Sygn. akt: KIO 1717/23

WYROK

z dnia 30 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Adriana Urbanik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą**
w Warszawie

przy udziale wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1717/23 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu cofniętego przez odwołującego: pkt III ppkt 1 lit. b odwołania;**
2. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego: pkt III ppkt 1 lit. c i d oraz ppkt 2 lit. c odwołania;**
3. **uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: zmianę projektowanego postanowienia umowy § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy w ten sposób, że ryzyko związane z koniecznością dodatkowych instalacji nie może być przeniesione na wykonawcę, a strony umowy uzgodnią odrębnie warunki realizacji każdej instalacji; usunięcie projektowanego postanowienia umowy § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy; uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje (dane historyczne) dotyczące tego, jakie modele telefonów i w jakich ilościach zostały przez zamawiającego zakupione na podstawie dotychczas obowiązującej umowy (część V OPZ); zmianę § 7 ust. 7 wzoru umowy w taki sposób, że wykonawca nie ma obowiązku monitoringu wykorzystania maksymalnego łącznego wynagrodzenia wykonawcy; usunięcie z projektowanego postanowienia umowy § 7 ust. 14 wzoru umowy obowiązku przejęcia pełnej odpowiedzialności za działania podwykonawców także w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami z tytułu podatku od towarów i usług;**
4. **kosztami postępowania obciąża Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** i:

   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

   4.2. zasądza od zamawiającego **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Warszawie** na rzecz odwołującego **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą kwotę uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i uzasadnione koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 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: ……

Sygn. akt: KIO 1717/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w konkursie pn. „Dostawa telefonów komórkowych, modemów, kart SIM i świadczenie usług telefonii komórkowej
na potrzeby IMGW-PIB", nr referencyjny: WZP-262-22/2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.06.2023 r. pod nr 2023/S 106-332302 przez: Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61; 01-673 Warszawą, zwany dalej: „Zamawiającym". Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy
z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp".

Dnia 15.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyła T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa, zwana dalej także „Odwołującym", wobec warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na dostawę telefonów komórkowych, modemów, kart SIM i świadczenie usług telefonii komórkowej na potrzeby IMGW-PIB. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1- 3 ustawy Pzp oraz art. 353^1 w. zw. z art. 5
oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie postanowień wzoru umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję oraz zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający:
   a) przewidział, że w przypadku, gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, Wykonawca
      na własny koszt dokona niezbędnych instalacji w celu poprawienia poziomu sygnału, a wszelkie prace z tym związane zostaną wykonane w terminie 30 dni kalendarzowych od chwili pisemnego zgłoszenia problemów przez Zamawiającego (§ 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy) i jednocześnie Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za każdy dzień zwłoki w stosunku do tego terminu (§ 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy),
   b) w ramach prawa opcji wskazał, że numery telefoniczne nowych kart SIM będą stanowiły spójny zakres numeracyjny (§ 6 ust. 4 wzoru umowy oraz część VII pkt 5 OPZ),
   c) zarówno dla planu podstawowego jak i dla planu rozszerzonego Zamawiający wymaga, aby ryczałtowy miesięczny abonament obejmował video połączenia (część III lit. A OPZ),
   d) wymaga, żeby wykonawca dostarczył karty SIM najpóźniej na 10 dni roboczych
      (od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy) przed datą rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych na adresy wskazane przez Zamawiającego, który to termin jest terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę,
      że Zamawiający przekaże wykonawcy wykaz numerów telefonicznych (usługa głosowa) podlegających przeniesieniu do sieci Wykonawcy w terminie 14 dni przed uruchomieniem usługi (część VI lit. C OPZ oraz część III lit. C pkt 4 OPZ),
   e) nie podał w opisie przedmiotu zamówienia informacji (danych historycznych) dotyczących tego jakie modele telefonów i w jakich ilościach zostały przez niego zakupione na podstawie dotychczas obowiązującej umowy (część V OPZ);

2) art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający:
   a) przerzucił na wykonawcę obowiązek monitorowania wykorzystania maksymalnego wynagrodzenia i poinformowania Zamawiającego o wykorzystaniu odpowiednio 75% i 90% tej kwoty (§ 7 ust. 7 wzoru umowy);
   b) wymaga przejęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za działania podwykonawców w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami z tytułu podatku od towarów i usług (§ 7 ust. 14 wzoru umowy);
   c) nie przewidział postanowień umożliwiających zmianę umowy w zakresie zmiany zaoferowanego modelu telefonu z powodu okoliczności niezawinionych
      i niezależnych od wykonawcy, w szczególności w przypadku wycofania danego modelu telefonu ze sprzedaży przez producenta lub braku dostępności tego modelu na rynku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków

zamówienia, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą
w uzasadnieniu, to jest:

1)zmianę § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy poprzez wskazanie, że w przypadku,
gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, wykonawca przedstawi rozwiązanie jakie należy zastosować w celu poprawienia poziomu sygnału, oszacuje koszty jego instalacji
oraz proponowany możliwy termin realizacji. Po akceptacji tego rozwiązania przez Zamawiającego, wykonawca na koszt Zamawiającego dokona niezbędnych instalacji
w terminie uzgodnionym przez strony,
oraz
wykreślenie kary umownej przewidzianej w § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ewentualnie jej obniżenie do 100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminu ustalonego przez strony, za każdy przypadek;

2)zmianę § 6 ust. 4 wzoru umowy oraz części VII pkt 5 OPZ poprzez dodanie do ich obecnego brzmienia sformułowania „o ile wykonawca będzie dysponował takim zakresem numerów";

3)usunięcie video połączeń z listy usług jakie wykonawca zobowiązany jest zapewnić
w ryczałtowym abonamencie w ramach podstawowego i rozszerzonego planu taryfowego (część III lit. A OPZ);

4)zmianę część III lit. C pkt 4 i 5 OPZ poprzez wskazanie, że terminy przewidziane w tych postanowieniach OPZ na przekazanie określonych informacji wykonawcy przez Zamawiającego stanowią terminy liczone w dniach roboczych, a nie w dniach kalendarzowych;

5)uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje (dane historyczne) dotyczące tego jakie modele telefonów i w jakich ilościach zostały przez Zamawiającego zakupione na podstawie dotychczas obowiązującej umowy (część V OPZ);

6)zmianę § 7 ust. 7 wzoru umowy poprzez wskazanie, że w toku realizacji przedmiotu zamówienia to Zamawiający, a nie wykonawca będzie monitorował wykorzystanie maksymalnego łącznego wynagrodzenia Wykonawcy;

7)wykreślenie § 7 ust. 14 wzoru umowy
ewentualnie
wykreślenie z § 7 ust. 14 wzoru umowy obowiązku przejęcie przez wykonawcę pełnej odpowiedzialności za działania podwykonawców także w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych rozliczeniami z tytułu podatku od towarów
i usług;

8)wprowadzenie do wzoru umowy postanowień umożliwiających zmianę umowy
w zakresie zmiany zaoferowanego modelu telefonu z powodu okoliczności niezawinionych i niezależnych od wykonawcy, w szczególności w przypadku wycofania go ze sprzedaży przez producenta lub braku dostępności tego modelu na rynku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał: W związku z brzmieniem art. 99
ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, aktualny pozostaje dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczący
art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, opis ten powinien być proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia, nie nakładając ograniczeń, które mogłyby prowadzić do nieporównywalności składanych ofert czy też naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez stawianie wymagań w nieuzasadniony sposób preferujących określone rozwiązania. Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
11 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1786/14: „Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Zgodnie z 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania
i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak wysokie wymagania
w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem."; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15: „Art. 29 ust. 1

Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny
i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne
i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu
na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. ”.
Ponadto, również w myśl art. 16 ustawy Pzp, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji
oraz równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowywać zasadę proporcjonalności. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności, w sposób, który preferowałby określonego wykonawcę i w nieuzasadniony sposób ograniczał udział innych wykonawców. Z treści cytowanych przepisów wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/O-1045/07) stwierdził, iż „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej
- zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji
dla konkretnego przedmiotu”. Stanowisko to pozostaje aktualne pomimo zmian ustawy Pzp
i nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1734/09: „Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08: „Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń
lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt.
W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisania przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny,
że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego.”. Odwołujący przywołałorzeczenie z dnia 23 kwietnia 2009 r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1 /4900/22/21 /09/726: „Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji. ”.
Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisów
art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Zawarty w dokumentach zamówienia opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Brak wyczerpującego i prawidłowego ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia powoduje, iż na jego podstawie nie jest możliwe należyte przygotowanie oferty. Ponadto, tak wskazane postanowienia sprzyjają nieuczciwej konkurencji i braku porównywalności składanych ofert, a ze względu na brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i brak danych koniecznych dla prawidłowej wyceny oferty, w sposób wyraźny preferują wykonawcę będącego aktualnym operatorem świadczącym usługi telefonii komórkowej (wraz z dostawą urządzeń) na rzecz Zamawiającego.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 1 lit. a) odwołania: Zgodnie z § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do „zapewnienia dostępu do sieci GSM na obszarze min. 90 % terenu Polski, w tym w lokalizacjach Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1 do OPZ. W przypadku, gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, Wykonawca na własny koszt dokona niezbędnych instalacji w

celu poprawienia poziomu sygnału. Wszelkie prace związane
z poprawą sygnału muszą zostać wykonane w terminie 30 dni kalendarzowych od chwili pisemnego zgłoszenia problemów przez Zamawiającego.". Jednocześnie w § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za niedotrzymanie terminu określonego § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, w wysokości aż 600 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w umowie, za każdy przypadek. Przytoczone powyżej postanowienie § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, posługuje się niejednoznacznym sformułowaniem „poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych". Zamawiający w żaden sposób nie określił jaki sygnał będzie uznawany
za „za niski" (jaka siła sygnału zostanie uznana za niewystarczającą), co może doprowadzić do wielu wątpliwości i spornych sytuacji na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, postanowienie to przerzuca na wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Problem sygnału zasięgu można podzielić na dwie kategorie: problem z poziomem sygnału w budynku i na terenie otwartym. W przypadku problemów
z poziomem sygnału w budynku sposób działania i tym samym czas realizacji prac jest uzależniony między innymi od tego: w jakim miejscu występują problemy (np. kondygnacje podziemne, duże znacznie ma również materiał, z którego został wykonany konkretny budynek, przykładowo w budynku o grubym stropie żelbetowym stropie i ścianach mogą występować problemy z poziomem sygnału w pomieszczeniach położonych w centralnym punkcie budynku); czy w budynku znajdują się już jakieś urządzenia wzmacniające zasięg,
kto jest ich właścicielem i czy mogą być one wykorzystane przez wykonawcę; kto jest właścicielem budynku - Zamawiający czy podmiot trzeci od którego Zamawiający jedynie wynajmuje powierzchnie. Wykonanie prac w budynku wymaga opracowania projektu, który musi zostać następnie uzgodniony i zaakceptowany przez jego właściciela lub zarządcę. Wykonawca nie ma wpływu na czas trwania tych ustaleń, który w znacznej mierze zależy kompetencji i chęci współpracy drugiej strony; jaki to rodzaj obiektu - jak wynika z załącznika nr 1 do OPZ lokalizacje Zamawiającego to nie są tylko biurowce położone w centrach miast, ale również takie lokalizacje jak lotniska - Warszawa Okęcie (PAŻP), Lotnisko Ławica, Balice, Cywilny Port Lotniczy Pyrzowice, Jasionka czy miejsca, gdzie zlokalizowane są aparatury pomiarowe i radary Zamawiającego (np. Góra Świętej Anny czy Kasprowy Wierch). Każda
z takich lokalizacji ma swoją specyfiką, np. działania na terenie budynku lotniskowego szczególnie w dzisiejszych warunkach, kiedy w obiektach o strategicznym znaczeniu obowiązują podwyższone standardy bezpieczeństwa wymaga dodatkowych formalności
i procedur (konieczność uzyskania dodatkowych zgód, pozwoleń i opinii), co znacznie wydłuża czas potrzeby na wykonanie instalacji niezbędnych w celu poprawienia poziomu sygnału. Ponadto, ze względu na specyfikę części lokalizacji wykonawca może być zmuszony
do zastosowania niestandardowych rozwiązań, co również wydłuża czas realizacji prac.
W przypadku problemów z poziomem sygnału na terenie otwartym, czas konieczny
na instalację urządzeń wzmacniających sygnał może być jeszcze dłuższy. W skrajnych przypadkach, w sytuacji konieczności wykonania pełnoskalowej inwestycji w postaci nadajnika BTS, która to inwestycja realizowana jest m.in. w oparciu o przepisy prawa budowlanego czas jej realizacji może wynieść od 18 do nawet 36 miesięcy. Na etapie złożenia oferty wykonawca nie ma możliwości ustalenia ilu lokalizacji może dotyczyć taki problem oraz oszacowania kosztów jakie mogą być związane z koniecznością dokonania niezbędnych instalacji w celu poprawienia sygnału. Jak już wyżej wskazywano, z załącznika nr 1 do OPZ wynika,
że lokalizacje Zamawiającego to nie są tylko biurowce położone w centrach miast, ale również takie lokalizacje jak lotniska - Warszawa Okęcie (PAŻP), Lotnisko Ławica, Balice, Cywilny Port Lotniczy Pyrzowice, Jasionka czy miejsca gdzie zlokalizowane są aparatury pomiarowe
i radary Zamawiającego (np. Góra Świętej Anny czy Kasprowy Wierch). Specyfika lokalizacji Zamawiającego powoduje, że nie ma możliwości przyjęcia jakichś uniwersalnych założeń
co do kosztów wykonania niezbędnych instalacji w celu poprawienia poziomu sygnału - inne koszty wykonawca będzie zmuszony ponieść w przypadku instalacji urządzeń w budynku, inne w przypadku instalacji urządzeń na ternie otwartym (działce położonej w górach). Specyfika lokalizacji Zamawiającego oraz fakt, że nie jest on właścicielem części obiektów powodują,
że przewidziany w omawianym postanowieniu wzoru umowy termin jedynie 30 dni kalendarzowych na zrealizowanie przez wykonawcę wszelkich prac związanych z poprawą sygnału jest terminem zbyt krótkim, a kara ustalona przez Zamawiającego w § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy jest rażąco wygórowana. Zwłaszcza jeżeli wziąć również pod uwagę czynności jakie wykonawca musi podjąć w tym zakresie. Oprócz konieczności dobrania i zakupu urządzeń wzmacniających sygnał, wykonawca będzie musiał również prowadzić prace techniczno - montażowe związane z ich zamontowaniem w lokalizacji Zamawiającego,
co może wiązać się z koniecznością pozyskania dodatkowych zgód, opinii lub dokonania ustaleń z odpowiednimi

urzędami (np. konieczność uzyskania opinii architektonicznej
lub zgody odpowiednich organów na prowadzenie prac) czego wykonawca nie jest w stanie przewidzieć na obecnym etapie postępowania. Wykonawca nie jest w stanie podjąć tych działań na etapie przygotowania do świadczenia usług, gdyż o tym, że w danej lokalizacji występują problemy z zasięgiem dowie się w trakcie świadczenia usług, ponadto nie ma on dostępu do poszczególnych lokalizacji Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, żądanie przedstawione w pkt IV ppkt 1 odwołania jest w pełni uzasadnione.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 1 lit. b) odwołania: W § 6 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający sformułował wymaganie zgodnie z którym, numery telefoniczne nowych kart SIM zamówionych przez niego w ramach skorzystania z prawa opcji będą stanowiły spójny zakres numeracyjny. W części VII pkt 5 OPZ Zamawiający dodał, że spójny zakres numeracyjny to ciągła pula następujących po sobie numerów. Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie tych postanowień dokumentów zamówienia poprzez dodanie zastrzeżenia „o ile wykonawca będzie dysponował takim zakresem numerów". Wykonawca nie ma żadnego wpływu na sposób skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, w tym na to czy Zamawiający wykorzysta całą pulę usług objętą prawem opcji w ramach jednego zamówienia czy w ramach kilku mniejszych zamówień w całym okresie obowiązywania umowy. Biorąc pod uwagę,
że wykonawca jest operatorem telekomunikacyjnym świadczącym usługi na rzecz wielu podmiotów nie jest w stanie zagwarantować, iż numery zamówione przez Zamawiającego
w różnych okresach będą ze sobą spójne - będą stanowiły ciąg następujących po sobie numerów.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 1 lit. c) odwołania: W części. III lit. A OPZ Zamawiający sformułował wymagania dotyczące planów taryfowych w taryfie głosowej wskazując warunki
i cechy jakim powinny one odpowiadać. Zarówno dla planu podstawowego jak i dla planu rozszerzonego Zamawiający określił co powinien obejmować abonament: „ryczałtowy miesięczny abonament za nielimitowaną ilość połączeń głosowych, video połączeń, wiadomości SMS / MMS zarówno wychodzących jak i przychodzących (nie dotyczy wiadomości SMS/MMS Premium oraz połączeń na numery specjalne Premium Rate) oraz wszelkich usług dodatkowych typu przekierowanie połączeń, połączenia konferencyjne, poczta głosowa, połączenia z BOK i na inne serwisy operatora, SMS z pytaniem o bieżące zużycie usług, itp. zarówno w Polsce, jak i na terenie państw UE, Norwegii i Wielkiej Brytanii". Usługa video połączeń nie jest powszechna na rynku usług telekomunikacyjnych, gdyż została wyparta przez aplikacje (np. Messenger, WhatsApp) realizujące tego typu połączenia
w ramach transmisji danych. W związku z powyższym pozostawienie tej usługi w katalogu usług objętych abonamentem może doprowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, a w konsekwencji negatywnie przełożyć się na liczbę ofert i ceny zaoferowane Zamawiającemu za realizację przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy zauważyć,
że usunięcie tej usługi z katalogu nie pozbawi Zamawiającego możliwości wykonania połączeń video, ich wykonywanie będzie bowiem możliwe w ramach usługi transmisji danych.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 1 lit. d) odwołania: W części III lit. C OPZ, Zamawiający określił wymagania dotyczące kart SIM. Zgodnie z pkt 4, Zamawiający przekaże wykonawcy wykaz numerów telefonicznych (usługa głosowa) podlegających przeniesieniu do sieci wykonawcy
w terminie 14 dni przed uruchomieniem usług. W pkt 5 wskazał z kolei, że przekaże wykonawcy, w terminie 14 dni przed uruchomieniem usług, pisemną informację o liczbie kart SIM DATA, które powinny być dostarczone Zamawiającemu. Jednocześnie, w części VI lit. C) OPZ, Zamawiający wymaga „by Wykonawca dostarczył karty SIM najpóźniej na 10 dni roboczych (od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy) przed datą rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych na adresy wskazane przez Zamawiającego: ". Świadczenie usług telekomunikacyjnych będzie realizowane w okresie
24 miesięcy licząc od dnia 1 września 2023 r. w przypadku zawarcia umowy przed 1 września 2023 r. lub od dnia zawarcia umowy, w przypadku zawarcia umowy po 1 września 2023 r.
do chwili wyczerpania maksymalnego łącznego wynagrodzenia Wykonawcy, w zależności
od tego, co nastąpi wcześniej. Zakładając, że świadczenie usług rozpocznie się od dnia
1 września 2023 r., zarówno termin 14 dni kalendarzowych, o którym mowa w części II lit. C OPZ jak i termin 10 dni roboczych przed uruchomieniem usług przypadnie na ten sam dzień, tj. na dzień 18 sierpnia 2023 r. Żaden wykonawca, poza wykonawcą obecnie świadczącym usługi na rzecz Zamawiającego, nie jest w stanie przenieść numerów i dostarczyć kart SIM tego samego dnia. Biorąc powyższe pod uwagę, nie pozostawia wątpliwości, że przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż w nieuzasadniony sposób preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 1 lit. e) odwołania: W ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć Zamawiającemu telefony komórkowe w określonych w OPZ kategoriach i ilościach. Wykonawca zagwarantuje Zamawiającemu możliwość zakupu pięciu rodzajów telefonów komórkowych rozróżnionych

funkcjonalnie w kategoriach od I do V. Dla każdej z kategorii Zamawiający określił inną liczbę telefonów komórkowych jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca 9 od 70 sztuk
w kategorii I do 550 sztuk w kategorii III). Zgodnie z częścią V lit. A OPZ jednym z dodatkowych wymagań specyfikacji telefonów komórkowych określonym na str. 11 OPZ jest, aby Wykonawca wskazał w ofercie do wyboru: dla kategorii I, III, IV minimalnie trzy modele telefonów różnych producentów spełniające wymagania Zamawiającego; dla kategorii II, V dwa modele telefonów spełniające wymagania Zamawiającego. Jak wynika z przygotowanego przez Zamawiającego wzoru specyfikacji rzeczowo-cenowej (załącznik nr 11 do SWZ) w tabeli nr 2 - urządzenia, wykonawca zobowiązany będzie podać jedną cenę jednostkową za jeden telefon komórkowy danej kategorii. Tym samym np. dla kategorii I dla której wykonawca musi podać minimum trzy modele telefonów różnych producentów, cena podana przez wykonawcę w tabeli za tą kategorię telefonu będzie de facto uśrednioną ceną zaoferowanych 3 modeli telefonów różnych producentów. Jednocześnie, w żadnym miejscu SWZ Zamawiający nie podał informacji (danych historycznych) dotyczących tego jakie modele telefonów i w jakich ilościach zostały przez niego zakupione na podstawie dotychczas obowiązującej umowy. Brak tej informacji uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i powoduje, że warunki zamówienia zostały ukształtowane w sposób prowadzący do nieporównywalności ofert
i naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tylko wykonawca obecnie świadczący usługi na rzecz Zamawiającego będzie w stanie w sposób prawidłowy i nienarażający na straty, a jednocześnie konkurencyjny oszacować cenę
za realizację przedmiotu zamówienia, gdyż tylko on dysponuje danymi historycznymi dotyczącymi preferencji użytkowników i wybieranych przez nich modeli telefonów (tendencją jest wybór urządzeń tej samej marki lecz nowszych, oferujących takie same lub co najmniej zbliżone funkcjonalności i parametry oraz fakt wyboru określonych marek telefonów w danej organizacji). Należy zauważyć, że różnica pomiędzy cenami telefonów różnych producentów o zbliżonych parametrach (telefonów z tej samej kategorii) może wahać się od kilkuset
do nawet kilku tysięcy złotych. W związku z tym szacując cenę dla danej kategorii telefonów, bez dostępu do danych historycznych, wykonawca zmuszony będzie przyjąć określone założenia co do zachowań użytkowników i tego jakie modele telefonów są przez nich częściej wybierane (np. że w kategorii I w danej organizacji proporcja telefonów Apple do Huawei będzie wynosić 70 do 30%), które mogą okazać się błędne na etapie realizacji zamówienia. Oferty, przy których wycenie i przygotowaniu wykonawcy nie dysponują wystarczającą ilością danych, są nieporównywalne a to prowadzi z kolei do sytuacji, w której o wyborze oferty najkorzystniejszej nie będzie decydować to, że jest on najkorzystniejsza dla Zamawiającego zgodnie z przyjętymi kryteriami, ale to, jak wykonawca podszedł do jej wyceny i jakie faktycznie urządzenia będzie oferować. Dysponując danymi historycznymi pozostali wykonawcy mogliby z większym przybliżeniem oszacować, na jakim poziomie kosztowym (z perspektywy operatora) kształtować będą się zakupy Zamawiającego w ramach tego najistotniejszego elementu kosztów, jakim jest dostawa urządzeń i złożyć konkurencyjne oferty umożliwiające uzyskanie zamówienia.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 2 lit. a) odwołania: W § 7 ust. 7 wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie monitorował wykorzystanie maksymalnego łącznego wynagrodzenia wykonawcy, o którym mowa w ust. 6 i powiadomi Zamawiającego
o wykorzystaniu odpowiednio: 75% i 90% tej kwoty, przesyłając niezwłocznie informację pocztą elektroniczną do osób wskazanych w § 15 ust. 1 pkt. 1 i 2 Umowy. W przypadku wyczerpania maksymalnej łącznej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w zdaniu pierwszym przed dniem 1 czerwca 2025 r., Umowa wygaśnie z dniem wystawienia faktury, której kwota łącznie z kwotami wskazanymi w fakturach uprzednio wystawionymi osiągnie wartość maksymalnego łącznego wynagrodzenia Wykonawcy wskazanego w ust. 6. Przekroczenie łącznej kwoty wynagrodzenia umownego nie narusza praw Wykonawcy do wynagrodzenia
z tytułu faktycznie wykonanego przedmiotu Umowy. Z tytułu wygaśnięcia Umowy Wykonawcy nie przysługują żadne dalsze roszczenia prawne i finansowe w stosunku do Zamawiającego.
Zamawiający w nieuzasadniony sposób przerzucił na wykonawcę obowiązek monitorowania wykorzystania maksymalnego łącznego wynagrodzenia. To na Zamawiającym, a nie
na Wykonawcy ciąży obowiązek rozliczenia umowy i to Zamawiający powinien być zobowiązany do monitorowania jej wartości. Zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę fakt, że na poziom wykorzystania maksymalnego łącznego wynagrodzenia wpływ będą miały nie tylko kwoty wystawionych faktur, ale również kwoty roszczeń jakie Zamawiający będzie mógł ewentualnie potrącić z wynagrodzenia wykonawcy.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 2 lit. b) odwołania: Zgodnie z § 7 ust. 14 wzoru umowy: „Zważywszy na ryzyka związane z procederem wyłudzenia podatku od towarów i usług, Strony uzgodniły, iż Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za własne zobowiązania podatkowe oraz przejmuje pełną odpowiedzialność za działanie swoich podwykonawców, także w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami
z tytułu podatku od towarowi usług: W przypadku wystąpienia do Zamawiającego przez organy skarbowe z jakimikolwiek

wezwaniami do wypełnienia obowiązków podatkowych wynikających z działania lub zaniechania Wykonawcy lub jego podwykonawców, Wykonawca zobowiązuje się do całkowitego zaspokojenia ewentualnych zobowiązań Zamawiającego wobec organów skarbowych z tego tytułu, w szczególności zobowiązany jest do zwrotu
na rzecz Zamawiającego uiszczonych przez niego kwot odliczeń od podatku VAT, odsetek, kar.". Brak jest uzasadnienia dla wymogu przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności
za działania podwykonawców w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami z tytułu podatku od towarów i usług. Jak wynika z orzecznictwa sądów administracyjnych zasada odpowiedzialności wykonawcy za działania podwykonawców nie ulega rozszerzeniu na prawo podatkowe (takie wnioski wynikają m.in.
z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi, sygn. akt: I SA/Łd 336/22). Wykonawca nie ma żadnych uprawnień do kontroli realizacji obowiązku podatkowego przez podwykonawcę ani żadnych narzędzi umożliwiających mu wyegzekwowanie realizacji tego obowiązku przez podwykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę żądanie wykreślenia § 7 ust. 14 wzoru umowy ewentualnie wykreślenia z § 7 ust. 14 wzoru umowy obowiązku przejęcie przez wykonawcę pełnej odpowiedzialności za działania podwykonawców należy uznać
za nieuzasadnione.
W zakresie zarzutu z pkt III ppkt 2 lit. c) odwołania: Jak już wyżej wskazywano, świadczenie usług telekomunikacyjnych na podstawie umowy będzie realizowane przez 24 miesiące
od dnia 1 września 2023 r. lub od dnia zawarcia umowy (w przypadku, gdy zostanie ona zawarta po 1 września 2023 r.). Wykonawca nie jest w stanie zagwarantować, że przez tak długi okres dostępne będą wszystkie zaoferowane przez niego modele telefonów w danych kategoriach. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na decyzję producentów o wycofaniu danego modelu ze sprzedaży jak również nie ma żadnego wpływu na faktyczną dostępność danych modeli na rynku. Nie można wykluczyć, że pomimo dochowania obecnie przez wykonawcę należytej staranności przy doborze oferowanych modeli telefonów, któryś z nich nie będzie dostępny w momencie złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji. Biorąc pod uwagę, że jest to okoliczność nieżelazna od wykonawcy, która może w równym stopniu dotyczyć wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zasadnym jest twierdzenie, iż umowa powinna zawierać postanowienia umożliwiające zmianę jej postanowień w zakresie oferowanych modeli telefonów
w szczególności w sytuacji wycofania danego modelu ze sprzedaży lub braku jego dostępności na rynku.

Zamawiający w dniu 16.06.2023 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jak również przesłane wykonawcom za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej eB2B) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca: Polkomtel Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa, zwany dalej również „Przystępującym", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego
po stronie Odwołującego: wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
W zgłoszeniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wskazano: Jest to drugie w tym roku postępowanie Zamawiającego na dostawę telefonów wraz ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych (postępowanie nr WZP-262-07/2023). Wskutek rozlicznych wad dokumentacji przetargowej poprzednie postępowanie zakończyło się unieważnieniem ze względu na brak złożenia ofert (https://imgw.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/386813/dostawa-telefonow-komorkowych-modemowkart-sim-i-swiadczenie-uslug-telefonii-komorkowej).
Taka sytuacja jest niezwykle rzadka dla rynku usług telefonii komórkowej, gdyż najczęściej mamy do czynienia ze złożeniem trzech ofert przez największych ogólnopolskich operatorów, to jest przez Orange Polska S.A., T-Mobile Polska S.A. oraz Polkomtel Sp. z o.o. (operator sieci Plus). W toku poprzedniego postępowania między innymi wskazywano w ramach wniosków o wyjaśnienie SWZ m.in.
na konieczność ograniczenia liczby lokalizacji w których Wykonawca bezpłatnie poprawi zasięg (pytanie nr 7 z dnia 23 marca br.). Zamawiający pozostawił jednak dokumentację
bez zmian. Mamy do czynienia z postępowaniem, które w praktyce uniemożliwia złożenie oferty. Zamawiający zawarł w dokumentacji przetargowej szereg postanowień istotnie odbiegających od standardowych rozwiązań dla rynku telefonii komórkowej. Takie działanie świadczy co najmniej o braku uwzględnienia specyfiki tego rynku w trakcie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut z pkt III ppkt 1 lit. a) odwołania (temat zasięgu): Przedmiotem udzielanego zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej wraz z dostawą telefonów. W treści punktu D.1 Opisu przedmiotu zamówienia (strona 13) zamieszczono wymaganie, którego koszt realizacji musi być wkalkulowany w cenę opłaty abonamentowej dotyczące zapewnienia dostępu do sieci GSM na obszarze min. 90 % terenu Polski, w tym lokalizacjach

Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1 do OPZ.
W przypadku, gdy w jakiejś lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych Wykonawca na własny koszt dokona niezbędnych instalacji w celu poprawienia poziomu sygnału. Wszelkie prace związane z poprawą sygnału muszą zostać wykonane w terminie 30 dni kalendarzowych od chwili pisemnego zgłoszenia problemów przez Zamawiającego. Zamawiający modyfikuje zatem rażąco zasady wykonywania typowej umowy w zakresie świadczenia usług telefonii komórkowej. Mamy
do czynienia z wymaganiem nieuwzględniającym specyfiki wykonywania usług telefonii komórkowej. Operatorzy telefonii komórkowej gwarantują z powodów uwarunkowań technicznych zasięg na około 95%-98% powierzchni kraju (na zewnątrz budynków), bez zapewnienia łączności w każdym miejscu. Publikowane mapy zasięgu mające jedynie szacunkowy charakter (http://www.plus.pl/mapa-zasiegu): Mapa ma jedynie charakter poglądowy - przedstawia orientacyjną dostępność usług na zewnątrz i wewnątrz budynków. Rzeczywista dostępność usług może różnić się od prezentowanej, m.in. ze względu
na specyfikę propagacji fal elektromagnetycznych, warunki terenowe w tym otoczenie i rodzaj zabudowy. Mapa nie stanowi części umowy i nie może być podstawą do ewentualnych roszczeń reklamacyjnych. Operatorzy jednoznacznie zastrzegają, iż ze względów takich jak m.in. ukształtowanie terenu, rodzaj zabudowy czy bezpośrednie otoczenie, prezentowany zasięg lub moc sygnału mogą być inne niż na publicznie dostępnej mapie (https://www.orange.pl/view/mapazasiegu). Przedsiębiorstwa telekomunikacyjne zastrzegają także, iż mapy zasięgu nie są częścią umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i nie mogą być podstawą ewentualnych reklamacji (http://www.t-mobile.pl/pl/dlaciebie/obsluga-klienta/informacje-i-pomoc/zasieg. Podobnie). Należy przy tym podkreślić, że pojęcie zasięgu odnosi się zarówno do sieci przewodowych, jak i sieci radiowych. Jednocześnie rozumienie tego pojęcia może różnić się w zależności
od kontekstu, w jakim zostało użyte. W literaturze wskazuje się, że w odniesieniu do sieci radiowych, względnie stacji radiowych, można mówić o zasięgu w dwóch ujęciach (koniecznym jest zatem każdorazowo doprecyzowanie, o jakim zasięgu jest mowa
w warunkach przetargowych). Pierwsze ujęcie to zasięg chwilowy (zasięg w danej chwili) rozumiany jako istnienie prawidłowej łączności pomiędzy danym punktem a stacją bazową.
W drugim ujęciu można mówić o ogólnym pojęciu zasięgu rozumianym jako możliwość uzyskania łączności ze stacją w danym punkcie z określonym prawdopodobieństwem
w dowolnej chwili roku, przy uwzględnieniu statystyk zjawisk propagacyjnych
i interferencyjnych (D. Więcek, Metody wyznaczania zasięgów w warunkach zakłóceń interferencyjnych, Przegląd telekomunikacyjny nr 1/2008, s. 11). W oparciu o powyższe rozumienie zasięgu, dostawcy usług tacy jak Polkomtel, T-Mobile, czy Orange opracowują swoje mapy zasięgu. Tego rodzaju mapy ogólnego zasięgu są określane z wykorzystaniem do tego celu narzędzi planowania pozwalających przewidywać siłę sygnału w różnych obszarach. Podobnie jak w przypadku każdego narzędzia do planowania, prognozy te są obarczone marginesem błędu i niekoniecznie muszą uwzględniać wszystkie czynniki, które mogą wpływać na jakość połączenia głosowego w telefonie komórkowym lub sesję transmisji danych w danej chwili. Zasięg poszczególnych ruchomych publicznych sieci telekomunikacyjnych na danym obszarze może się różnić w zależności od sieci, a w ramach poszczególnych sieci – w zależności od lokalizacji i pory dnia. Na zasięg sieci ruchomej może wpływać wiele czynników. Przykładowo niska jakość sygnału może być skutkiem warunków pogodowych (deszcz, opady śniegu), „zacienienie sygnału" przez budynki, liczbę osób korzystających z sieci na określonym obszarze lub działanie określonego urządzenia końcowego (np. ograniczenie zakresów częstotliwości, które odbiera dany modem). Wszystkie te elementy wpływają na warunki propagacji w danej lokalizacji w danym momencie czasu,
a tym samym wpływają na zdefiniowany powyżej zasięg chwilowy, którego wartość może różnić się od wartości zasięgu ogólnego wyznaczonego w oparciu o narzędzia planowania sieci. Jednocześnie część tych czynników wpływających na zasięg w danej chwili pozostaje poza kontrolą operatorów sieci (na przykład warunki pogodowe lub urządzenie stosowane przez użytkownika końcowego). Istotne różnice dla jakości usług mogą występować także
dla tej samej lokalizacji w zależności od tego, czy pomiar wykonywany jest w budynku,
czy poza budynkiem (grubość ścian, a także materiał z którego zostały one wykonane ma istotny wpływ na propagację fal radiowych, a czynnik ten jest w całości poza kontrolą dostawcy usług). Warto podkreślić, iż część lokalizacji to mogą być starsze budynki lub też lokalizacje oddalone od skupisk ludności o znacząco utrudnionej (i kosztownej) możliwości zapewnienia zasięgu. Na możliwość realizacji zasięgu w określonych lokalizacjach wpływ mają również uwarunkowania prawne, które ograniczają możliwość budowy stacji bazowych. Nie oznacza to jednak, że parametry usługi realizowane przez operatora telekomunikacyjnego nie spełniają wymogów określonych w prawie telekomunikacyjnym. Umowa o świadczenie usług telefonii komórkowej nie jest umową o dostarczenie usług telekomunikacyjnych do danego punktu odbioru – tak jak ma to miejsce w przypadku użytkowania telefonu stacjonarnego. Tym samym występowanie miejsc o

słabszym zasięgu lub miejsc, w których brak jest zasięgu nie świadczy o nieprawidłowym wykonaniu usługi telefonii mobilnej. Mowa tu o telefonii, dla której sygnał jest emitowany za pomocą fal radiowych. Specyfiką tej techniki jest mobilność – nie zaś stałe parametry sygnału. Trudności w nawiązywaniu połączeń w danym miejscu nie wykluczają możliwości wykonywania połączeń z miejsc, których charakterystyka nie zakłóca propagacji fal radiowych. Zwracamy uwagę na to, iż jakość odbieranego sygnału zależy nie tylko
od obecności stacji bazowych i ich parametrów technicznych, lecz również od ukształtowania terenu na danym obszarze, od ilości budynków, od materiału, z jakiego są zbudowane, gęstości sieci nadajników i ich technologii, jak i od takich okoliczności, które są poza wpływem operatora np. gęstość zaludnienia czy nawet rodzaj smartfona, modemu, z którego korzysta użytkownik. Czasami sieć może być też chwilowo przeciążona z powodu nadzwyczajnych, niesprzedawalnych okoliczności. Karta SIM umożliwia mobilne korzystanie z usług świadczonych przez Polkomtel tj. bez ograniczeń lokalizacyjnych (wszędzie tam, gdzie sieć Plus jest obecna w ramach pokrycia terenu swoim zasięgiem). Urządzenie telekomunikacyjne, jakim jest telefon/modem/router może być wykorzystywane w wielu lokalizacjach, co umożliwia wykorzystywanie wielu stacji bazowych. Należy zauważyć, iż różnice w zakresie dostępności i jakości usług świadczonych w sieciach stacjonarnych i ruchomych są dostrzegane także przez prawodawcę, który zwalnia operatorów sieci ruchomych od obowiązku podawania dokładnych danych jakościowych dla usług dostępu do Internetu, nakładając wyłącznie obowiązek podania danych szacunkowych. Jak bowiem jasno wynika z art. 4 ust. 1 lit. d Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada
2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego internetu i dotyczące opłat detalicznych za regulowane usługi łączności wewnątrzunijnej oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 310, str. 1 z późn. zm.) dostawcy usług dostępu do internetu zapewniają, aby każda umowa, która obejmuje usługę dostępu do internetu, zawierała jasne i zrozumiałe wyjaśnienie dotyczące minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania
i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu w przypadku sieci stacjonarnych lub dotyczące szacunkowych maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu w przypadku sieci ruchomych. Z przytoczonego postanowienia rozporządzenia PE i Rady jasno wynika więc, że dla sieci radiowych informacje dotyczące prędkości pobierania i wysłania danych mogą mieć jedynie charakter szacunkowy
i uzależnione są od szeregu czynników, z których istotna część, jak już była o tym mowa, pozostaje poza kontrolą dostawcy usług. Wymaganie by zasięg był gwarantowany
na określonym obszarze nie tylko byłoby sprzeczne z właściwością usług telefonii komórkowej, ale i oznaczałoby konieczność przeprowadzenia inwestycji znacząco podnoszących wartość udzielanego zamówienia. Warto podkreślić, iż koszt jednej inwestycji w poprawienie zasięgu (jednej lokalizacji) może wynosić od kilkudziesięciu do kilkuset tysięcy złotych. Co istotne, nawet po takiej inwestycji, dane dotyczące zasięgu w danej chwili nie mogą mieć charakteru gwarancyjnego w jakiejkolwiek sieci radiowej. Z oczywistych względów koszt poprawy zasięgu nie może być doliczany do ceny oferty po zawarciu umowy, musi być uwzględniony przez wykonawcę na etapie składania oferty. Tym samym ustalenie, iż w określonym budynku użytkowanym przez Zamawiającego poziom sygnału nie będzie umożliwiał stałego
i nieprzerwanego dostępu – musi nastąpić na etapie składania ofert, a nie po zawarciu umowy. Przeprowadzenie inwestycji wymaga uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia szeregu okoliczności: Wykonawcy w takim przypadku powinni mieć zachowaną możliwość weryfikacji stanu infrastruktury poprzez dokonanie wizji lokalnych (dokonanie pomiarów) (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20). Przy czym należy przypomnieć, iż (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
26 stycznia 2016 r. sygn. KIO 38/16): Przeprowadzenie wizji lokalnych to prawo wykonawcy, (…). To przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego
w SIWZ stanowi podstawę do przygotowania oferty. Wizja lokalna nie może bowiem zastępować opisu przedmiotu zamówienia dokonywanego przez Zamawiającego zgodnie
z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp; niezbędna jest szczegółowa informacja na temat lokalizacji w których będzie wykonywana usługa telekomunikacyjna (specyfikacje techniczne budynków, informacja na temat uwarunkowań takich jak przykładowo ochrona konserwatorska, warunki stawiane przez zarządcę nieruchomości, informacje
na temat zasad rozliczania kosztów energii, kosztów udostępnienia pomieszczeń w których zostaną umieszczone niezbędne urządzenia wzmacniające sygnał etc.); wykonawcy muszą mieć zapewniony także czas na wybudowanie takiej infrastruktury przed terminem rozpoczęcia wykonywania świadczeń (po zawarciu umowy). W jednym z postępowań na usługi telekomunikacyjne Izba zauważyła (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia
2020 r. sygn. akt: KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20): Na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego, adekwatnego i przede wszystkim realnego ukształtowania warunków przetargu, aby nie ograniczać uczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał,
że okoliczności wynikające z dokumentacji przetargu, na które wskazywali odwołujący, zostały przez niego właściwe

zbadane i dają podstawę do przyjęcia terminu ustalonego w SIWZ. Odwołujący, wskazując na konieczność dostosowania, czy wybudowania infrastruktury telekomunikacyjnej spełniającej wymagania SIWZ, co wiąże się z koniecznością spełnienia wymagań prawnych i wykonania prac budowlanych, w zależności od warunków technicznych istniejącej infrastruktury (…). Zamawiający natomiast nie wykazał, że wziął te wszystkie okoliczności pod uwagę i wyznaczony przez niego termin realizacji zamówienia jest terminem realnym w stosunku do postawionych warunków przetargu. Należy dodać, iż Zamawiający nie przewidział nawet możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej na terenie siedzib Zamawiającego. Zamawiający nie przewidział możliwości dokonania pomiarów. Mamy
do czynienia z rażącym uprzywilejowaniem obecnego usługodawcy Zamawiającego, który posiada wiedzę na temat warunków technicznych wykonywania zamówienia. Reasumując, Zamawiający prowadzi pozornie konkurencyjny przetarg, gdy z góry wiadomo który wykonawca może złożyć zwycięską ofertę. Warto także podkreślić, że przeprowadzenie wizji lokalnej w ponad 80 lokalizacjach wraz z dokonaniem pomiarów oraz zleceniem przygotowania dokumentacji technicznej poprawiającej zasięg (pozwalającej na oszacowanie kosztów wykonania zamówienia) wymaga zapewnienia co najmniej kilku miesięcy. Obecne brzmienie OPZ nie uwzględnia zatem podstawowych zasad wykonywania usług telekomunikacyjnych. Problematyka ustanowienia wymagań dotyczących zasięgu wykraczającego poza warunki określone w publicznie dostępnych mapach była przedmiotem wielu uwzględnianych zarzutów podnoszonych w postępowaniach toczonych przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przykładowo zarzut taki został uwzględniony w postępowaniu prowadzonym przez Kancelarię Sejmu (https://orka.sejm.gov.pl/profil_nab_2021.nsf/Ogloszenie.xsp?id=42D469DD5DD92DDCC12586E2002A1C56), w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji
w Krakowie (sprawa o sygnaturze akt KIO 2354/21), a także przez Miasto Poznań (sprawa
o sygnaturze akt KIO 1706/22). Zwrócił także uwagę na postępowanie o sygn. akt KIO 1276/23 w którym od powyższego wymagania odstąpiła Grupa Kapitałowa PGE. Zamawiający
ze względu na przywołane powyżej okoliczności rezygnowali – na etapie postępowania przetargowego – z domagania się oferowania zasięgu na innych zasadach niż zasady właściwe dla rynku telefonii komórkowej. Przystępujący zwrócił także uwagę na praktykę rynku zamówień publicznych. W prowadzonym w 2023 roku dwóch największych postępowaniach
o udzielenie zamówienia na usługi telefonii komórkowej (tzw. zamawiający centralni),
nie ustanowiono wymagań wykraczających poza wskazane zasady wykonywania usług: postępowanie prowadzone przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej – Centralny Zamawiający (KPRM) na świadczenie usług telefonii ruchomej wraz
z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM (nr 2023/02) (). Zamówienie jest udzielane na rzecz 135 centralnych i terenowych jednostek administracji państwowej. Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej (§ 2 ust. 6 i 7 wzorca umowy) Wykonawca zagwarantuje obejmowanie zasięgiem oferowanej sieci telefonii ruchomej GSM lub LTE minimum 95% terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca zapewni dostępność sieci użytkownikom Jednostek, będących abonentami sieci Wykonawcy, zgodnie z aktualnie publikowanymi mapami zasięgu na stronach internetowych Wykonawcy, na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosowej i danych; postępowanie prowadzone przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa (Centralny Zamawiający) na świadczenie usług telefonii komórkowej
na rzecz sądów powszechnych (nr WZP-421-3/2023) (). Zamówienie jest udzielane na rzecz ponad 370 sądów powszechnych. Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia wykonawca gwarantuje obejmowanie zasięgiem oferowanej sieci telefonii komórkowej GSM minimum 95% terytorium RP (2.4 OPZ). W treści § 2 ust. 7 pkt 1 wzorca umowy dodano: przypadku braku pokrycia zasięgu sieci komórkowej Wykonawcy
w pomieszczeniach biurowych wszystkich lokalizacji jednostek sądownictwa wskazanych
w Załączniku nr 6 do Umowy, przejawiającego się brakiem możliwości nawiązania połączeń lub zrywaniem już nawiązanych, Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 40 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez jednostki sądownictwa, drogą elektroniczną tego faktu Wykonawcy, dokonać pomiarów i przedstawić jednostce sądownictwa propozycję działań zaradczych oraz wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg wraz z uzasadnieniem albo obiektywną analizę uzasadniającą brak przedstawienia propozycji działań zaradczych. Niedopełnienie powyższego obowiązku skutkować będzie naliczeniem kary umownej, określonej w § 6 ust. 9 Umowy. Skorzystanie przez jednostkę sądownictwa z zaproponowanego przez Wykonawcę działania zaradczego, realizowane będzie przez jednostkę poza Umową co oznacza,
że poniesione przez jednostkę sądownictwa koszty nie wliczają się w realizację Umowy. Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie opis przedmiotu zamówienia narusza art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Brak jest możliwości oszacowania kosztów wykonywania zamówienia. Tym samym zarówno zarzut, jak i żądanie Odwołującego zasługują na uwzględnienie. Opisane przez Odwołującego rozwiązanie polegające na odrębnym zleceniu wykonania poprawienia zasięgu zostało – jak wskazywaliśmy powyżej – zawarte przykładowo w dokumentacji przetargu prowadzonego przez

Centrum Zakupów dla Sądownictwa. Ewentualne pozostawienie kwestionowanego postanowienia w OPZ wymagałoby w ocenie Przystępującego wydłużenia terminu składania ofert wraz z uzupełnieniem dokumentacji przetargowej o następujące informacje: przekazanie kopii dokumentacji technicznej budynków; wyznaczenie terminów wizji lokalnej w lokalizacjach wskazanych w OPZ; przekazanie informacji na temat zasad posadowienia dodatkowej infrastruktury na terenie budynków (ograniczenia związane z ochroną konserwatorską, dane administratorów budynków); przekazanie informacji na temat zasad rozliczania kosztów energii w przypadku instalacji urządzeń; przekazanie informacji na temat powierzchni jaka zostanie udostępniona na instalację dodatkowych urządzeń, w tym zasad rozliczania dostępu (czy najem pomieszczeń ma charakter odpłatny); przekazanie informacji na temat problemów z zasięgiem występujących we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach.
Zarzut z pkt III ppkt 1 lit. d) odwołania (temat terminu dostaw kart SIM): W treści punktu VI. C (strona 13 OZP Zamawiający wymaga by Wykonawca dostarczył karty SIM najpóźniej
na 10 dni roboczych (od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych
od pracy) przed datą rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych na adresy wskazane przez Zamawiającego. Świadczenie usług telekomunikacyjnych realizowane będzie w okresie 24 miesięcy, licząc: a) od dnia 1 września 2023 r., w przypadku zawarcia umowy przed 1 września 2023 r.; b) od dnia zawarcia umowy, w przypadku zawarcia umowy po 1 września 2023 r. do chwili wyczerpania maksymalnego łącznego wynagrodzenia Wykonawcy, w zależności od tego, co nastąpi wcześniej. Przy czym w punkcie V.C ppkt 4 i 5 OPZ dodano, iż Zamawiający przekaże Wykonawcy wykaz numerów telefonicznych (usługa głosowa) podlegających przeniesieniu do sieci Wykonawcy w terminie 14 dni przed uruchomieniem usług oraz że Zamawiający przekaże wykonawcy, w terminie 14 dni przed uruchomieniem usług, pisemną informację o liczbie kart SIM DATA, które powinny być dostarczone Zamawiającemu. Jak słusznie zauważył Odwołujący, w przypadku rozpoczęcia świadczenia od dnia 1 września 2023 roku, wskazane powyżej terminy 14 dni kalendarzowych oraz 10 dni roboczych wypadają 28 sierpnia br. Zatem tylko obecny usługodawca Zamawiającego może złożyć ofertę (żaden inny wykonawca nie ma możliwości przeniesienia numerów oraz dostaw kart SIM w tym samym dniu). Bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na konieczność określenia przez Zamawiającego liczonego w dniach, czy tygodniach (w zależności od przedmiotu zamówienia) terminu na wykonanie świadczenia po zawarciu umowy. Przykładowo Izba w wyroku z dnia 1 sierpnia 2013 roku, sygn. akt KIO 1869/13, zauważyła: świadczenie usługi rozpoczyna się z dniem 1 marca 2014 r. Pomimo szeregu działań, które wykonawca zmuszony jest podjąć przed rozpoczęciem świadczenia właściwej usługi Zamawiający w żaden sposób nie określił minimalnego nawet czasu,
w którym wykonawca będzie w stanie w sposób należyty przygotować się do świadczenia tej usługi (…) wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie mają pewności, kiedy będą mogli rozpocząć przygotowania do świadczenia usługi, a co najistotniejsze, nie mają pewności, ile będą mieli czasu na podjęcie tych przygotowawczych czynności. Nie mogą zatem wycenić tych prac i związanego z nimi ryzyka, w szczególności także uzależnienia
od powyższego kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego. Podobnie Izba
w kolejnym wyroku dotyczącym usług telekomunikacyjnych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt 707/08): „Izba podzieliła stanowisko Odwołującego,
że wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa
z wykonawcą, umożliwiająca rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie. W szczególności wymienione postanowienie wymaga zmian, gdy Zamawiający wyłącznie od swojej arbitralnej decyzji uzależnił przedłużenie terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, a zwłoka zgodnie
z postanowieniami wzoru umowy powoduje obowiązek zapłaty kar umownych. Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji". Warto podkreślić, iż zgodnie z treścią art. 436 pkt 1 ustawy Pzp termin wykonania świadczeń powinien być liczony w dniach lub tygodniach od podpisania umowy. Zamawiający nie może przenosić skutków przedłużającego się postępowania na wykonawców. Obowiązkiem zamawiającego jest działanie z należytą starannością, która w odniesieniu do zabezpieczenia zaspokajania potrzeb zamawiającego od oznaczonego terminu powinna się przejawiać w odpowiednio wczesnym wszczęciu postępowania z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących
w tym postępowaniu wystąpić (Opinia Prezesa UZP przywołana w wyroku WSZ z dnia
17 grudnia 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 2406/13). Biorąc pod uwagę powyższe, wszelkie terminy wykonania świadczeń powinny odnosić się do daty zawarcia umowy, nie zaś do wskazywanej przez Zamawiającego daty kalendarzowej. Reasumując, w ocenie Przystępującego, uzasadnione jest żądanie zawarte w odwołaniu zmiany części III lit. C pkt 4 i 5 OPZ poprzez wskazanie, że terminy przewidziane w tych postanowieniach na przekazanie określonych informacji wykonawcy przez Zamawiającego stanowią terminy liczone w dniach roboczych, a nie w dniach kalendarzowych.

W dniu 23.06.2023 r. (wpływ na adres skrzynki poczty elektronicznej UZP)Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości

#x200ei zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, o ile takie powstaną, według norm przepisanych. W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał: Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy, zwany dalej „Zamawiającym" lub „IMGW-PIB", w ramach swojej działalności realizuje zadania i cele publiczne o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa

#x200ei funkcjonowania Państwa. Zadania te dotyczą m.in. monitoringu i zapobiegania skutkom zjawisk i wydarzeń mogących stwarzać zagrożenie publiczne, w tym zapobiegania skutkom katastrof naturalnych lub technicznych, noszących znamiona klęski żywiołowej. Sfery zadań publicznych określa ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U.

#x200ez 2022 r. poz. 498, z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo Wodne (Dz.U.

#x200ez 2022 r. poz. 2625, z późn. zm.), wyznaczając zakres działania, obowiązki, zadania oraz rolę w systemie realizacji i zaspokajania potrzeb publicznych. Są to zarówno konkretne potrzeby publiczne, jak też działania w celu zaspokojenia codziennej działalności i bieżącego funkcjonowania Zamawiającego. W szczególności należy wskazać, iż zgodnie z art. 370 ustawy Prawo wodne IMGW-PIB pełni państwową służbę hydrologiczno-meteorologiczną, która wykonuje zadania państwa w zakresie osłony hydrologicznej i meteorologicznej społeczeństwa, środowiska, dziedzictwa kulturowego, gospodarki i rozpoznawania zagrożeń niebezpiecznymi zjawiskami zachodzącymi w atmosferze lub hydrosferze, a także na potrzeby rozpoznania i kształtowania oraz ochrony zasobów wodnych kraju, a także państwową służbę do spraw bezpieczeństwa budowli piętrzących, która wykonuje zadania państwa w zakresie nadzoru nad stanem technicznym i stanem bezpieczeństwa budowli piętrzących. Celem statutowym działania Instytutu jest zaspokajanie potrzeb poprzez opracowywanie prognoz

#x200ei ekspertyz dla społeczeństwa, gospodarki i obronności Państwa w zakresie jego działania. Cel ten Instytut realizuje przez prowadzenie prac badawczych, rozwojowych, wdrożeniowych oraz przez utrzymanie sieci obserwacyjno-pomiarowej, a także prowadzenie obserwacji

#x200ei pomiarów. Do głównych zadań IMGW-PIB należą w szczególności: wykonywanie systematycznych pomiarów i obserwacji hydrologicznych oraz meteorologicznych pomocy podstawowych sieci stacji i posterunków oraz specjalnych sieci pomiarowo-obserwacyjnych; gromadzenie,przetwarzanie, archiwizowanie i udostępnianie informacji hydrologicznych

oraz meteorologicznych, a także wykonywanie bieżących analiz i ocen sytuacji hydrologicznej oraz meteorologicznej, opracowywanie ocen stanu technicznego i bezpieczeństwa budowli piętrzących dla potrzeb ochrony ludności i mienia przed klęskami żywiołowymi i katastrofami budowlanymi, opracowywanie i przekazywanie prognoz meteorologicznych

oraz hydrologicznych dla osłony ludności oraz gospodarki narodowej (w szczególności

dla potrzeb lotnictwa cywilnego) i obronności Państwa - wraz z prognozowaniem jakości zasobów wodnych i zanieczyszczeń atmosfery, opracowywanie i przekazywanie organom administracji publicznej ostrzeżeń przed niebezpiecznymi zjawiskami zachodzącymi

w atmosferze i hydrosferze. Zadania te IMGW-PIB realizuje za pomocą nowoczesnych narzędzi i metod, między innymi za pomocą systemów komunikacyjnych, w tym usług telefonii komórkowej, która pozwala połączyć wszystkie obiekty i placówki Instytutu, umożliwiając komunikację zarządczą i wymianę niezbędnych danych dla systemów biznesowych. Powyższe zadania Zamawiającego, wynikające wprost z ustawy, determinują zakres i sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień wzoru umowy, tak by Zamawiający miał możliwość sprawnej realizacji tych zadań. Usługi objęte zamówieniem nie służą bynajmniej komunikacji w celach towarzyskich czy przeglądaniu wiadomości bądź mediów społecznościowych. Sprawna komunikacja pracowników Zamawiającego,

w szczególności w zakresie codziennego przekazywania danych obserwacyjno-pomiarowych jest niezbędna w celu zapewnienia bezpieczeństwa Państwa i jego obywateli, funkcjonowania lotnictwa cywilnego i wojskowego, przeciwdziałania klęskom żywiołowym czy planowego prowadzenia działalności rolniczej. Wszystkie systemy komunikacji użytkowane w IMGW-PIB, a głównie usługi telefonii komórkowej służą do uzupełniania i wspierania kluczowego

dla działalności IMGW-PIB systemu wymiany i przesyłania danych niezbędnych

do wykonywania prognozowania hydrologicznego i meteorologicznego. Jedynie należy zasygnalizować, że np. mobilna transmisja danych umożliwia zarządzanie i przesyłanie danych z wyspecjalizowanych systemów pomiarowych, a funkcja mobilnej usług telefonii komórkowej wykorzystywana jest w wykonywaniu zadań służbowych w terenie przez ekipy serwisowe i techniczne. Przesyłane dane w tym systemie są również podstawą do wydawania ostrzeżeń i powiadamiania z wyprzedzeniem o występujących zagrożeniach pogodowych kierowanych do służb kryzysowych i ogółu społeczeństwa - telefonia komórkowa niezbędna jest w szczególności w realizacji zadań związanych z przekazywaniem

organom administracji publicznej (w tym Rządowemu Centrum Bezpieczeństwa) ostrzeżeń przed niebezpiecznymi zjawiskami zachodzącymi w atmosferze i hydrosferze. W dobie występowania niebezpiecznych zjawisk pogodowych, występujących na skutek dramatycznego ocieplenia klimatu, wydawane przez IMGW-PIB ostrzeżenia umożliwiają przeciwdziałanie negatywnym skutkom przewidywanych zjawisk, tj. burz, nawałnic, gradobicia, powodzi - co pozwala

na działania profilaktyczne służb państwowych, samorządowych i ograniczenie strat materialnych w gospodarce, oraz ratowanie zdrowia i życia ludzkiego. Na tym tle za całkowicie nieuzasadnione należy uznać zarzuty zmierzające do wykazania jakoby wymagania Zamawiającego odnośnie poziomu sygnału oraz wykonania prac związanych z jego poprawą były nadmierne. Zauważyć należy, że każdy z Odwołujących na swych stronach deklaruje pokrycie zasięgiem 100% powierzchni kraju: https://www.t-mobile.pl/c/mapa-zasiegu https://www.play.pl/nowy/pomoc/zasieg/mapa-zasiegu https://www.plus.pl/mapa-zasiegu.

Deklaracje te stoją w jawnej sprzeczności ze stanowiskami przytoczonymi w złożonych odwołaniach, co dziwi tym bardziej, że informacje zawarte na stronach Odwołujących stanowią podstawę do wyborów dokonywanych przez szerokie grono odbiorców usług telekomunikacyjnych, w tym konsumentów. Dalej Zamawiający wskazał, że dwóch spośród trzech odwołujących świadczyło w przeszłości usługi telekomunikacyjne na rzecz Zamawiającego, a tym samym ma doskonale rozpoznane jego potrzeby zarówno w zakresie jakości sygnału jak i lokalizacji świadczenia usług. Co więcej - jeden z odwołujących świadczy na rzecz Zamawiającego te usługi w dalszym ciągu w zakresie komunikacji za pośrednictwem sieci WAN (utrzymuje w pracy operacyjnej sieć WAN dla IMGW-PIB), która w wielu przypadkach jest realizowana na tej samej infrastrukturze sieci komórkowej i w tych samych lokalizacjach. Przede wszystkim wskazał, że w razie wystąpienia problemów z sygnałem

w którejkolwiek z lokalizacji Zamawiającego, Odwołujący na czas wykonania prac niezbędnych do jego przywrócenia bądź wzmocnienia, mają możliwość łatwego poprawienia jakości sygnału przy pomocy mobilnych stacji bazowych bądź po prostu wzmacniaczy/repeaterów sygnału, których koszt jest na tyle niewielki, że rozwiązanie to jest wykorzystywane nawet

w gospodarstwach domowych. Wzmacniacz sygnału nie jest urządzeniem skomplikowanym technicznie, składającym się z 2 anten i wzmacniacza, a każdy z operatorów komórkowych posiada takie urządzenia do zastosowania lokalnie w swojej sieci. Każde rozwiązanie operatorskie dotyczące poprawy sygnału będzie rozwiązaniem ogólnodostępnym,

dla wszystkich użytkowników telefonów komórkowych w danej lokalizacji. Tym samym zastosowane rozwiązanie techniczne nie tylko umożliwi wykonywanie zadań pracownikom IMGW-PIB, ale dodatkowo umożliwi wszystkim pozostałym użytkownikom sieci komórkowych tego operatora na komfortowe korzystanie z jego usług - co bez użycia wzmacniacza

nie byłoby możliwe. W następstwie tych działań operator uzyskuje dodatkowo podniesienie jakości i dostępności swojej sieci dla wszystkich użytkowników w danej lokalizacji. Zdziwienie Zamawiającego budzą również wywody Odwołujących zmierzające do wykazania jakoby Zamawiający wymagał zapewnienia sygnału w każdych warunkach, w tym budynkach zbrojonych, w podziemiach etc. Stanowi to rozszerzającą wykładnię warunków zamówienia jak i wzorca umowy bowiem warunek tego rodzaju nie został w tych dokumentach zawarty. Oczywistym jest że jeżeli ktoś będzie chciał korzystać z telefonii komórkowej w skrajnych warunkach np. w trakcie 45 stopniowych upałów, podczas burzy z piorunami bądź np. w klatce Faradaya, może to okazać się niemożliwe nawet w bezpośrednim sąsiedztwie stacji bazowej. Jednak takie szczególne warunki świadczenia usługi objętej zamówieniem stanowić muszą zawsze twardy warunek umowny i o ile nie zostały dodane w opisie zamówienia bądź

we wzorcu umownym, Zamawiający nie może ich egzekwować od Wykonawcy.

W przedmiotowym zamówieniu Wykonawca ma obowiązek zapewnić jakość sygnału niezbędną do wykonywania połączeń telefonicznych i transmisji danych w normalnych warunkach, na zewnątrz oraz w budynkach o standardowych parametrach (a nie takich które mają ponadstandardową zdolność tłumienia sygnału komórkowego). W tym zakresie należy odesłać wprost do art. 471 k.c., które wprost wskazują że strona umowy nie odpowiada

za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jeżeli jest ono następstwem okoliczności, za które strona odpowiedzialności nie ponosi. Z kolei zgodnie z art. 355 k.c. strona umowy obowiązana jest do zachowania staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Tym samym oczywistym jest że zarzuty Odwołujących w powyższym zakresie zostały sformułowane w całkowitym oderwaniu od faktycznych zapisów opisu przedmiotu zamówienia jak i wzorca umowy jak i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. W świetle przytoczonych okoliczności za całkowicie niedorzeczne należy uznać również stwierdzenie jakoby kara umowna przewidziana za nie zapewnienie właściwego poziomu sygnału była nadmierna. Jak wskazano powyżej, odwołujący (deklarujący na swych stronach WWW pełne pokrycie zasięgiem powierzchni kraju) mają możliwość łatwego i taniego poprawienia jakości sygnału na czas prowadzenia prac związanych z jego trwałą poprawą. Zamawiający zaś z uwagi na zadania ustawowe, które realizuje w oparciu o przepisy rangi ustawowej nie może sobie pozwolić na żadne kompromisy w zakresie jakości sygnału. Wskazać wreszcie należy, że kara jest naliczana za zwłokę,

a zatem potencjalny Wykonawca nie będzie odpowiadał za opóźnienie wykonania prac
z przyczyn go nie dotyczących a wyłącznie własne zaniechanie bądź niedbalstwo. Jednocześnie wysokość kary umownej należy uznać za niewygórowaną w zestawieniu
z wartością zamówienia oraz istotnością celów i zadań Zamawiającego, których realizację kara ma zabezpieczać. Z przytoczonych względów Zamawiający pozostaje na stanowisku,
że wykreślenie bądź obniżenie kary umownej nie znajduje uzasadnienia. Dla uniknięcia wątpliwości Zamawiający już w ramach niniejszego pisma wskazuje lokalizacje w których konieczne będzie zapewnienie odpowiedniej jakości sygnału na potrzeby realizacji umowy objętej zamówieniem:

Lp.	Miejscowość:	Typ lokalizacji:	Ulica:
1	Warszawa	Warszawa	Podleśna 61
2	Kraków	Kraków	Piotra Borowego 14
3	Gdynia	Gdynia	Waszyngtona 42
4	Wrocław	Wrocław	Parkowa 28
5	Poznań	Poznań	Dąbrowskiego 174/176
6	Katowice	Katowice	Bratków 10
7	Białystok	Białystok	Ciołkowskiego 2/3
8	Legionowo	Legionowo	Zegrzyńska 38
9	Warszawa	Warszawa Okęcie (PAŻP)	Wieżowa 8
10	Zakopane	Zakopane (Ośr. Szkol. PSHM)	Sienkiewicza 26C
11	Katowice	OTZK	Kossutha 6
12	Szczecin	BPM	Przestrzenna 10
13	Słupsk	DSPO	Młyńska 1A
14	Hel	SHM	Leśna 13
15	Balice	LSM	Balice k. Krakowa
16	Goleniów	LSM	Goleniów - Lotnisko
17	Poznań	LSM	Bukowska 285 (Lotnisko Ławica)
18	Łódź	LSM	Gen. Maczka 35 (Lotnisko Lublinek)
19	Ożarowice	LSM	Cywilny Port Lotniczy Pyrzowice
20	Gdańsk	LSM	Szybowcowa 31B (Lotnisko Rębiechowo)
21	Trzebownisko	LSM	Jasionka - Lotnisko
22	Wrocław	LSM	Skarżyńskiego 36 (lotnisko Starachowice)
23	Babimost	LSM	Zielona Góra- Babimost(lotnisko cywilne)
24	Świdnik	LSM	Jana III Sobieskiego 1
25	Nowy Dwór Mazowiecki	LSM	Gen. W. Thommee 1a
26	Pastewnik	RAD	góra Poręba - radar meteorologiczny 50°52'58'', 16°02'22,9''
27	Brzuchania	RAD	działka nr 63 - radar meteorologiczny 50°23'38,13'', 20°04'04,74''
28	Gdańsk	RAD	Część działki numer 2/1 obręb Bysewo - radar meteorologiczny 54°23'03,17'', 18°27'23,00''
29	Poznań	RAD	działka nr ewid. 6 AL../9 w Wysogotowie - radar meteorologiczny 52°24'47,94'', 16°47'49,34''
30	Ramża	RAD	Wzgórze Ramża - radar meteorologiczny 50°09'04,59'', 18°43'29,86''
31	Rzeszów	RAD	Część działki numer 1867/52, miejscowość Jasionka - radar meteorologiczny 50°06'49,79'', 22°02'12,09''
32	Świdwin	RAD	część działki nr 3/145 obręb 001 - radar meteorologiczny 53°47'40,25'', 15°50'16,97''
33	Góra Św. Anny (w budowie)	RAD	na działce nr 45/1 (wydzielona z działki 45), obręb Żyrowa
34	Użranki (w budowie)	RAD	53°51'20,49''N, 21°24'43,86''E, działka nr 330/1, obręb 26
35	Nowy Gdańsk (przeniesienie radaru Gdańsk)	RAD	54° 30' 03,31'', 18°16'18,58, Nadleśnictwo Gdańsk - Kamień koło Szemudu - Trójmiejski Park Krajobrazowy, Woj. Pomorskie, pow. Wejherowski, gm. Szemud, Obr. Kamień, Dz. 439 (oddział leśny 253) leśnictwo: Kamień
36	Wrocław	SPA (Stacja Pomiarów Aeorologicznych)	Graniczna 201
37	Bielsko-Biała	SHM	Cieszyńska 321
38	Częstochowa	SHM	Oleńki 32
39	Gorzów Wielkopolski	RSHM	Sybiraków 10

40Jelenia Góra SHM Lotnictwa 3
41Kalisz SHM Róży Wiatrów 16
42Kielce RSHM Suków 19b, Daleszyce
43Kłodzko SHM Dusznicka 9
44Krosno RSHM Okrzei 99
45Legnica SHM Bartoszowska 2
46Lesko SHM Widokowa 36
47Leszno SHM Kosmonautów 8
48Motycz RSHM Radawiec Duży 272
49Nowy Sącz SHM Pijarska 30
50Olsztyn RSHM Sielska 34
51Opole RSHM Przeskok 4
52Racibórz SHM Broniewskiego 2
53Sandomierz SHM Ożarowska 65
54Toruń RSHM Storczykowa 124
55Wieluń RSHM Graniczna 45
56Włodawa SHM Korolowska 77
57Zielona Góra SHM Struga 1a
58Chojnice SHM Meteorologiczna 1
59Świnoujście SHM Żeromskiego 27
60Śnieżka WOM Śnieżki 20, Karpacz
61Katowice SHM Lotniskowa 1 (budynek Aeroklubu)
62Milejewo SHM Szkolna działka 54/9
63Kętrzyn SHM Bydgoska 31
64Dźwirzyno SHM Wyzwolenia, działka 2/13
65Koszalin SHM Morska 101
66Kozienice SHM Nowiny 66a
67Łeba SHM Rąbka 1a
68Mikołajki SHM Kajki 128
69Mława SHM Szreńska 14
70Kasprowy Wierch WOM WOA Kasprowy Wierch skr.poczt.222
71Piła SHM Miedziana 24
72Płock SHM Nowe Trzepowo 56, k. Płocka
73Siedlce SHM Piaskowa 284
74Słubice SHM Północna 46
75Sulejów SHM Polna 10
76Suwałki SHM Pułaskiego 125
77Tarnów SHM Piaskowa 56
78Tarnów (nowy) ASS+SPA Czysta 14
79Terespol SHM Polna 42
80Ustka SHM Marynarki Polskiej 1
81Zamość SHM Mokre 115
82Radzyń SH Słoneczna 43 gm. Sława
83Gdańsk SH Świbnieńska 40
84Zakopane - Hala Gąsienicowa Stacja Badań Niwialnych IMGW na Hali Gąsienicowej SBN na Hali Gąsienicowej (szer. geogr. 49°14'38", dł. geogr. 20°00'21").

Jak wskazano powyżej, Zamawiający wymaga świadczenia usług komórkowych z odpowiednim poziomem sygnału sieci umożliwiającym wykonywanie połączeń głosowych i transmisji danych w lokalizacjach, które są stałymi miejscami pracy służb dyżurnych i serwisowych - kluczowych dla pracy operacyjnej Zamawiającego. Wysoka jakość usług jest konieczna dla zapewnienia nieprzerwanej pracy Zamawiającego i realizacji jego zadań ustawowych. W celu poprawienia poziomu sygnału sieci mobilnej, ze względu na specyfikę techniczną sieci komórkowych dopuszczalne są tylko rozwiązania techniczne operatorskie
- realizowane przez operatora świadczącego usługi komórkowe. Z dotychczasowych doświadczeń IMGW-PIB wynika, że

przy aktualnym rozwoju sieci komórkowych zagadnienie związane z poprawą sygnału dotyczą małej skali - pojedynczych lokalizacji Zamawiającego. Aktualnie zastosowany jest repeater sygnału GSM w jednej lokalizacji - SHM Lublin, na lotnisku Lublin-Radawiec. Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem Odwołujących jakoby nadmiernym było wymaganie by w ramach prawa opcji Wykonawca miał zapewnić, że numery telefoniczne nowych kart SIM będą stanowiły spójny zakres numeracyjny - zawierający ciągłą pulę następujących po sobie numerów. W opinii Zamawiającego nie jest to wymaganie nadmiarowe i pozwala na uporządkowanie posiadanych numerów telefonicznych użytkowanych przez IMGW-PIB pod kątem racjonalności i elastyczności wykorzystania do różnych zasobów komórkowych jak i zarządzanie nimi. Pula dostępnych zakresów numeracyjnych w Polsce obejmuje setki milionów numerów, które są wykorzystywane jedynie w niewielkim ułamku. Z wcześniejszych doświadczeń Zamawiającego wynika, że ten warunek ciągłego zakresu numeracyjnego nie był kwestionowany przez dotychczasowych operatorów usług komórkowych wybieranych w postępowaniach publicznych. Zapis „Numery telefoniczne nowych kart SIM będą stanowiły spójny zakres numeracyjny" jest stosowany w dokumentacji przetargowej Zamawiającego od 2010 r. i wszyscy dotychczasowi operatorzy komórkowi spełniali ten warunek przez czasową rezerwację wymaganego zakresu dla potrzeb IMGW-PIB. W zakresie wymagania by zarówno dla planu podstawowego jak i rozszerzonego ryczałtowy miesięczny abonament obejmował video połączenia, w celu uniknięcia niepotrzebnej polemiki Zamawiający zobowiązał się zmodyfikować treść OPZ: w ust III.A, pkt a i w ust III.A, pkt 2.a usuwając zapis „połączeń video". Zmiana ta będzie rezultatem pytań zadanych przez jednego z potencjalnych oferentów. Kolejny zarzut odnosi się do terminu dostarczenia przez Wykonawcę kart SIM, który przypada najpóźniej na 10 dni roboczych (od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy) przed datą rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych na adresy wskazane przez Zamawiającego, który to termin jest w ocenie Odwołujących terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę, że Zamawiający przekaże Wykonawcy wykaz numerów telefonicznych (usługa głosowa) podlegających przeniesieniu do sieci Wykonawcy w terminie 14 dni przed uruchomieniem usług. Zamawiający zwrócił uwagę, że termin ten choć bardzo krótki, to ma służyć sprawnej realizacji zadań Zamawiającego i celów umowy jest możliwy do dotrzymania. Nadto zauważył, że nieznaczne przekroczenie terminu nie jest obarczone żadnymi sankcjami umownymi. Niezależnie od powyższego Zamawiający zobowiązał się zmodyfikować treść OPZ: ust. III. C pkt 4-5 poprzez wskazanie, że Zamawiający przekaże Wykonawcy wykaz numerów telefonicznych (usługa głosowa) podlegających przeniesieniu do sieci Wykonawcy w terminie 14 dni roboczych przed uruchomieniem usług. Zmiana ta nastąpi w reakcji na pytanie zadane przez jednego z potencjalnych oferentów. Odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający nieprawidłowo sformułował warunki zamówienia odnoszące się do doboru telefonów możliwych do zakupu w ramach zamówienia oraz nie podał w opisie przedmiotu zamówienia informacji (danych historycznych) dotyczących tego jakie modele telefonów i w jakich ilościach zostały przez niego zakupione na podstawie dotychczas obowiązującej umowy, należy wskazać że jest on całkowicie niezrozumiały w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający wskazał parametry jakie mają spełniać telefony przewidziane dla poszczególnych kategorii. Rolą Wykonawcy jest dobór odpowiednich modeli telefonów posiadających wymagane cechy.

Co oczywiste, szeroka oferta rynkowa nie narzuca tu Wykonawcy obowiązku wybierania modeli najdroższych, bowiem również szereg urządzeń ze średniej czy niższej półki cenowej może spełniać warunki ustalone przez Zamawiającego. Jednocześnie w opinii Zamawiającego nie można na podstawie danych historycznych określić trafnie preferencji użytkowników telefonów komórkowych. Co istotne - w aktualnie obowiązującej umowie oraz poprzedniej umowie na usługi telekomunikacyjne nie była przewidziana dostawa telefonów dla IMGW-PIB. Ostatnia dostawa telefonów komórkowych była wykonana w 2019 r. i w innej strukturze zamówienia (jeden rodzaj telefonu dla wszystkich użytkowników) niż postępowanie prowadzone obecnie, toteż dane historyczne nie byłyby miarodajne do oceny obecnych potrzeb Zamawiającego. Jeżeli chodzi o zarzut, że Zamawiający nie przewidział postanowień umożliwiających zmianę zaoferowanego modelu telefonu z powodu okoliczności niezawinionych i niezależnych od Wykonawcy, w szczególności w przypadku wycofania danego modelu telefonu ze sprzedaży przez producenta lub braku dostępności tego modelu na rynku, Zamawiający zobowiązał się dodać do wzorca umowy (w par. 16 ust. 2 Wzoru umowy zostanie dodany pkt 5) następujący zapis: „W wypadku wycofania ze sprzedaży lub braku dostępności zaoferowanego przez Wykonawcę w ofercie modelu telefonu, Wykonawca powinien zaproponować Zamawiającemu w ramach ustalonej ceny co najmniej 2 inne modele telefonów posiadające parametry techniczne przewidziane dla danej kategorii telefonu określone w OPZ bądź parametry lepsze". Powyższa zmiana umowy zostanie wprowadzona w odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z potencjalnych oferentów.

W ocenie Zamawiającego z gruntu chybiony jest zarzut jakoby Zamawiający w sposób nieuzasadniony przerzucił na wykonawcę obowiązek monitorowania wykorzystania maksymalnego wynagrodzenia i poinformowania Zamawiającego o

wykorzystaniu odpowiednio 75% i 90% tej kwoty. W żaden sposób nie można uznać by było to wymaganie nadmierne. Każdy z wykonawców ma możliwość weryfikacji zaawansowania kwotowego wykonania umowy z poziomu konta klienta i nie są tu wymagane po stronie Wykonawcy żadne dodatkowe zabiegi. Ponadto Wykonawca będzie dysponował wiedzą o zaawansowaniu wykonania umowy znacznie wcześniej niż Zamawiający, który wszak otrzymywać będzie rachunki po zakończeniu danego okresu rozliczeniowego. Co więcej - Zamawiający w celu weryfikacji kwoty wydatkowanej w celu realizacji umowy będzie musiał dokonywać agregacji dokumentów księgowych co stanowi czynność dalece bardziej pracochłonną i skomplikowaną niż weryfikacja tych danych przez wykonawcę. Wskazać wreszcie należy, że Zamawiający jest usługobiorcą, który płacić będzie znaczne kwoty za wykonanie usługi i który ma prawo stawiać rozsądne wymagania usprawniające pracę Zamawiającego i kontrolę wykonania umowy. Pamiętać należy że po przekroczeniu kwoty przewidzianej na realizację umowy zaistniałoby bezumowne korzystanie z usług Wykonawcy co w rygorze Prawa Zamówień Publicznych nie może mieć miejsca. Zamawiający pozostaje na stanowisku, że Wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność za działania podwykonawców w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami z tytułu podatku od towarów i usług.

Z uwagi na wagę potencjalnych naruszeń Zamawiający ma prawo wymagać najwyższej staranności we wskazanym zakresie. Cel wprowadzenia tych postanowień nie powinien budzić wątpliwości i jest zrozumiały - Zamawiający nie mam wpływu na to, jakich podwykonawców zaangażuje wykonawca. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za osoby, którymi posługuje się przy wykonywaniu umowy. Jeżeli więc osoby te działają nierzetelnie, także na gruncie podatkowym, wykonawca powinien wziąć odpowiedzialność za ich działania. Mając powyższe na uwadze należy bezsprzecznie wskazać, iż opis przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wzoru umowy zostały sporządzone zgodnie z zasadami określonymi przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny, a fakt zobowiązania się do dokonania wyżej wskazanych modyfikacji OPZ potwierdza jedynie, iż działanie Zamawiającego jest bezstronne i obiektywne.

W dniu 28.06.2023 r. podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron:

1) Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutu określonego w pkt III ppkt 1 lit. b odwołania i złożył dowody na potwierdzenie zarzutów odwołania:
   a) wydruk ze strony Odwołującego na który powołał się Zamawiający Mapa zasięgu sieci – T-Mobile.pl, z którego wynika, że Odwołujący nie deklaruje 100% pokrycia kraju sygnałem,
   b) artykuł ze strony UKE pod nazwą „Wzmacniacze GSM – co z nimi nie tak?" z oznaczeniem odpowiedniej treści na stronie 2 i wskazaniem schematu działania wzmacniacza GSM na stronie nr 3,
   c) formularz oferty z zaznaczeniem odpowiedniej treści na stronie nr 11 i nr 14;
2) Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów określonych w pkt III ppkt 1 lit. c i d oraz ppkt 2 lit. c odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, złożonej przez Zamawiającego, a także pozostałe dokumenty złożone w dniu 28.06.2023 r. na rozprawie przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Izba biorąc pod uwagę oświadczenia stron, złożone na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28.06.2023 r.: cofnięcie przez Odwołującego odwołania w zakresie zarzutu określonego w pkt III ppkt 1 lit. b odwołania, a także uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutów określonych w pkt III ppkt 1 lit. c i d oraz ppkt 2 lit. c odwołania, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu

cofniętego przez odwołującego: pkt III ppkt 1 lit. b odwołania i w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego: pkt III ppkt 1 lit. c i d oraz ppkt 2 lit. c odwołania, biorąc za podstawę art. 568 pkt 1 i 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. W zakresie części umorzonego postępowania Izba nie rozpatruje merytorycznie zarzutów cofniętych i uwzględnionych.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, które nie zostały cofnięte i uwzględnione jak wyżej, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1)art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1- 3 ustawy Pzp oraz art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie postanowień wzoru umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, naruszający uczciwą konkurencję oraz zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie w jakim Zamawiający:

a)przewidział, że w przypadku, gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, Wykonawca na własny koszt dokona niezbędnych instalacji w celu poprawienia poziomu sygnału, a wszelkie prace z tym związane zostaną wykonane w terminie 30 dni kalendarzowych od chwili pisemnego zgłoszenia problemów przez Zamawiającego (§ 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy) i jednocześnie Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za każdy dzień zwłoki w stosunku do tego terminu (§ 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy),

e)nie podał w opisie przedmiotu zamówienia informacji (danych historycznych) dotyczących tego jakie modele telefonów i w jakich ilościach zostały przez niego zakupione na podstawie dotychczas obowiązującej umowy (część V OPZ);

2)art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający:

a)przerzucił na wykonawcę obowiązek monitorowania wykorzystania maksymalnego wynagrodzenia i poinformowania Zamawiającego o wykorzystaniu odpowiednio 75% i 90% tej kwoty (§ 7 ust. 7 wzoru umowy);

b)wymaga przejęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za działania podwykonawców w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami z tytułu podatku od towarów i usług (§ 7 ust. 14 wzoru umowy).

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SWZ, co Izba ustaliła na podstawie dokumentacji zamówienia, przekazanej przez Zamawiającego, Zamawiający sformułował postanowienie w:

1)§ 4 ust. 3 pkt 2: „Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do zapewnienia dostępu do sieci GSM na obszarze min. 90 % terenu Polski, w tym w lokalizacjach Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1 do OPZ. W przypadku, gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, Wykonawca na własny koszt dokona niezbędnych instalacji w celu poprawienia poziomu sygnału. Wszelkie prace związane z poprawą sygnału muszą zostać wykonane w terminie 30 dni kalendarzowych od chwili pisemnego zgłoszenia problemów przez Zamawiającego.";

2)§ 9 ust. 1 pkt 3: „Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia kar umownych w przypadku niedotrzymania terminu określonego § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, w wysokości 600 zł (słownie: sześćset złotych) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w Umowie, za każdy przypadek.";

3)§ 7 ust. 7: „Wykonawca będzie monitorował wykorzystanie maksymalnego łącznego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w ust. 6 i powiadomi Zamawiającego o wykorzystaniu odpowiednio: 75% i 90% tej kwoty, przesyłając niezwłocznie informację pocztą elektroniczną do osób wskazanych w § 15 ust. 1 pkt. 1 i 2 Umowy. W przypadku wyczerpania maksymalnej łącznej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w zdaniu pierwszym przed dniem 1 czerwca 2025 r., Umowa wygaśnie z dniem wystawienia faktury, której kwota łącznie z kwotami wskazanymi w fakturach uprzednio wystawionymi osiągnie wartość maksymalnego łącznego wynagrodzenia Wykonawcy wskazanego w ust. 6. Przekroczenie łącznej kwoty wynagrodzenia umownego

nie narusza praw Wykonawcy do wynagrodzenia z tytułu faktycznie wykonanego przedmiotu Umowy. Z tytułu wygaśnięcia Umowy Wykonawcy nie przysługują żadne dalsze roszczenia prawne i finansowe w stosunku do Zamawiającego.";

4)§ 7 ust. 14: „Zważywszy na ryzyka związane z procederem wyłudzenia podatku od towarów i usług, Strony uzgodniły, iż Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za własne zobowiązania podatkowe oraz przejmuje pełną odpowiedzialność za działanie swoich podwykonawców, także w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami z tytułu podatku od towarów i usług. W przypadku wystąpienia do Zamawiającego przez organy skarbowe z jakimikolwiek wezwaniami do wypełnienia obowiązków podatkowych wynikających z działania lub zaniechania Wykonawcy lub jego podwykonawców, Wykonawca zobowiązuje się do całkowitego zaspokojenia ewentualnych zobowiązań Zamawiającego wobec organów skarbowych z tego tytułu, w szczególności zobowiązany jest do zwrotu na rzecz Zamawiającego uiszczonych przez niego kwot odliczeń od podatku VAT, odsetek, kar.".

Zgodnie z pkt V lit. A OPZ str. 11 OPZ „Dodatkowe wymagania specyfikacji telefonów komórkowych": „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał w ofercie do wyboru:
- dla kategorii I, III, IVminimalnie trzy modele telefonów różnych producentów spełniające wymagania określone powyżej przez Zamawiającego, - dla kategorii II, V dwa modele telefonów spełniające wymagania określone powyżej przez Zamawiającego,".

W załączniku nr 11 do SWZ w tabeli nr 2 – Urządzenia w kolumnie 4 wykonawca zobowiązany będzie podać jedną cenę jednostkową netto za jedną sztukę telefonu komórkowego danej kategorii.

Spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego dotyczył założenia wynikającego z SWZ – wzoru umowy, że wykonawcy mogą uwzględnić w cenie oferty koszty ewentualnych instalacji usprawniających zasięg sieci opetatora, który to zasięg
na odpowiednim poziomie miałby gwarantować należyte wykonanie zamówienia, a także,
że te instalacje mogą być wykonane w terminie 30 dni. Sporne były także: zobowiązanie wykonawcy do monitoringu wykonania umowy i możliwość prawna umownego zobowiązania wykonawcy do odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe podwykonawcy.

Odnośnie zarzutów w pkt III ppkt 1 lit. a, e i ppkt 2 lit. a i b odwołania Izba uznała
te zarzuty za zasadne.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16
pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego
w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jak w zarzutach odwołania w pkt III ppkt 1
lit. a i e oraz art. 353^1 w zw. z art. 5 i art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jak w zarzutach odwołania w pkt III ppkt 2 lit. a i b.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne sprawy,
w szczególności podnosi jak niżej.

Na podstawie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp:

1.Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2.Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4.Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić

do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W art. 16 pkt 1-3 ustawa Pzp nakazuje: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2)przejrzysty;
3)proporcjonalny.

Zgodnie z art. 353^1 ustawy – Kodeks cywilny: Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
Ponadto z art. 5 ustawy – Kodeks cywilny wynika zakaz nadużycia prawa podmiotowego:
Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie
lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta
z ochrony.
W myśl art. 487 § 2 ustawy - Kodeks cywilny: Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.
Na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia
23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
Na rozprawie w dniu 28.06.2023 r. strony zgodnie przyznały, że Zamawiający nie przewidział w SWZ przeprowadzenia wizji lokalnej, pomocnej także do przeprowadzenia pomiarów zasięgu sygnału do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych. Powyższe wynika również z treści SWZ, w której wizji lokalnej nie uwzględniono. Co więcej, Zamawiający wskazując, że wykonawcy mogli w swoim zakresie dokonać odpowiednich pomiarów zasięgu sygnału, niezbędnych w ocenie Odwołującego i Przystępującego do skalkulowania ceny ofertowej (uwzględnienia w niej kosztów niezbędnych instalacji), przyznał jednocześnie, że nie mogliby tego dokonać w każdym przypadku wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji, bowiem w niektórych z nich wymagana jest zgoda dostępowa. Obecnie podobne usługi jak
w prowadzonym przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonuje wykonawca Orange, który przez to w ocenie Odwołującego najlepiej orientuje się
w wymogach niezbędnej do wykonania zamówienia infrastruktury, a także preferencjach sprzętowych na skutek dotychczasowej współpracy z Zamawiającym i dostawy dotychczas użytkowanych aparatów telefonicznych. Z uwagi na wymóg SWZ co do zaproponowania kilku modeli w danej kategorii telefonów komórkowych, Odwołujący nie mając wiedzy na temat modeli telefonów dotychczas użytkowanych przez Zamawiającego, nie zna jego preferencji
z racji dotychczasowego użytkowania, a te zna dotychczasowy operator, z którym Zamawiający współpracuje. W związku z powyższym pozostali wykonawcy (z wyłączeniem dotychczas współpracującego operatora) mogą nieadekwatnie oszacować cenę ofertową, przy czym nie wiadomo na jakich zasadach spośród zaproponowanych modeli telefonów komórkowych wyboru danego modelu telefonu dokona Zamawiający. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie w dniu 28.06.2023 r., że wymaganie trzech modeli telefonów w SWZ w danej kategorii telefonów komórkowych wynika z tego, że niektóre modele telefonów komórkowych mogą w międzyczasie zostać wycofane z rynku. Zamawiający także wskazał, że spośród niewycofanych z rynku modeli telefonów zaoferowanych przez wykonawcę będą wybierane te, które będą miały dodatkowe parametry ponad wymagane minimalne.
Odwołujący wyjaśnił na rozprawie w dniu 28.06.2023 r., iż nie dysponuje narzędziami, które mógłby wykorzystać w wykonaniu monitoringu realizacji umowy jak chciałby Zamawiający, oraz, że jak wynika z orzecznictwa nie może ponosić odpowiedzialności podatkowej
za zobowiązania innych podatników (podwykonawców), czego także chciałby Zamawiający.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu w pkt III ppkt 1 lit. a odwołania: Z uwagi na to, że jedynie wykonawca obecnie realizujący podobne zamówienie ma pełną wiedzę na temat wymaganej infrastruktury
do wykonania zamówienia i jest w stanie precyzyjniej niż pozostali wykonawcy wkalkulować ryzyka ewentualnych instalacji w cenę ofertową, a Zamawiający nie przewidział wizji lokalnej w lokalizacjach, niezbędnej do wykonania odpowiednich pomiarów przez wykonawców, które wyrównałyby stan wiedzy co do zasięgu częstotliwości i uwzględnienia w cenie ofert przyszłych koniecznych instalacji, to w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że Zamawiający

przygotował i przeprowadza postępowanie nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba zgodziła się z Odwołującym, iż na etapie złożenia oferty wykonawca nie ma możliwości ustalenia ilu lokalizacji może dotyczyć konieczność instalacji oraz oszacowania kosztów jakie mogą być związane z koniecznością dokonania niezbędnych instalacji w celu poprawienia zasięgu sygnału. Podobnie należało się zgodzić
z Odwołującym co do tego, iż nie wiadomo czy termin 30 dni na wykonanie danej instalacji będzie terminem realnym do dotrzymania ze względu na formalności i procedury (SWZ nie wskazuje szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisu technicznego lokalizacji, konieczności pozyskania dodatkowych zgód, opinii lub dokonania ustaleń
z odpowiednimi urzędami, np. konieczność uzyskania opinii architektonicznej lub zgody odpowiednich organów na prowadzenie prac). Izba zgodziła się z argumentacją Odwołującego w odwołaniu, iż postanowieniem § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający przerzuca
na wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Zamawiający zdaniem Izby nie opisał szczegółowo przedmiotu zamówienia w zakresie swoich lokalizacji (w tym wskazania własności bądź konieczności uzgodnień z innym podmiotem niż Zamawiający) i wymaganego sygnału zasięgu (w budynku i na terenie otwartym). Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że jak wynika z załącznika nr 1 do OPZ lokalizacje Zamawiającego to nie są tylko biurowce położone w centrach miast, ale również takie lokalizacje jak lotniska (np. Warszawa Okęcie) czy miejsca, gdzie zlokalizowane są aparatury pomiarowe i radary Zamawiającego (np. Góra Świętej Anny), czemu Zamawiający nie przeczył. Każda z takich lokalizacji ma swoją specyfikę, np. działania na terenie budynku lotniskowego szczególnie w dzisiejszych warunkach, kiedy w obiektach o strategicznym znaczeniu obowiązują podwyższone standardy bezpieczeństwa wymaga dodatkowych formalności i procedur (konieczność uzyskania dodatkowych zgód, pozwoleń i opinii), co znacznie wydłuża czas potrzeby na wykonanie instalacji niezbędnych w celu poprawienia poziomu sygnału. Ponadto, ze względu na specyfikę części lokalizacji wykonawca może być zmuszony do zastosowania niestandardowych rozwiązań, co również może wydłużyć czas realizacji prac. W przypadku problemów z poziomem sygnału na terenie otwartym, czas konieczny na instalację urządzeń wzmacniających sygnał może być jeszcze dłuższy. Oprócz konieczności dobrania i zakupu urządzeń wzmacniających sygnał, wykonawca będzie musiał również prowadzić prace techniczno - montażowe związane z ich zamontowaniem
w lokalizacji Zamawiającego, co może wiązać się z koniecznością pozyskania dodatkowych zgód, opinii lub dokonania ustaleń z odpowiednimi urzędami (np. konieczność uzyskania opinii architektonicznej lub zgody odpowiednich organów na prowadzenie prac) czego wykonawca nie jest w stanie przewidzieć na obecnym etapie postępowania. Uwzględniając zarzut w pkt III ppkt 1 lit. a Izba orzekła w konsekwencji o usunięciu § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy.

Odnosząc się do zarzutu w pkt III ppkt 1 lit. e odwołania: Zamawiający wymagając w SWZ podanie przez wykonawców jednej ceny za jeden telefon komórkowy w ramach danej kategorii
telefonów komórkowych przy jednoczesnym wymogu zaoferowania kilku modeli, w praktyce zażądał ceny uśrednionej. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie w dniu 28.06.2023 r. SWZ nie wskazuje jakimi kryteriami będzie się kierował Zamawiający przy wyborze danego modelu telefonu komórkowego spośród kilku zaproponowanych modeli w ramach danej kategorii.
W ocenie Izby, uśrednienie ceny w ramach kategorii może powodować w szczególności taki skutek, że przy wyborze modelu droższego oferta będzie niedoszacowana, a przy wyborze tańszego – przeszacowana. Również w przypadku zaproponowania ceny z pułapu droższego modelu dla ograniczenia strat wykonawcy, efektem może być zarówno niekorzystne z uwagi tak na gospodarność wydatkowanie środków publicznych, jak i zawyżenie ceny oferty przetargowej i jej niekonkurencyjność. Jak wskazał Odwołujący, chcący zracjonalizować ofertę cenową, Zamawiający powinien podać w SWZinformacje (dane historyczne) dotyczące tego jakie modele telefonów i w jakich ilościach zostały przez Zamawiającego zakupione
na podstawie dotychczas obowiązującej umowy (część V OPZ). Izba wskazuje, że choć kwestia zasadności podania danych historycznych w SWZ jest ocenna, to zracjonalizowanie ceny ofertowej w danym zakresie przy pomocy tego narzędzia przy braku wskazania preferencji Zamawiającego w SWZ (sposobu wyboru spośród oferowanych modeli danego modelu w ramach kategorii telefonów komórkowych) jest zasadna. Brak tej informacji może uniemożliwić prawidłowe i konkurencyjne oszacowanie kosztów realizacji zamówienia
i spowoduje, że warunki zamówienia zostały ukształtowane w sposób prowadzący
do nieporównywalności ofert i naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Izba zgadza się z Odwołującym, że wykonawca obecnie świadczący usługi na rzecz Zamawiającego może być w stanie bardziej w sposób prawidłowy i nienarażający na straty, a jednocześnie konkurencyjny oszacować cenę za realizację przedmiotu zamówienia, gdyż dysponuje danymi historycznymi dotyczącymi preferencji użytkowników i wybieranych przez nich modeli telefonów (może być tak, że tendencją jest wybór urządzeń tej samej marki lecz nowszych, oferujących takie same lub co najmniej zbliżone funkcjonalności i parametry oraz fakt wyboru określonych marek

telefonów w danej organizacji) - to w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że Zamawiający przygotował i przeprowadza postępowanie nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba wzięła pod uwagę twierdzenia Odwołującego, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, że różnica pomiędzy cenami telefonów różnych producentów o zbliżonych parametrach (telefonów z tej samej kategorii) może wahać się od kilkuset do nawet kilku tysięcy złotych. W związku z tym szacując cenę dla danej kategorii telefonów, bez dostępu do danych historycznych, wykonawca zmuszony będzie przyjąć określone założenia co do zachowań użytkowników i tego, jakie modele telefonów są przez nich częściej wybierane (np. że w kategorii I w danej organizacji proporcja telefonów Apple do Huawei będzie wynosić 70 do 30%), które mogą okazać się błędne na etapie realizacji zamówienia. Oferty, przy których wycenie i przygotowaniu wykonawcy nie dysponują wystarczającą ilością danych, są nieporównywalne, a to może prowadzić z kolei do sytuacji, w której o wyborze oferty najkorzystniejszej nie będzie decydować to, że jest on najkorzystniejsza dla Zamawiającego zgodnie z przyjętymi kryteriami, ale to, jak wykonawca podszedł do jej wyceny i jakie faktycznie urządzenia będzie oferować. Dysponując danymi historycznymi pozostali wykonawcy będą mogli z większym przybliżeniem oszacować, na jakim poziomie kosztowym (z perspektywy operatora) kształtować będą się zakupy Zamawiającego w ramach tego najistotniejszego elementu kosztów, jakim jest dostawa urządzeń i złożyć konkurencyjne oferty umożliwiające uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu w pkt III ppkt 2 lit. a odwołania: Wykonawca na rozprawie w dniu 28.06.2023 r. wskazał, iż nie dysponuje oprogramowaniem, które umożliwiłoby monitorowanie wykonania umowy, czemu nie zaprzeczył Zamawiający. Izba podziela zdanie Odwołującego, iż to na Zamawiającym, a nie na Wykonawcy ciąży obowiązek rozliczenia umowy, i to Zamawiający powinien być zobowiązany do monitorowania jej wartości, zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę fakt, że na poziom wykorzystania maksymalnego łącznego wynagrodzenia wpływ będą miały nie tylko kwoty wystawionych faktur, ale również kwoty roszczeń jakie Zamawiający będzie mógł ewentualnie potrącić z wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający monitoruje wykonanie umowy w ramach wydatkowania środków finansowych, z tego względu nałożenie dodatkowego obowiązku na wykonawcę przy wykonywaniu go przez Zamawiającego, w ocenie Izby nie jest uzasadnione, proporcjonalne, i nie jest niezbędne do realizacji zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Pzp.

Odnosząc się do zarzutu w pkt III ppkt 2 lit. b odwołania: Izba zgadza się z Odwołującym, że brak jest uzasadnienia dla wymogu przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za działania podwykonawców w zakresie nieprzestrzegania przez te podmioty obowiązków związanych z rozliczeniami z tytułu podatku od towarów i usług. Odwołujący wskazał, że jak wynika z orzecznictwa sądów administracyjnych zasada odpowiedzialności wykonawcy za działania podwykonawców nie ulega rozszerzeniu na prawo podatkowe (takie wnioski wynikają m.in. z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi, sygn. akt I SA/Łd 336/22), a skoro wykonawca nie ma żadnych uprawnień do kontroli realizacji obowiązku podatkowego przez podwykonawcę ani żadnych narzędzi umożliwiających mu wyegzekwowanie realizacji tego obowiązku przez podwykonawcę, to Zamawiający nie może nakładać na wykonawcę obowiązku przejęcia przez wykonawcę pełnej odpowiedzialności za działania podwykonawców. W wyroku z dnia 11 października 2022 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi w sprawie o sygn. akt I SA/Łd 336/22, wskazał w szczególności, iż: „Rozliczenie podatku od towarów i usług jest wysoce sformalizowane. Ważną rolę w pełnią w nim dokumenty księgowe wystawiane przez podmiot dokonujący czynności opodatkowanej, a mianowicie faktury. Na podstawie treści faktur otrzymanych i wystawionych przez podatnika w danym okresie rozliczeniowym są sporządzane ewidencje sprzedaży i zakupu, a dane wynikające z ewidencji są podstawą do obliczenia podatku i wypełnienia deklaracji podatkowej. Oczywistym jest, że treść faktury powinna odpowiadać rzeczywistości. Faktury są istotnym elementem w procesie obliczenia podatku VAT, ale ich celem jest jedynie dokumentowanie zdarzeń podlegających opodatkowaniu. Innymi słowy, obowiązek podatkowy zasadniczo nie powstaje dlatego, że wystawiona zostaje faktura (z wyłączeniem art. 108 ust. 1 u.p.t.u.), ale dlatego, że dokonano czynności, która według ustawodawcy podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Analogicznie, prawo do odliczenia podatku naliczonego materialnie nie istnieje dlatego, że dany podmiot posiada fakturę zakupu towaru lub usługi, ale dlatego, że rzeczywiście kupił towar lub usługę. Faktura jest natomiast dowodem zaistnienia zdarzenia podlegającego opodatkowaniu, a jej treść umożliwia obliczenie podatku. Faktury muszą odzwierciedlać zatem stan rzeczywisty. Dotyczy to m.in. określenia stron transakcji podlegającej podatkowi. Faktura nie zawierająca danych rzeczywistego sprzedawcy towaru, a zamiast tego zawierająca dane innego podmiotu, nie będącego rzeczywistym sprzedawcą jest fakturą, która stwierdza czynności, które nie zostały dokonane w rozumieniu art. 88 ust. 3a pkt 4 lit. a ustawy o p.t.u. Jeżeli nawet towary określone w treści takiej faktury zostały

dostarczone, ale nie przez podmiot wskazany na fakturze jako sprzedawca, to zgodnie z powyższym przepisem, zasadniczo, podatnik traci możliwość odliczenia podatku naliczonego z takiej faktury. Jednakże Sąd ma w rozpoznawanej sprawie na uwadze m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 czerwca 2012 r. w sprawach połączonych C 80/11 i C 142/11. W wyroku tym Trybunał stwierdził m.in., że artykuł 167,
art. 168 lit. a, art. 178 lit. a, art. 220 ust. 1 i art. 226 dyrektywy 2006/112 stoją na przeszkodzie praktyce krajowej, w ramach której organ podatkowy odmawia podatnikowi prawa
do odliczenia od kwoty należnego VAT kwoty tego podatku należnego lub zapłaconego z tytułu świadczonych mu usług z tego powodu, iż wystawca faktur dotyczących owych usług lub jeden z jego usługodawców dopuścił się nieprawidłowości, bez udowodnienia przez organ podatkowy na podstawie obiektywnych przesłanek, iż podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, że transakcja mająca stanowić podstawę prawa do odliczenia wiązała
z przestępstwem popełnionym przez wystawcę faktury lub inny podmiot działający
na wcześniejszym etapie obrotu. Z powyższego wyroku wynika, że nie powinno się odmawiać podatnikowi prawa do odliczenia podatku naliczonego nie tylko wtedy, gdy nieprawidłowości dotyczą wcześniejszej lub późniejszej transakcji, ale nawet wtedy, gdy dotyczą one bezpośrednio transakcji zakupu zawartej przez tego podatnika, czyli tej transakcji, której dotyczy podatek naliczony do odliczenia, pod warunkiem jednak, że na podstawie obiektywnych przesłanek nie da się stwierdzić, że podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, że zawierana przez niego transakcja zakupu wiązała się z przestępstwem popełnionym przez wystawcę faktury. Zajęcie takiego stanowiska przez Trybunał wynika z dążenia
do zapewnienia neutralności podatku od towarów i usług dla podatnika przedsiębiorcy
i to nawet w sytuacji, gdy nieprawidłowość związana jest z transakcją zakupu zawartą przez tego podatnika. Uczciwy i starannie postępujący podatnik powinien mieć możliwość odliczenia podatku naliczonego, przy czym chodzi o zachowanie takiej staranności w zakresie sprawdzenia wiarygodności kontrahenta, jaka jest wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oczywistym jest jednak, że podatnik musi dysponować prawidłową pod względem formalnym fakturą zakupu oraz nie może budzić wątpliwości, że doszło do dostawy towaru lub wykonania usługi.”. A zatem jak wynika z powyższego orzeczenia, dobra wiara wykonawcy przy doborze podwykonawcy jest kluczowa dla uznania prawidłowości odliczeń podatku VAT przez wykonawcę, a więc wykonawca nie ponosi odpowiedzialności na tle podatkowym
za niezgodne z prawem podatkowym czynności podwykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie analizowała zagadnienie rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy na gruncie art. 473 ustawy – Kodeks cywilny, w szczególności w wyroku z dnia 12.11.2019 r., sygn. akt KIO 2129/19, wskazując: „Zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy
nie ponosi odpowiedzialności. W doktrynie tematu komentatorzy wskazują, że "rozszerzenie natomiast zakresu odpowiedzialności dłużnika praktycznie jest nieograniczone. Dłużnik zatem może w umowie zgodzić się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, chociaż w danym wypadku wedle ustawy powinien odpowiadać za okoliczności przez niego zawinione".
Ww. przepis wymaga jedynie od stron umowy określenia w ramach umowy okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika/wykonawcy, który może być przykładowo określony "przez wskazanie - szerszego lub węższego - zamkniętego kręgu okoliczności zwalniających, których zakres nie będzie wyczerpywał zakresu niezawinienia. W takim wypadku najczęściej wyjaśnienie winy dłużnika będzie zbędne.".

W ocenie Izby Zamawiający sformułował w sposób ogólny postanowienie § 7 ust. 14 wzoru umowy, nie wiadomo szczegółowo w jakich okolicznościach wykonawca ma przejąć i jakie zobowiązania podatkowe podwykonawcy. Jest jedynie wskazanie, że w pełnym zakresie,
a bez określenia czy chodzi o również o te przypadki, które byłyby niezawinione przez wykonawcę (w szczególności, gdy odpowiedzialność podlega wyłączeniu na tle przepisów prawa podatkowego). W ocenie Izby tak sformułowane ogólnie postanowienie nie spełnia wymogów, wynikających z art. 437 ustawy – Kodeks cywilny, i chociażby już z tego powodu podlega usunięciu z wzoru umowy. Izba ponadto w związku z wyżej przywołanym orzeczeniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi, sygn. akt I SA/Łd 336/22, stoi
na stanowisku, że rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej na podstawie art. 473 ustawy – Kodeks cywilny doznaje ograniczenia w rozszerzeniu odpowiedzialności wykonawcy
za zobowiązania podatkowe podwykonawcy, co skutkowało nakazaniem Zamawiającemu usunięcia odpowiedniej treści postanowienia § 7 ust. 14 wzoru umowy, jak w sentencji orzeczenia.

Izba przy tym wskazuje, że Zamawiający za to może wymagać od wykonawcy należytego wykonania zobowiązań podatkowych wykonawcy i w tym zakresie Izba nie widzi powodów usunięcia takiego postanowienia z wzoru umowy, choć w ocenie Izby takie postanowienie jest oczywiste w przedmiocie zobowiązań podatkowych stron.

Uwzględniając odwołanie w powyżej wskazanym zakresie, Izba zauważa, że choć jest związana zarzutami na gruncie art. 555 ustawy Pzp, to nie jest związana żądaniem odwołania. Ugruntowane w orzecznictwie jest stanowisko, iż Izba nie może nakazać wprowadzenia
do umowy postanowienia o określonej treści, a w niniejszej sprawie może jedynie orzekać
w zakresie wskazanym w art. 554 ust. 3 pkt 1 lit c ustawy Pzp (nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy). Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.10.2021 r., sygn. akt KIO 2809/21: „(...) istotnym elementem przy odwołaniach na element SWZ w postaci wzoru umowy, mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest przepis art. 554 ust. 6 p.z.p., zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia
do umowy postanowienia o określonej treści.”. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniając odpowiednio odwołanie nakazuje zamawiającemu zmianę projektowanego postanowienia umowy § 4 ust. 3 pkt 2 i § 7 ust. 7 wzoru umowy w określony w sentencji orzeczenia sposób. Ponadto Izba nakazuje Zamawiającemu usunięcie projektowanego postanowienia umowy § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy i z projektowanego postanowienia umowy § 7 ust. 14 wzoru umowy wskazanego w sentencji orzeczenia obowiązku. Izba także na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje wskazane w sentencji orzeczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu cofniętego i zarzutów uwzględnionych, a także uwzględniła odwołanie w pozostałym zakresie na podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy
ust. 1 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia
30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Wobec uwzględnienia odwołania w całości koszty ponosi Zamawiający. Izba zasądza
od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 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 i sposobu pobierania wpisu od odwołania, to jest koszty wynagrodzenia pełnomocnika nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……