tej lokalizacji”. W kończącym postępowanie odwoławcze orzeczeniu z dnia 20 października 2014 r. Izba potwierdziła również, że „aktualny stan infrastruktury kablowej oraz istnienie określonych przewag konkurencyjnych między wykonawcami funkcjonującymi na rynku nie ma jakiegokolwiek wpływu na ocenę zgodności opisu przedmiotu zamówienia z wymogami art. 29 ust. 2 Pzp, a istniejący stan faktyczny, na który Zamawiający nie ma jakiegokolwiek wpływu nie może być podstawą do oceny zgodności jego działań z przepisami ustawy”. Zdaniem Zamawiającego (...) Odwołujący całkowicie bezzasadnie zarzucił Zamawiającemu również wprowadzenie niejednoznaczności SIWZ poprzez użycie w treści odpowiedzi na pytanie 278 zwrotu „dedykowane łącze transmisji”. Na wstępie należy zaznaczyć, iż kwestia ta w ogóle nie powinna być przedmiotem rozważań w ramach niniejszego postępowania, albowiem we wstępie odwołania Orange jednoznacznie wskazał, że dotyczy ono wyłącznie czynności odpowiedzi na pytanie z dnia 30 kwietnia 2015 r., podczas gdy odpowiedź na pytanie 278 została udzielona w dniu 8 maja 2015 r. (w tym zakresie zarzut wykracza więc poza zakres skarżonej czynności). Co więcej jednak, w analizowanym przypadku nie może być mowy o jakiegokolwiek niejasności zwrotu użytego przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z powszechną praktyką rynkową i branżowym nazewnictwem, w celu zestawienia łączy cyfrowych - obok łączy kablowych ~ stosuje się tzw. „dedykowane łącza radiowe”, pracujące najczęściej w pasmach licencjonowanych, które stanowią warstwę fizyczną i pozwalają na

stworzenie wielu łączy transmisji danych. Zatem dedykowane łączy transmisji danych oznacza tyle, że musi być ono odseparowane od innych transmisji realizowanych przez te same radiolinie. Przede wszystkim należy podkreślić, że zwrot „dedykowane łączy transmisji” jest terminem powszechnie używanym na rynku usług telekomunikacyjnych, o czym - jako profesjonalista - powinien wiedzieć również Odwołujący”.

W konkluzji Zamawiający stwierdził, że nie sposób (...) merytorycznie odnieść się do twierdzeń Odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 38 ust. 4 ani art. 140 ust. 1 Pzp, które są całkowicie gołosłowne, niezrozumiałe i nieuzasadnione”. Jego zdaniem w ramach tych zarzutów Odwołujący opiera się na błędnej interpretacji przepisów Pzp, a wniosek Orange, w szczególności jakoby Zamawiający miał zamiar dokonywać zmiany SiWZ na etapie realizacji umowy jest całkowicie niezrozumiały.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

12

Rozpoznając odwołania i wydając rozstrzygnięcie w tej sprawie Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba orzeka, tylko co do zarzutów, które zostały podniesione w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony w odwołaniach zasadniczy zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp, który oparto na twierdzeniu braku możliwości sporządzenia oferty z uwagi na modyfikację wprowadzoną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 21 kwietnia 2015 r. w części 1 w zakresie załącznika nr 4 pkt 4.3 OPZ dla części 1 [Grupa C1] oraz z uwagi na udzielone do części 2 odpowiedzi w dniu 30 kwietnia 2015 r. na pytanie 267 oraz w dniu 8 maja 2015 r. na pytanie nr 278.

Kwestionowana w odwołaniu o sygn. akt: KIO 905/15 modyfikacja z dnia 21 kwietnia 2015 r. oraz wskazywany brak określenia liczby telefonów dla każdego zakresu z grupy C1 nie powoduje, zdaniem Izby, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny. Zdaniem Izby, z opisów pod Tabelami załącznika nr 4 pkt 4.3 OPZ dla części 1 wywieźć można, że wybór modelu w Grupie C1 związany jest także z wyborem zakresu i, że ten wybór będzie dotyczył całości zamówienia w tej grupie. Izba zwraca także uwagę, że w poz.6 Formularza rzeczowo-cenowego wskazano, że dla telefonu komórkowego z grupy C1 – cena ma być ustalona w przedziale kosztowym 15-20 zł netto oraz, że zaoferowana cena musi być taka sama dla wskazanej grupy. Zatem wymagane jest podanie średniej ceny jednostkowej dla telefonów z grupy C1 we wskazanym przedziale kosztowym. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że w Tabelach zamieszczonych w załączniku wyznaczono granice dla cen jednostkowych aparatów - dla grupy C1 - na kwotę 600-1500 zł brutto, jednakże nie było to okoliczność podnoszona w odwołaniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawcy - w kwestionowanym zakresie - posiadają dostateczne informacje do należytego oszacowania ceny oferty. Izba podkreśla, że to nie cena za zakres aparatu w Grupie C1 zdecyduje o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że brak informacji, co do przewidywanego zapotrzebowania telefonów z grupy C1 wynika z obiektywnej niemożności udzielenia takiej wskazówki z uwagi na brak aktualnie rozstrzygnięcia w oparciu, o jaki program operacyjny funkcjonowała będzie zamawiana aplikacja mobilna. Takiego rozstrzygnięcia ma dostarczyć prowadzone równoległe postępowanie zmierzające do opracowania aplikacji mobilnej typu „elektroniczny listonosz”, która używana będzie właśnie z wykorzystaniem urządzeń z grupy C1, które – w celu efektywnego funkcjonowania aplikacji na wszystkich przeznaczonych dla

13

nich urządzeniach - w całości muszą funkcjonować na podstawie tego samego systemu operacyjnego.

Także, zdaniem Izby, wskazane w odwołaniu o sygn. akt: KIO 973/15 odpowiedzi do

pytania nr 267 i nr 278 nie prowadzą do zmiany postanowień specyfikacji, i tym samym nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Tak jak podkreślał Zamawiający przedmiot zamówienia obejmuje ponad 12 000 linii i potencjalnie może zaistnieć sytuacja, że chociażby ze względu na szczególnie trudne uwarunkowania techniczne nie we wszystkich objętych zamawianą usługą lokalizacjach będzie możliwe wykorzystanie linii kablowych. Może to dotyczyć także – wskazywanych przez Zamawiającego - tymczasowych linii telefonicznych, które docelowo mają być zastąpione łączem SIP Trunk oraz wymaganego czasu na przeniesienie numeracji. Okoliczności te mogą przesądzić o niemożliwości realizacji usługi w oparciu o linie kablowe w niektórych lokalizacjach. Także zdaniem Izby, wskazanie takich lokalizacji na etapie sporządzania oferty nie jest obiektywnie możliwe i co istotniejsze takie wnioski będą wynikały z oceny wykonawcy realizującego zamówienie. Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, że w specyfikacji, w tym projekcie umowy ma on pełne prawo zabezpieczyć sprawność realizacji zamawianej usługi na wypadek ewentualnych trudności technicznych. Takie uprawnienie wynika chociażby z art. 144 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym nawet istotne postanowienia umowy mogą zostać zmienione po zawarciu umowy [o ile zostały przewidziane w Ogłoszeniu lub specyfikacji]. Izba zwraca uwagę, że udzielając odpowiedzi na pytania nr 267 oraz 278 jednoznacznie poinformował wszystkich zainteresowanych udziałem w postępowaniu, że możliwość zastąpienia linii kablowych ma charakter wyjątkowy, a skorzystanie z niej zawsze będzie wymagało wniosku wykonawcy i uzgodnień z Zamawiającym. Izba podzieliła także pogląd zamawiającego, że zwrot „dedykowane łącze transmisji” jest terminem powszechnie używanym na rynku usług telekomunikacyjnych i oznacza tyle, że musi być ono odseparowane od innych transmisji realizowanych przez te same radiolinie.

Wobec powyższych ustaleń, należy zgodzić się z Zamawiającym, że wskazane w odwołaniu naruszenie art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust.1 w zw. art. 140 ust. 1 Pzp jest niezrozumiałe i może być to skutkiem błędnej interpretacji przepisów Pzp. Przede wszystkim wskazane odpowiedzi nie potwierdzają, że Zamawiający ma zamiar dokonywać zmiany specyfikacji po upływie terminu do składania ofert, a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

14

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
15