

WYROK

Warszawa, dnia 5 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Bartosz Stankiewicz

Monika Szymanowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę Orange Polska Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jednostki Administracji Publicznej w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie przy ul. Powsińskiej 69/71, 02-903 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego wykonawcy Polkomtel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Konstruktorskiej 4, 02-673 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Orange Polska Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy Orange Polska Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Jednostek Administracji Publicznej w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 900/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Jednostki Administracji Publicznej, w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM; numer postępowania: WIP.261.18.2024.WW, dalej: „postępowanie”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2024 r. pod numerem: S 48/2024 – 141325.

W postępowaniu wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 18 marca 2024 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na jednoczesne:
 - wprowadzenie limitu maksymalnego ceny za urządzenie typu aparat telefoniczny grupa III jaką może zaoferować wykonawca w wysokości 300,00 zł netto, oraz - wymaganie, aby cena abonamentu „G1” była taka sama dla

każdej z czterech grup urządzeń (z rozróżnieniem maksymalnej ceny za urządzenie dla danej grupy),

- brak wskazania jaką ilość urządzeń z poszczególnych grup Zamawiający zakupi w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, które to wymagania skutkują koniecznością subsydiowania urządzeń w grupie III przez pozostałe grupy, z powodu faktycznych kosztów zakupu aparatów telefonicznych, jakie może zaoferować wykonawca aby spełnić wymagania określone w dokumentach zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia złożenie oferty w Postępowaniu,

- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp;

2.opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na brak podania statystyk ilości urządzeń zakupionych w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy na usługi telefonii komórkowej wraz z datami zakupu urządzeń, co utrudnia prawidłowe i dokładne skalkulowanie kosztów, a w konsekwencji ceny oferty, dla wszystkich wykonawców poza wykonawcą obecnie świadczącym usługi i stawia wykonawcę obecnie świadczącego usługi w sposób nieuzasadniony w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców, z uwagi na to, że wykonawca ten posiada dostęp do tych danych, co pozwala mu na dokładniejszą kalkulację ceny oferty i umożliwia uzyskanie wyższej punktacji w kryterium ceny,

– co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia poprzez:

1.modyfikację ceny maksymalnej za urządzenie typu aparat telefoniczny w grupie III do poziomu nie mniej niż 2000,00 zł;

2.przedstawienie zestawienia ilości urządzeń zakupionych w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy na usługi telefonii komórkowej wraz z datami zakupu urządzeń.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę na skutek opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z ustawą Pzp, tj. niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję, co uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty, a w konsekwencji uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutu wskazanego w punkcie 1, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, iż w opracowanym przez Zamawiającego SWZ brak jest określenia liczby urządzeń w ramach poszczególnych grup, jakie Zamawiający zakupi w okresie realizacji umowy, zarówno dla zamówienia podstawowego, jak i prawa opcji. W ocenie Odwołującego brak ten oznacza, że Zamawiający może zamówić tylko urządzenia z grupy III. Ponadto Specyfikacja techniczna urządzeń, stanowiąca załącznik nr 2 do SWZ, daje podstawę do twierdzenia przez odwołującego, że urządzenia – aparaty telefoniczne – z grupy III i grupy IV, stanowią produkty typu „premium” i są to urządzenia o wysokiej cenie, wyposażone w najnowszą technologię. Cena tych urządzeń znacznie przekracza limit 300,00 zł wskazany w SWZ przez Zamawiającego, jako maksymalna cena takich urządzeń. Uwzględniając powyższe Odwołujący podnosił, że wskazanie przez Zamawiającego wysokości opłat maksymalnych za poszczególne urządzenia, przy wymogu stałej wysokości abonamentu grupy „G1”, powoduje konieczność subsydiowania urządzeń w grupie III przez pozostałe grupy.

Odwołujący dalej wskazał, iż biorąc pod uwagę wymaganie zaoferowania minimum 3 modeli telefonów od różnych producentów oraz zastrzeżenie realizacji prawa opcji na tych samych zasadach jak zamówienia podstawowego, tj. możliwość zakupu przez Zamawiającego szacowanej liczby urządzeń tylko z grupy III, zmusza wykonawcę do zawyżenia kosztów w celu złożenia oferty w sposób wymagany przez Zamawiającego w SWZ. Innymi słowy, wykonawca będzie musiał uwzględnić kwotę 3.730,00 zł brutto – o jaką faktyczny koszt zakupu aparatu telefonicznego w grupie III przekracza maksymalną cenę ustaloną przez Zamawiającego, w kosztach innych usług będących przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że „o ile w przypadku zamówienia podstawowego wykonawca ma możliwość oszacowania wysokości kosztów i ustalenia niezbędnego poziomu przychodu dla obliczenia ceny oferty gwarantującej wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ, o tyle w odniesieniu do prawa opcji wykonawca nie otrzymał od Zamawiającego niezbędnych danych określających jaką liczbę aparatów telefonicznych z danej grupy Zamawiający zamówi w okresie realizacji umowy.” W przekonaniu odwołującego, uwzględnienie ryzyka wskazanych przez odwołującego, wynikających z nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, wymusza na wykonawcy zawyżenie ceny oferty w celu zabezpieczenie pokrycia wszystkich kosztów związanych z należytym wykonaniem zamówienia.

Odwołujący dodał, że opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Podstawowymi zasadami, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia, są jednoznaczność oraz wyczerpujący charakter opisu przedmiotu

zamówienia, a także uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W przypadku zarzutu wskazanego w punkcie 2, Odwołujący podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję z uwagi na brak podania w SWZ statystyk ilości urządzeń zakupionych w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy wraz z datami zakupu urządzeń. Takie dane posiada wyłącznie wykonawca, który aktualnie świadczy usługę telefonii komórkowej na rzecz Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego brak podania takich informacji w SWZ uniemożliwia innym wykonawcom, oprócz wykonawcy obecnie realizującego zamówienie, oszacowanie realnej wielkości usługi oraz dostawy urządzeń, a co za tym idzie prawidłową wycenę kosztów przygotowania oferty. Zaniechanie to stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego dostawcę tych usług.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wskazał prognozowane ilości aparatów telefonicznych w ramach grup I – IV w Załączniku nr 1 do SWZ, jednak dane te ujęte są wyłącznie w orientacyjnych, maksymalnych ilościach bez określenia, jaki wolumen aparatów telefonicznych może zostać zakupiony w ramach poszczególnych grup urządzeń, i w jakim okresie realizacji zamówienia. Ponadto wykonawca przygotowując ofertę i kalkulując cenę nie ma wiedzy jaką liczbę urządzeń, czy w jakiej grupie, zakupi Zamawiający. Odwołujący podkreślił, *„iż prawo opcji może być realizowane od 1-go do 18-go miesiąca od dnia zawarcia umowy, a ponieważ dla zamówienia podstawowego i prawa opcji obowiązują te same ceny i zasady, zakup w ramach zamówienia opcjonalnego pod koniec tego 18- miesięcznego okresu oznacza, przychód wykonawcy z abonamentów w prawie opcji będzie mniejszy niż przychód z abonamentów w zamówieniu podstawowym, podczas gdy koszty urządzeń są takie same.”*

Odwołujący zaznaczał zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, iż wykonawca aktualnie świadczący dla Zamawiającego usługi telefonii komórkowej ma przewagę wobec innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Wykonawca ten dysponuje bowiem danymi dotyczącymi liczby i rodzaju aparatów telefonicznych zakupionych przez Zamawiającego w poszczególnych okresach, tym samym mogąc z dużo większą dokładnością oszacować rzeczywiste koszty, które są związane z wykonaniem zamówienia, a w szczególności koszty związane z prawem opcji.

Odwołujący stał na stanowisku, iż brak tych danych stawia obecnego wykonawcę zamówienia w uprzywilejowanej pozycji ze względu na znajomość kosztów i przychodów w tym zakresie. Jednocześnie ograniczenie to nie ma żadnego związku z obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Zaniechanie podania tych informacji skutkować będzie jedynie ograniczeniem uczciwej konkurencji i nieuzasadnionym faworyzowaniem wykonawcy obecnie świadczącego usługi. Wyszczególnione w uzasadnieniu zarzutu wymagania SWZ, dla wykonawców niemających wiedzy o wolumenie usług i zamówionych aparatach telefonicznych w ramach aktualnie obowiązującej umowy, mają ten skutek, że wykonawcy ci będą musieli uwzględnić takie ryzyka w kalkulacji ceny oferty. Zatem Zamawiający nie otrzyma konkurencyjnych, rynkowych ofert.

W złożonej do akt sprawy pismem z dnia 29 marca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1 Zamawiający wskazał, że zarzut jest w całości chybiony. Nie można bowiem zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Według Zamawiającego głównym przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii ruchomej, a nie dostawa telefonów komórkowych. Dostawa aparatów jest wymieniona w przedmiocie zamówienia, ale jest to jego element dodatkowy, a nie świadczenie główne. Zamawiający nie zamawia samych telefonów komórkowych, telefony stanowią dodatek do zamawianych usług abonamentowych. Zamawiający chce kupić również same usługi telefonii, bez telefonów.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż precyzyjnie określił zakres przedmiotu zamówienia poprzez podanie szczegółowych zapotrzebowań poszczególnych Jednostek Administracji Publicznej (dalej: „JAP”), wskazując wolumen usług i dostaw, które będą realizowane przez JAP. Zamawiający odwołał się do przykładu zapotrzebowania jednej z jednostek, który obrazuje ile i jakich produktów taka jednostka będzie potrzebowała. Powyższe wynika wprost z załącznika nr 1 do SWZ. Wykonawca, który chce złożyć ofertę w postępowaniu, ma zatem pełną wiedzę - zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i zamówień opcjonalnych.

Zamawiający nie zgodził z zarzutami Odwołującego, że nie opisał w sposób wystarczający zamówienia dotyczącego prawa opcji, w odniesieniu chociażby do telefonów komórkowych z grupy III. W załączniku nr 1 do SWZ szczegółowo określono zapotrzebowanie w zakresie każdej usługi, pakietu czy urządzenia objętego przedmiotem zamówienia, dla każdej JAP oddzielnie. Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego należy zwrócić uwagę, że w zapotrzebowaniu określonym w załączniku nr 1 do SWZ, oddzielnie wskazano zakres zamówienia podstawowego i

zakres zamówienia opcjonalnego. Podano konkretne usługi i urządzenia, które są przedmiotem zamówienia podstawowego i opcjonalnego, w tym również w zakresie ilości odnoszących się do poszczególnych grup telefonów komórkowych. Dlatego zupełnie niezrozumiały jest dla niego zarzut, w którym odwołujący zarzuca Zamawiającemu „*brak wskazania jaką ilość urządzeń z poszczególnych grup Zamawiający zakupi w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego*”.

Zamawiający dodał, że korzystanie z prawa opcji jest jego prawem, a nie jego obowiązkiem. Z tego względu dopuszczalna jest w opisie zakresu prawa opcji pewna doza elastyczności, czy to w zakresie terminu skorzystania z tego prawa, czy jego wielkości. Standardem jest określanie wolumenu zamówień opcjonalnych poprzez przyjęcie wartości procentowych zamówienia podstawowego.

Dalej Zamawiający podkreślił, że zarówno w odniesieniu do zamówień podstawowych jak i opcjonalnych, posłużył się wartościami liczbowymi. Zatem niezrozumiały jest zarzut wskazany w odwołaniu, iż: „*W SWZ brak jest określenia liczby urządzeń w ramach poszczególnych grup, jakie Zamawiający zakupi w okresie realizacji umowy, zarówno realizując zamówienie podstawowe, jak i prawo opcji*”. Według Zamawiającego, w załączniku nr 1 do SWZ, posłużono się wyłącznie liczbami. Trudno jest tu mówić o jakimkolwiek domyślnym, wyinterpretowaniu, czy czynieniu hipotetycznych założeń. Zamawiający w sposób uwzględniający wytyczne zawarte w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp opracował opis przedmiotu zamówienia, posługując się konkretnymi liczbami w odniesieniu do wszystkich JAP biorących udział w tym postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia ukształtowany w sposób jasny, zrozumiały i precyzyjny. Zamawiający dodał także, iż w poprzednio prowadzonym postępowaniu opisał zapotrzebowania JAP w identyczny sposób i wówczas nie budziło to żadnych wątpliwości oraz nie było przedmiotem odwołania ze strony Odwołującego.

Dalej Zamawiający odniósł się do kwestii „*subsydowania urządzeń w grupie III przez pozostałe grupy, z powodu faktycznych kosztów zakupu aparatów telefonicznych, jakie może zaoferować wykonawca aby spełnić wymagania określone w dokumentach zamówienia*”, które rzekomo miałyby uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty. Zamawiający wskazał, że przyjętą praktyką wśród wiodących operatorów telekomunikacyjnych, stosowaną w zasadzie od początku ich powszechnego funkcjonowania na rynku, jest iż cena aparatu telefonicznego jest subsydowana przez inne, czasem dodatkowe usługi, które są nabywane oprócz podstawowej usługi telekomunikacyjnej. Powyższe powoduje, że operatorzy konkurują ze sobą na rynku nie tylko cenami abonamentów, ale również cenami aparatów telefonicznych. Skoro zatem operatorzy stosują takie rozwiązania w odniesieniu do jednostkowych umów i nie przynosi im to straty (w przeciwnym razie trudno bowiem byłoby to uzasadnić celem gospodarczym przedsiębiorcy), to tym bardziej nie przyniesie straty dla wykonawcy tego zamówienia, zważywszy na jego skalę. W postępowaniu wykonawca oddzielnie wycenia abonament głosowy G1 i oddzielnie wycenia aparat w każdej grupie. Argumentacja Odwołującego miałaby sens, w sytuacji gdyby Zamawiający oczekiwał wyceny abonamentów łącznie z aparatem.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 2, Zamawiający podkreślił, iż żaden przepis ustawy Pzp nie oblige go do uwzględniania w opisie przedmiotu zamówienia danych historycznych dotyczących realizacji poprzednich zamówień. Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w oparciu o aktualne potrzeby, a nie przedstawiać analizę zakresu realizacji wcześniejszych zamówień. Podanie danych statystycznych z obecnie realizowanej umowy może także wprowadzić wykonawców w błąd, z uwagi na fakt, iż znaczny okres jej realizacji przypadał na czas pandemii COVID-19. Innymi jest też krąg JAP, które są objęte aktualnie realizowaną umową i obecnie prowadzonym postępowaniem. Zmieniła się również struktura zatrudnienia w JAP, powstały nowe, jednostki, a zlikwidowano inne, dlatego też odnoszenie się do danych historycznych nie ma najmniejszego uzasadnienia. Wyłącznie bowiem zapotrzebowania wskazane w załączniku nr 1 do SWZ obrazują w pełny sposób zakres zamówienia i potrzeby JAP. Zatem odwoływanie się do danych z poprzedniego postępowania mogłoby być dla wykonawców mylące. Ponadto, w opinii Zamawiającego, dane historyczne odnoszące się do poprzednio realizowanej umowy w żaden sposób nie są miarodajne i mające wpływ na przygotowanie oferty i wycenę przedmiotu zamówienia, czy to w odniesieniu do zamówień podstawowych czy opcjonalnych.

Zamawiający również odniósł się do sposobu realizacji zamówienia opcjonalnego. W ocenie Zamawiającego, brak podania statystyk ilości urządzeń zakupionych w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy, nie może stanowić przeszkody dla przygotowania oferty i skalkulowania kosztów przez profesjonalny podmiot działający w sektorze usług telekomunikacyjnych. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób szczegółowy, a zakres zamówienia w postaci konkretnych danych ilościowych usług, pakietów i urządzeń, co w opinii Zamawiającego daje pełną podstawę do przygotowania oferty. Zamawiający zwrócił również uwagę, że dysponentami tych danych są JAP, które mają jedynie obowiązek przekazania aktualnych zapotrzebowań w celu przeprowadzenia bieżącego zamówienia centralnego. Zatem niezrozumiałe są w tym kontekście rozważania Odwołującego odnoszące się do ograniczania uczciwej konkurencji czy sztucznego faworyzowania innych wykonawców.

Konstruując opis przedmiotu zamówienia w bieżącym postępowaniu, Zamawiający nie bierze pod uwagę danych

historycznych, ale aktualne zapotrzebowanie. Wnioski zawarte w odwołaniu, które zamierzają do zmodyfikowania opisu przedmiotu zamówienia, są nie tylko wnioskami które nie zasługują na uwzględnienie, ale również stoją w sprzeczności z podstawowymi zasadami postępowania. Zamawiający dodał, „ *iż ma prawo sprecyzować opis przedmiotu zamówienia w oparciu o swoje uzasadnione potrzeby i z uwzględnieniem posiadanych środków finansowych w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym*”. Zamawiający na poparcie swoich twierdzeń przywołał także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 października 2015 roku, sygn. akt VIII SA/Wa 311/15) i wskazane w odpowiedzi na odwołanie wyroki KIO.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienie zgłosił wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który pismem z dnia 22 marca 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Zatem wykonawca ten skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowego przystępującego Polkomtel Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie oraz dowód z dokumentu złożonego przez Odwołującego na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie, o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest na świadczenie usługi telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM.

Zamawiający w rozdziale Rozdział VI. SWZ zawarł „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I TERMIN WYKONANIA”. W ppkt 1 i 2 tegoż OPZ wskazał iż:

1. *Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM dla Jednostek Administracji Publicznej wskazanych w załączniku nr 1 do SWZ, który stanowi odrębny plik w formacie Excel.*
2. *Na usługi wymienione w ust. 1 składać się będą m.in.:*
 - 1) *świadczenie usługi mobilnej łączności głosowej, tekstowej SMS i MMS,*
 - 2) *świadczenie usługi mobilnego dostępu do Internetu w technologii LTE i 5G z obustronną transmisją danych,*
 - 3) *dostawa nieaktywnych kart SIM skonfigurowanych do pracy w sieci Wykonawcy,*
 - 4) *dostawa fabrycznie nowych, wolnych od wad fizycznych i prawnych urządzeń, tj. telefonów komórkowych i modemów,*
 - 5) *świadczenie usługi serwisu dla urządzeń dostarczonych w ramach tego zamówienia.*

Ponadto w ppkt 5 i 6 OPZ Zamawiający wskazał, iż:

5. *Zamawiający informuje, że w ramach przedmiotowego zamówienia wyspecyfikował cztery grupy telefonów komórkowych oraz jedną grupę modemów do transmisji danych, których wymagania techniczne określone zostały w załączniku nr 2 do SWZ, stanowiącym Specyfikację techniczną urządzeń.*
6. *Zamawiający wymaga, by Wykonawca zaoferował dla każdej grupy telefonów komórkowych co najmniej trzy modele telefonów trzech różnych producentów, zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 2 do SWZ. Zamawiający wymaga, by dla grupy modemów do transmisji danych Wykonawca zaoferował minimum jeden model modemu do transmisji danych, zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 2 do SWZ. Zamawiający w załączniku nr 4 do SWZ stanowiącym Formularz oferty określił maksymalne ceny dla wymaganych modeli urządzeń.*

W ppkt 21 OPZ Zamawiający opisał, iż:

(...) przewiduje prawo opcji na niżej wskazanych zasadach:

- 1) Zakres zamówienia opcjonalnego obejmuje aktywacje i usługi (w tym pakiety dodatkowe oraz usługi stałego adresu IP) oraz urządzenia dodatkowe, zgodnie z szacunkowymi ilościami określonymi w załączniku nr 1 do SWZ.
- 2) Usługi i dostawy urządzeń w zakresie zamówienia opcjonalnego będą wykonywane sukcesywnie przez cały czas trwania Umowy Głównej, wg potrzeb i zamówień Jednostek.
- 3) Zakres opcjonalny (dodatkowy) związany z zakupem dodatkowych usług lub/i urządzeń, o których mowa w załączniku nr 1 do SWZ, zależny będzie od możliwości sfinansowania zakupu i potrzeb danej Jednostki oraz zaistnienia określonych w umowie okoliczności.
- 4) Sposób realizacji zamówień opcjonalnych określono w Projektowanych postanowieniach umowy (załącznik nr 3 do SWZ).
- 5) Wykorzystanie prawa opcji nie jest obowiązkowe dla Jednostek. W przypadku nieskorzystania przez Jednostki z prawa opcji Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu.
- 6) Ceny jednostkowe określone w ofercie będą obowiązywać przez cały okres realizacji zamówienia, także dla zamówień opcjonalnych.
- 7) Prawo opcji będzie realizowane poprzez zamówienia, kierowane przez Jednostkę do Wykonawcy, drogą elektroniczną, tj.: e-mailem lub poprzez Portal Obsługi. Zamówienia będą określały m.in. ilość usług i/lub urządzenia, termin i miejsce ewentualnej dostawy oraz numer Umowy Głównej, na podstawie której realizowane jest prawo opcji.

Zamawiający opracował Załącznik nr 1 do SWZ – Wykaz Jednostek Administracji Publicznej wraz z ich zapotrzebowaniem, stanowiący odrębny plik w formacie Excel. Załącznik ten zawiera szczegółowe zestawienie określające wykaz jednostek w liczbie 132, w imieniu i na rzecz których Zamawiający przeprowadza postępowanie. Ponadto wykaz zawiera 24 pozycje szczegółowo określające zapotrzebowanie w usługi i 10 pozycji określających zapotrzebowanie zamawiającego w urządzenia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1, w którym odwołujący zarzucał naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skład orzekający stwierdził, że zarzut nie posiada uzasadnionych podstaw i jako taki został przez Izbę oddalony.

Ponadto Izba w zasadniczej mierze podzieliła i przyjęła jako własne stanowisko wyrażone przez Zamawiającego.

W ramach uwag ogólnych należy zaznaczyć, że opis przedmiotu zamówienia stanowi jeden z najistotniejszych elementów SWZ. To z niego potencjalni wykonawcy czerpią wiedzę niezbędną do sporządzenia oferty. Dlatego też ustawodawca nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na właśnie na sporządzenie oferty. Oznacza to, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie – wykorzystania do jego opisanie wystarczająco precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych dla wykonawców z danej branży określeń. Wykonawcy składający ofertę muszą być świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej spraw odwoławczej, zdaniem Izby Załącznik nr 1 do SWZ, tj. Wykaz Jednostek Administracji Publicznej wraz z ich zapotrzebowaniem, czyni zadość wymaganiom nakreślonym w ustawie Pzp. Zamawiający przedstawił przedmiotowy załącznik w formie tabelki, gdzie szczegółowo zostały ujęte wszystkie niezbędne dane. Określono wykaz jednostek, zapotrzebowanie na usługi i na urządzenia. Każda pozycja została szczegółowo opisana. Dodatkowo każde zapotrzebowanie na usługi i urządzenia zostało opatrzone informacją dotyczącą jaki jest zakres zamówienia podstawowego i jaki jest zakresu zamówienia opcjonalnego. Przy każdej pozycji Zamawiający wskazał konkretną liczbę, dla każdego możliwego wariantu. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego, że ilości te są precyzyjne, wskazane co do sztuki, pozwalające na prawidłowe oszacowanie zakresu zamówienia i złożenie oferty.

Tym bardziej niezrozumiałym jest podnoszenie przez Odwołującego, że w SWZ *brak jest określenia liczby urządzeń w ramach poszczególnych grup, jakie Zamawiający zakupi w okresie realizacji umowy, zarówno realizując zamówienie podstawowe, jak i prawo opcji. Brak ten oznacza, że Zamawiający może zamówić tylko urządzenia z grupy III.* Stanowisko Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, Odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu, na podstawie którego tak wywodził. Ciężar dowodu odnośnie tego zarzutu spoczywał na Odwołującym, jako na stronie wywodzącej skutki prawne z powoływanych faktów. W ocenie składu orzekającego

Odwołujący temu ciężarowi nie sprostął, a jego argumentacja sprowadzała się do gołosłownych twierdzeń, które nie znalazły potwierdzenia w treści dokumentacji postępowania.

Zarówno dowód nr 1 załączony do odwołania – tabela stanowiąca porównanie cen modeli aparatów telefonicznych, jak i dowód złożony na posiedzeniu stanowiący cennik detaliczny urządzeń dla klientów B2B Przystępującego, mający udowodnić konieczność subsydiowania przez wykonawców różnicy faktycznego kosztu zakupu tych urządzeń w stosunku do ceny w jakiej wykonawca sprzeda te urządzenia Zamawiającemu – zdaniem Izby nie udowodniły wywodzonych faktów. Po pierwsze, dowody dotyczące sprzedaży detalicznej nie są wiarygodnym źródłem wykazującym wysokość ceny dla JAP. Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że ceny operatorów są zależne od wielu czynników, w tym zależą od wielkości i zakresu zawieranej umowy, zatem przedstawienie cen dla zamówień detalicznych jako cen adekwatnych i wiarygodnych dla tego zamówienia jest chybione. Po drugie, nie udowodniono podnoszonej konieczności subsydiowania umowy. Złożone dowody są nieprzydatne dla wykazania tej okoliczności. To wykonawcy konstruują swoje oferty, przy uwzględnieniu charakteru i zakresu danego zamówienia. Wykonawcy powinni przyjąć adekwatny sposób obliczenia ceny, odnoszący się do rodzaju, skali i warunków zamówienia. Zamawiający w SWZ właściwie wskazał ile, jakich urządzeń i z jakiej grupy cenowej będzie potrzebował w okresie realizacji umowy. Odwołujący zaś nie wykazał, że obecnie ustalona maksymalna cena urządzeń powoduje konieczność subsydiacji umowy, która nie dotyczy wyłącznie dostawy aparatów telefonicznych, a głównym jej przedmiotem jest abonament.

Konkludując, Odwołujący nie udźwignął nałożonego na niego ciężaru dowodu wykazania, że żądanie nakazania Zamawiającemu zmiany SWZ, poprzez modyfikację ceny za aparat telefoniczny w grupie III do poziomu nie mniej niż 2 000,00 zł, jest zasadne. Wręcz przeciwnie, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie zmierzało jedynie do zmiany, która mogłaby być korzystniejsza dla Odwołującego, a nie zaś do zmiany postanowień, które uniemożliwiają złożenie oferty, bądź są rzeczywiście niezgodne z przepisami ustawy, w szczególności nie udowodniono naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że „o ile w przypadku zamówienia podstawowego wykonawca ma możliwość oszacowania wysokości kosztów i ustalenia niezbędnego poziomu przychodu dla obliczenia ceny oferty gwarantującej wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ, o tyle w odniesieniu do prawa opcji wykonawca nie otrzymał od Zamawiającego niezbędnych danych określających jaką liczbę aparatów telefonicznych z danej grupy Zamawiający zamówi w okresie realizacji umowy,” należy w pierwszej kolejności wskazać na treść art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może skorzystać z prawa opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Prawo opcji można zdefiniować jako jednostronne uprawnienie Zamawiającego do kształtowania zakresu zamówienia, polegające na możliwości rozszerzenia zamówienia podstawowego (nazywanego również głównym) o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania może wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający z takiego uprawnienia skorzystał i zdaniem Izby, w zakresie prawa opcji, również zarzut odwołującego się nie potwierdził. Zamawiający sprostował i wypełnił materialnoprawne przesłanki wynikające z wyżej przywołanego przepisu, zatem nie było podstaw do uwzględnienia odwołania także w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 2 - zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na brak podania statystyk ilości urządzeń zakupionych w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy na usługi telefonii komórkowej wraz z datami zakupu urządzeń, co utrudnia prawidłowe i dokładne skalkulowanie kosztów, a w konsekwencji ceny oferty - w tym zakresie Izba również w podzieliła trafne stanowisko Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego nie sposób doszukać się w dyspozycji art. 99 ustawy Pzp konieczności uwzględniania przy konstruowaniu OPZ podawania statystyk, sposobu czy zakresu realizacji poprzedniego zamówienia. Słusznie wywodził w tym zakresie Zamawiający, iż OPZ opracowuje się dla obecnych potrzeb podmiotu realizującego zamówienie.

Stanowisko Odwołującego wskazujące, że dane historyczne, z okresu realizacji obecnie trwającej umowy, pozwoliłyby mu złożyć bardziej realną i tym samym korzystną cenowo ofertę nie zostało właściwie udowodnione. Odwołujący poprzestał na żądaniu danych historycznych, bez właściwego wskazania i wykazania, że takie dane są mu niezbędne do sporządzenia i złożenia oferty. Odwołujący nie wykazał żadnych ryzyk, których nie byłby w stanie uwzględnić w kalkulacji oferty, w związku z tą rzekomo brakującą informacją. Twierdzenia te są gołosłowne. Odwołujący

w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby przekonać Izbę o zasadności postawionego zarzutu.

Skład orzekający podziela pogląd, iż istnieje szereg czynników i zmiennych, które mogą wpłynąć, na to, że takie dane będą niemiernodajne, czy wręcz mogą stworzyć mylny obraz aktualnych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający podał swoje zapotrzebowanie - zakres i ilość podana jest w załączniku nr 1 do SWZ i to są informacje stanowiące podstawę do właściwego przygotowania oferty cenowej. Argument Odwołującego, iż zaniechanie podania tych informacji skutkować będzie jedynie ograniczeniem uczciwej konkurencji i nieuzasadnionym faworyzowaniem wykonawcy obecnie świadczącego usługi jest całkowicie chybiony. Nie sposób z niego wywieść, iż Wykonawca obecnie realizujący umowę stoi na uprzywilejowanej pozycji, a niepodanie przez Zamawiającego danych z realizacji obecnie trwającej umowy prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców. Takich okoliczności obciążony ciężarem dowodu Odwołujący nie wykazał.

Ponadto Zamawiający podkreślał, iż nie dysponuje takimi danymi. Informacje te są w posiadaniu poszczególnych jednostek administracji publicznej na rzecz, których Zamawiający realizuje zamówienie. O ile fakt ten nie ma rozstrzygającego znaczenia, jest wręcz irrelevantny wobec powyższych rozważań, to nawet gdyby Zamawiający posiadał takie dane, to trudno w ustalonym stanie rzeczy w sposób uzasadniony stwierdzić, że w ramach obecnie zamawianego świadczenia należy podać dane historyczne, dotyczące realizacji wcześniejszej umowy, której warunki i zakres nie są tożsame do postępowania objętego sporem. Takie działanie bowiem nie narusza ustawy Pzp, zaś Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....
.....