Sygn. akt: KIO 636/23
650/23

WYROK
z dnia 24 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2023 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 marca 2023 r. przez: Odwołujących:

A) **Traffic Services sp. z o.o. (ul. H. Dulęby 7, 40-833 Katowice)** (KIO 636/23);

B) **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** (KIO 650/23);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ministerstwo Finansów (ul. Świętkorzyska 12, 00-916 Warszawa)**

przy udziale:

A. Wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 650/23 i KIO 636/23 po stronie Odwołującego

B. Wykonawcy **Traffic Services sp. z o.o. (ul. H. Dulęby 7, 40-833 Katowice)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 650/23 po stronie Odwołującego

C. Wykonawcy **Kapsch Telematic Services sp. z o.o. (ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 650/23 i KIO 636/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. umarza postepowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 636/23 w zakresie zarzutów II-IV odwołania oraz w zakresie zarzutu I odwołania w części dotyczącej treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 7.1.4. SWZ w odniesieniu do czasu, w jakim wykonawca może wykazać się doświadczeniem

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygn. akt KIO 636/23

3. uwzględnia odwołanie o sygn. akt. 650/23 w zakresie zarzutów dotyczących:

- niejasnego sformułowania sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 7.1.4. SWZ oraz
- niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji, nieuwzględniającego wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień SWZ (i odpowiednio pozostałych dokumentów zamówienia) poprzez:

a) dokonanie jednoznacznego opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia (pkt 7.1.4.1 i 7.1.4.2 SWZ) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

b) dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji (w dokumentach postępowania), w sposób, który będzie umożliwiał wykonawcom zaoferowanie porównywalnych cen uwzględniających wszystkie czynniki kosztotwórcze oraz wymagania związane z uruchomieniem i prowadzeniem PD,

4. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 650/23 w zakresie zarzutu dotyczącego czasu na uruchomienie PD w ramach prawa opcji,

5. kosztami postępowania obciąża:

- Odwołującego **Traffic Services sp. z o.o. (ul. H. Dulęby 7, 40-833 Katowice)** w zakresie odwołania o sygnaturze akt KIO 636/23,
- Zamawiającego **Ministerstwo Finansów (ul. Świętkorzyska 12, 00-916 Warszawa)** w zakresie odwołania o sygnaturze akt KIO 650/23 w wysokości 2/3,
- Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** w zakresie odwołania o sygnaturze akt KIO 650/23 w wysokości 1/3,

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Traffic Services sp. z o.o. (ul. H. Dulęby 7, 40-833 Katowice)** tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 636/23,
- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 650/23,
- kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)**,

5.2. zasądza od Zamawiającego **Ministerstwo Finansów (ul. Świętkorzyska 12, 00-916 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** kwotę **12 400 zł 00 gr** (słownie:

dwanaście tysięcy złotych zero groszy), w tym: kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci 2/3 wysokości wpisu od odwołania, kwotę **2400 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) tytułem 2/3 wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)**.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……...……...

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 636/23

Zamawiający Ministerstwo Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług bezpośredniej obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 038-111184.

Odwołujący Traffic Services sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec ust. 7.1.4. SWZw zakresie w jakim Zamawiający żąda, aby wykonawca wykazał, że wykonał, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej:

7.1.4.1.jedną usługę (umowy) polegającą na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta, w co najmniej 50 punktach obsługi, każda pod innym adresem, o wartości łącznej nie mniejszej niż 20 000 000 zł brutto (słownie: dwadzieścia milionów złotych),

7.1.4.2.jedną usługę (umowy) w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 50 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu Zamówienia, tj. bezzasadne wymaganie zdobycia odpowiedniego doświadczenia, w ramach jednej usługi (umowy), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a dodatkowo w zakresie ust. 7.1.4.1., również bezzasadny i nadmiarowy wymóg posiadania doświadczenia w obsłudze klienta, w co najmniej 50 punktach obsługi, o wartości łącznej nie mniejszej niż 20 000 000 zł brutto, co w konsekwencji powoduje istotne ograniczenie kręgu wykonawców mogących złożyć ofertę w Postępowaniu, naruszenie konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie dostępu do udziału w Postepowaniu i uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie zrealizować Zamówienie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikacji warunku udziału w Postępowaniu określonego w ust. 7.1.4. SWZ w następujący sposób:

„7.1.4. dot. zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunki, gdy wykaże się wykonaniem, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej:

7.1.4.1.jednej usługi (umowy) polegającej, na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta, w co najmniej 10 punktach obsługi, każdy pod innym adresem, o wartości łącznej nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych), lub świadczenia przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta w ramach prowadzonej własnej działalności biznesowej, w co najmniej 10 punktach obsługi, każdy pod innym adresem.

7.1.4.2.jednej usługi (umowy) lub w ramach własnej działalności biznesowej w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 10 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy."

Odwołujący podniósł zarzut dotyczący pkt 4.1.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiący załącznik nr 1 do Umowy,w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia liczby Punktów Dystrybucji, w których są świadczone Usługi w ramach zamówienia podstawowego maksymalnie o 50% w ten sposób, że od 13 miesiąca Zamawiający może ograniczyć liczbę PD, w których są świadczone Usługi o 25% w odniesieniu do początkowej ilości PD (100 PD), a od 25 miesiąca Zamawiający może ograniczyć liczbę PD, w których są świadczone Usługi o kolejne 25% w odniesieniu do początkowej ilości PD (100 PD).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez opisanie

przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny, poprzez obciążenie wykonawców ryzykiem ograniczenia przedmiotu Zamówienia przez Zamawiającego w trakcie jego realizacji o 50%, co w konsekwencji uniemożliwia precyzyjne określenie ceny ofertowej oraz naraża wykonawcę na poniesienie istotnych strat w związku z realizacją Zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji pkt 4.1.2. OPZ w następujący sposób:

„4.1.2 Zamawiający ma prawo do ograniczenia liczby PD, w których są świadczone Usługi w ramach zamówienia podstawowego maksymalnie o 50% 20% w ten sposób, że:

-od 13 miesiąca Zamawiający może ograniczyć liczbę PD w których są świadczone Usługi o25% 10 % w odniesieniu do początkowej ilości PD (100 PD),

-od 25 miesiąca Zamawiający może ograniczyć liczbę PD w których są świadczone Usługi o kolejne25% 10 % w odniesieniu do początkowej ilości PD (100 PD)."

Odwołujący podniósł także zarzut dotyczący pkt 4.2.1 OPZ, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby PD zostały rozmieszczone w taki sposób, aby odległość od wjazdu na Drogę płatną do najbliższego PD nie przekraczała 15 km, odległość między PD nie może być mniejsza niż 25 km , a PD powinny zostać usytułowane jak najbliżej wjazdu na Drogę płatną.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny, poprzez wprowadzenie nieosiągalnych w praktyce wymogów, co w konsekwencji uniemożliwia należytą realizację Zamówienia oraz naraża wykonawcę na poniesienie istotnych strat w związku z realizacją Zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)usunięcia pkt 4.2.1 OPZ

ewentualnie

2)modyfikacji pkt 4.2.1 OPZ w następujący sposób:

„4.2.1 PD ~~muszą~~ powinny, o ile okoliczności techniczne i prawne na to pozwolą, *zostać rozmieszczone w taki sposób, aby odległość od wjazdu na Drogę płatną do najbliższego PD nie przekraczała 15 km. Odległość między PD,*o ile okoliczności techniczne i prawne na to pozwolą, nie ~~może~~ powinna być *mniejsza niż 25 km. PD powinny zostać usytułowane jak najbliżej wjazdu na Drogę płatną."*

Odwołujący podniósł zarzut dotyczący pkt 4.3.1 OPZ, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby w każdym PD były świadczone Usługi w trybie 24 godzin każdego dnia w roku, z wyjątkiem krótkotrwałych przerw w świadczeniu Usług przez PD, które będą trwały nie dłużej niż 30 min na dobę, np. wynikających z konieczności przeprowadzenia aktualizacji, konserwacji urządzeń lub rozliczenia kasowego, a przerwa taka może występować jedynie w godzinach 22:00-06:00.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny, poprzez umożliwienie przerw w świadczeniu usług jedynie w godzinach 22:00 - 06:00, co w konsekwencji może uniemożliwić należytą realizację Zamówienia oraz narazić wykonawcę na poniesienie istotnych strat w związku z realizacją Zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji pkt 4.3.1 OPZ poprzez usunięcie zdania ostatniego, tj. w następujący sposób:

„4.3.1. Zamawiający wymaga aby w każdym PD były świadczone Usługi w trybie 24 godzin każdego dnia w roku, z wyjątkiem krótkotrwałych przerw w świadczeniu Usług przez PD, które będą trwały nie dłużej niż 30 min na dobę, np. wynikających z konieczności przeprowadzenia aktualizacji, konserwacji urządzeń lub rozliczenia kasowego. ~~Przerwa taka może występować jedynie w godzinach 22:00-06:00 "~~

Zamawiający opisał przedmiot Zamówienia w następujący sposób:

•Etap 1: Przygotowanie i wdrożenie do świadczenia Usług - Etap 1 będzie zrealizowany w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 30.09.2023 r., przy czym poszczególne czynności w ramach Etapu 1 zostaną wykonane przez Wykonawcę w terminach określonych w harmonogramie i OPZ.

•Etap 2: Świadczenie Usług - Etap 2 będzie realizowany przez okres 36 miesięcy począwszy od dnia 01.10.2023 r.

•Prawo opcji: Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie Usług w dodatkowych PD -termin realizacji w trakcie obowiązywania umowy.
Zamawiający wymaga aby w ramach realizacji Etapu 2 wykonawca świadczył Usługi w100 lokalizacjach PD, w tym 1 PD będzie zlokalizowany w strefie przygranicznej tj.: przejście graniczne Korczowa - Krakowiec.
W ust. 7.1.4. SWZ Zamawiający żąda, aby wykonawca wykazał, że wykonał, nie wcześniej
niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres
prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej:
1)jedną usługę (umowy) polegającą na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta, w co najmniej 50 punktach obsługi, każda pod innym adresem, o wartości łącznej nie mniejszej niż 20 000 000 zł brutto (słownie: dwadzieścia milionów złotych),
2)jedną usługę (umowy) w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 50 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy.
W opinii Odwołującego takie sformułowanie warunku udziału implikuje wykazanie się realizacją tożsamego zamówienia publicznego. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawcy realizujący tożsame zamówienia publiczne, niemal zawsze posługują się podwykonawcami, którzy realizują obsługę punktów obsługi klienta i którzy realnie nabywają doświadczenie w tym zakresie. Wymóg wykazania przez wykonawcę realizacji w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej usługi (umowy), polegającej na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta w opinii Odwołującego prowadzi do uprzywilejowania wykonawcy, który realizuje zadania w ramach trwającego obecnie zamówienia, dotyczącego obsługi bezpośredniej klientów SPOE KAS, tj. Kapsch. Wysokie progi wartościowe (tj. minimum 20 milionów złotych brutto) oraz ilościowe (50 punków obsługi), powodują, że potencjalni wykonawcy, którzy posiadają odpowiednie doświadczenie, zgromadzone przy realizacji usługi bezpośredniej obsługi klientów, zarówno w ramach SPOE KAS, jak również w ramach Elektronicznego Systemu Poboru Opłat w ramach KSPO oraz systemu Viatoll zostają pozbawieni możliwości udziału w postępowaniu, co w oczywisty sposób zmniejsza jego konkurencyjność. Tacy wykonawcy posiadają kilku lub kilkunastoletnie doświadczenie w obsłudze bezpośredniej klienta systemu poboru opłat. To właśnie ci wykonawcy, a nie podmioty zlecające taką usługę w ramach umów podwykonawczych, realizują bezpośrednią obsługę użytkowników dróg. Odwołujący realizuje ww. usługi nieprzerwanie od 2011 roku we własnych punktach obsługi oraz prowadząc je we współpracy z lokalnymi partnerami na terenie całego kraju, m.in. ze stacjami paliw, podmiotami prowadzącymi agencje celne, sprzedaż winiet, etc., a mimo to, nie spełnia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu.
Odwołujący zwrócił uwagę, że biorąc pod uwagę prawie 12-letnią historię funkcjonowania systemu poboru opłat w Polsce, istnieje wielu wykonawców, którzy nabrali odpowiedniego doświadczenia, a zawężenie wymogu jedynie do okresu 3 lat, w sposób oczywisty faworyzuje wykonawcę Kapsch, który ponad 2 lata temu otrzymał zamówienie, w ramach poprzedniego postepowania, tj. postępowania dotyczącego „Świadczenie Usług bezpośredniej Obsługi Klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS) w Punktach Dystrybucji Przygranicznych Punktach Obsługi Klienta".
Zgodnie z § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata.
W dalszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że wymagane w zaskarżonym warunku doświadczenie w usłudze bezpośredniej obsługi klienta w co najmniej 50 punktach obsługi jest kolejnym czynnikiem, powodującym wykluczenie zarówno Odwołującego, jak i innych podmiotów, świadczących tego typu usługi. Tak duża liczba prowadzonych punktów obsługi zdaniem Odwołującego eliminuje większość podmiotów, mających doświadczenie w prowadzeniu obsługi użytkowników dróg, a nie ma rzeczywistego uzasadnienia w ocenie możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu Zamówienia.
Odwołujący wskazał na analogiczne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone dotychczas i stwierdził, że w obecnym postepowaniu ilość punktów obsługi wymaganych w zaskarżonym warunku jest niewspółmiernie wysoka (przy założeniu obsługi 100 PD) i eliminuje z udziału w postępowaniu podmioty mające duże doświadczenie w obsłudze klienta, co w konsekwencji doprowadzi do istotnego ograniczenia grona wykonawców zdolnych do udziału w postępowaniu i zmniejszy jego konkurencyjność..
Łączna wartość jednej usługi (umowy), nie mniejsza niż 20 000 000 złotych brutto, stanowi w opinii Odwołującego kolejny element, eliminujący potencjalnych wykonawców z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.
Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie dopuścił możliwości, by realizacja bezpośredniej obsługi klienta była

wykonywana w ramach prowadzonej przez potencjalnego wykonawcę własnej działalności gospodarczej. Warunek w aktualnym brzmieniu faworyzuje podmioty, które pełnią rolę głównego wykonawcy, a obsługę punktów obsługi klientów zlecają podwykonawcom.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Oświadczył, że uwzględnił zarzut nr 1 w części, tzn. w zakresie żądania Odwołującego dotyczącego modyfikacji warunku udziału w postępowaniu określonego w ustępie 7.1.4 SWZ w ten sposób, że dokonał zmiany z 3 do 5 lat okres przed upływem terminu składania ofert, o którym mowa w tym ustępie.

Zamawiający oświadczył również, że uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

W zakresie zarzutu nr 1 (w części nieuwzględnionej) Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w jego ocenie zarzut jest całkowicie bezpodstawny.

Zamawiający wyjaśnił, że ma obowiązek uwzględnić przy określaniu warunków swoje potrzeby i zagwarantować należyte wykonanie zadania. Stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego warunki udziału w postępowaniu określone w punkcie 7.1.4 SWZ są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że zamówienie obejmuje świadczenie usług bezpośredniej obsługi klienta w maksymalnie aż 130 punktach dystrybucji rozrzuconych po całym kraju, których dokładna lokalizacji nie jest znana na dzień ogłoszenia przetargu i zostanie ustalona przez Zamawiającego i Wykonawcę dopiero w trakcie realizacji umowy. Usługi te charakteryzują się wysokim stopniem złożoności co potwierdza treść OPZ (w szczególności ustęp 4).

Zatem w opinii Zamawiającego rękojmię należytego wykonania zamówienia daje tylko taki podmiot, który:

•posiada doświadczenie w tworzeniu sieci sprzedaży obejmującej dużą liczbę punktów obsługi i opartej o podmioty zewnętrzne,

•posiada doświadczenie w świadczeniu złożonych usług bezpośredniej obsługi klienta w dużej liczbie punktów obsługi.

Dlatego Zamawiający stwierdził, że:

•wymaganie przez Zamawiającego doświadczenia polegającego na świadczeniu usługi bezpośredniej obsługi klienta w co najmniej 50 punktach obsługi o wartości łącznej nie mniejszej niż 20 000 000 złotych nie sposób uznać za wygórowane i nieproporcjonalne.

•uwzględnienie zmiany żądanej przez Odwołującego polegającej na obniżeniu wymagań do 10 punktów obsługi (w sytuacji gdyż zamówienie obejmuje do 130 punktów obsługi) i łącznej wartości usług wynoszącej 5 000 0000 złotych prowadziłoby do tego że warunek dla potwierdzenia doświadczenia niezbędnego dla należytej realizacji zamówienia byłby nieproporcjonalnie nisko wyznaczony .

Dalej Zamawiający wskazał, ze ustalając warunki udziału w postępowania jest zobowiązany w sposób proporcjonalny określić doświadczenie wymagane od przyszłego wykonawcy, tak aby zapewnić, iż będzie on w stanie podołać należytej realizacji zamówienia a nie kierować się tylko tym, jak chce Odwołujący, aby dopuścić do udziału w postępowaniu jak największą liczbę podmiotów.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący próbuje budować uzasadnienie dla swojego żądania w oparciu o warunki udziału w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na bezpośrednią obsługę Klienta tzn. postępowaniu na bezpośrednią obsługę Klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS) w Punktach Dystrybucji i Przygranicznych Punktach Obsługi Klienta", nr sprawy: R/3/20/PO/G/409.

Jednak jak wskazał Zamawiający, zakres zamówienia jest znacząco szerszy od zakresu zamówienia w poprzednim postępowaniu. Zamówienie w poprzednim postępowaniu nie obejmowało m.in. następujących usług:

a. dostarczenie i instalacja przez wykonawcę do każdego Punktu Dystrybucji (dalej PD) sprzętu informatycznego wraz z oprogramowaniem oraz łączy teletransmisji danych do każdego PD wraz z serwisowaniem i naprawą,

b. przygotowanie przez wykonawcę w każdym PD sprzętu do instalacji Aplikacji CRM,

c. dostarczenie i instalacja przez wykonawcę w każdym PD łączy teletransmisji danych wraz z serwisowaniem i naprawą,

d. przeprowadzenie przez wykonawcę w każdym PD szkoleń personelu w zakresie usług świadczonych w PD,

e. dostarczenie i zamontowanie przez wykonawcę oznakowania wewnętrznego i zewnętrznego dla każdego PD,

f. cykliczne wysyłanie przez Wykonawcę do Zamawiającego dokumentów dotyczących Klientów SPOE KAS.

Zamawiający wskazał, że aby rozszerzyć maksymalny krąg potencjalnych oferentów, podjął decyzję o

zmianie postanowień SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.1.4 SWZ w ten sposób, że punkt 7.1.4 SWZ otrzymał następujące brzmienie:
„7.1.4. dot. zdolności technicznej lub zawodowej:
Wykonawca spełni warunki, gdy wykaże się wykonaniem, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej:
7.1.4.1.jednej usługi (umowy) polegającej na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta, w co najmniej 25 punktach obsługi, każdy pod innym adresem, o wartości łącznej nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych),
7.1.4.2.jednej usługi (umowy) w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 25 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy.
Przy czym w przypadku określonym w pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno - doświadczenie wykonawców nie sumuje się w zakresie pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Przy czym Zamawiający dopuszcza wykazanie się tą samą umową na potwierdzenie warunków określonych w pkt 7.1.4.1. i pkt 7.1.4.2."
W trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty odwołania z wyjątkiem zarzutu nr 1 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.
Izba ustaliła i zważyła co następuje:
Wobec wycofania przez Odwołującego Traffic Services sp. z o.o. zarzutów opisanych w odwołaniu 363/23 pod numerem II-IV oraz w zakresiezarzutu I odwołania w części dotyczącej treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 7.1.4. SWZ w odniesieniu do czasu, w jakim wykonawca może wykazać się doświadczeniem,postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie wskazanych zarzutów.
Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie bezzasadnego i nadmiarowego określenia wymogu posiadania doświadczenia w obsłudze klienta.
Odwołujący nie wykazał, aby ten warunek udziału w postępowaniu został określony w sposób nadmiarowy, czy nieproporcjonalny.
Zamawiający wymaga bowiem wykazania zrealizowania 25 stanowisk PD, podczas gdy w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca będzie zobowiązany wykonać 100 – 130 stanowisk PD. Nie można tym samym uznać, aby wymóg był nadmiarowy.
Trafnie zauważył Zamawiający, że Odwołujący w argumentacji powołuje się na własne możliwości i usiłuje narzucić treść warunku stosownie do własnych zasobów. Jedyne argumenty, jakich użył Odwołujący, to wskazanie na ilość posiadanych punktów obsługi PD oraz powołanie treści warunku w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Nie są to jednak argumenty, które wskazywałyby na nadmiarowy charakter warunku udziału w postępowaniu.
Bez znaczenia pozostaje argument Odwołującego odnoszący się do postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w latach ubiegłych. Okoliczność, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu Zamawiający przewidział niższe wymagania, nie oznacza, że obecnie nie jest uprawniony do ich zwiększenia.
Tym bardziej, że Zamawiający wskazał, że istotną potrzebą jest wybór wykonawcy, który ma doświadczenie we współpracy z wieloma podmiotami, gdyż zamówienie będzie realizowane na terenie całego kraju, w sytuacji, gdy konieczna będzie współpraca z wieloma podmiotami, zatem nie jest wystarczające doświadczenie wyłącznie w ramach własnej działalności biznesowej. Zamawiający przede wszystkim powinien kierować się koniecznością wyboru wykonawcy, który będzie miał doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia, a zatem zdolnego do zrealizowania zamówienia, nie zaś wyłącznie tym, aby Odwołujący miał możliwość wzięcia udziału w postępowaniu.
Zatem nie jest również nadmiarowe wymaganie Zamawiającego, aby wykonawcy wykazali, że wykonywali zadanie w ramach umowy, a nie w ramach własnej działalności biznesowej.
Dodatkowo za trafny należy uznać argument Zamawiającego, któremu nie zaprzeczył Odwołujący, że utrudnione (jeśli nie niemożliwe) byłoby w takim przypadku wykazanie się przez wykonawcę dokumentem poświadczającym należyte wykonanie umowy (jak np. referencje). W takiej sytuacji brak jest podmiotu, który mógłby taki dokument wystawić.
Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że nie można uznać czynności Zamawiającego, polegającej na określeniu treści warunku udziału w postępowaniu za wadliwą. W konsekwencji, za bezzasadny został uznany zarzut

naruszenia przez Zamawiającego art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Sygn. akt: KIO 650/23

Odwołujący Integrated Solution sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzuciłZamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy:

1.Określenie szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, polegającego na wyłączeniu możliwości sumowania doświadczenia wykonawców w odniesieniu do poszczególnych usług opisanych w warunkach udziału w postępowaniu, który nie jest obiektywnie uzasadniony, ani uzasadniony charakterem zamówienia, ani proporcjonalny z uwagi na to, że usługi, do których odnoszą się warunki udziału w postępowaniu, mają zupełnie inny przedmiot (usługa polegająca na obsłudze klientów oraz usługa informatyczna), przez co nie jest proporcjonalne, obiektywnie uzasadnione, czy uzasadnione charakterem zamówienia, aby obydwie te usługi realizował jeden z wykonawców lub każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż w takim samym stopniu, co jeden wykonawca, który zrealizował obydwie usługi, będą zdolni do należytego wykonania umowy dwaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, z których każdy posiada doświadczenie w wykonaniu jednej z wymaganych usług i będzie realizował usługi, w których wykazuje wymagane doświadczenie, co stanowi naruszenie art. 117 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Rozdz. 7.1.4 SWZ);

2.Brak określenia maksymalnej wartości opcji z uwagi na wskazanie jedynie maksymalnej ilości nowych lokalizacji typu Punkt Dystrybucji (PD) - 30 lokalizacji - bez wskazania, jaka ilość nowych lokalizacji PD zostanie uruchomiona na jaki okres, co oznacza, że Zamawiający nie określił prawa opcji w sposób precyzyjny i jednoznaczny, w tym maksymalnej wartości prawa opcji, gdyż wartość prawa opcji w postępowaniu jest zależna nie tylko od ilości lokalizacji, lecz także od okresu, w jakim będą świadczone usługi w tych lokalizacjach (Wykonawca w Formularzu Ofertowym musi podać cenę brutto za miesiąc świadczenia usługi w 1 Punkcie Dystrybucji), co stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Rozdz. 2.2 SWZ, § 5.2 Wzoru Umowy, Pkt 8 OPZ).

3. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty:

a)Brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia dla prawa opcji, w ilu nowych lokalizacjach PD będzie świadczona usługa i przez jaki czas, co sprawia, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji uniemożliwia wykonawcy sporządzenie oferty, w tym skalkulowanie ceny oferty, gdyż wykonawca nie ma możliwości określenia, jaki będzie jego zakres świadczenia w ramach prawa opcji;

b)Zbyt krótki termin na uruchomienie usług w nowych PD w ramach prawa opcji - 3 miesiące - który jest niewystarczający na rozpoczęcie świadczenia usług w nowych PD w ramach prawa opcji, w szczególności z uwagi na to, że uruchomienie usług w nowych PD w ramach prawa opcji wymaga takiego samego zakresu prac, jak uruchomienie usług w PD w ramach podstawowego zakresu zamówienia, na co Zamawiający przewidział 4 miesiące, określając jednocześnie lokalizacje PD, w których usługi nieobjęte prawem opcji mają być świadczone (§ 5.5 Wzoru Umowy).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- Zmiany opisu warunków udziału w postępowaniu poprzez wykreślenie wyrażenia „Przy czym w przypadku określonym w pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno - doświadczenie wykonawców się nie sumuje, przy czym Zamawiający dopuszcza wykazanie się tą samą umową na potwierdzenie warunków określonych w pkt 7.1.4.1. i pkt 7.1.4.2.” i dodanie zastrzeżenia, że „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczenie wykonawców się sumuje i wystarczające będzie, gdy jeden z wykonawców będzie posiadał doświadczenie określone w pkt 7.1.4.1, a drugi w pkt 7.1.4.2 SWZ.”;
- Wskazanie, jaka liczba nowych PD będzie uruchamiana na jaki okres czasu, ewentualnie Realizacja świadczenia w nowych PD w ramach zamówień z wolnej ręki na podstawie art. 214 pkt 7 Pzp;
- Wydłużenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług w nowych PD w ramach prawa opcji do 5 miesięcy.

Zarzut 1: Niezgodny z ustawą sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający w Rozdz. 7.1.4 SWZ zastrzegł, że „w przypadku określonym w pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego

z nich osobno - doświadczenie wykonawców się nie sumuje, przy czym Zamawiający dopuszcza wykazanie się tą samą umową na potwierdzenie warunków określonych w pkt 7.1.4.1. i pkt 7.1.4.2.

Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, intencją Zamawiającego, z uwagi na charakter zamówienia oraz jego wartość, było takie skonstruowanie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie mogliby wykazać się łącznym doświadczeniem każdego z nich w ramach obu usług: tj. usługi związanej z obsługą klienta (pkt 7.1.4.1 SWZ) oraz świadczeniem usług informatycznych (pkt 7.1.4.2 SWZ). Zamawiający wskazał, że zgodnie z tym o co wnioskuje Odwołujący - dopuścił sytuację kiedy jeden z wykonawców legitymowałby się doświadczeniem np. w zakresie usługi związanej z obsługą klienta (pkt 7.1.4.1 SWZ), zaś drugi z wykonawców legitymowałby się doświadczeniem w zakresie świadczenia usług informatycznych (pkt 7.1.4.2 SWZ).

Dalej Zamawiający wskazał, że nie dopuścił możliwości, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli sumować swoje doświadczenie w ramach konkretnej usługi - tj. sumować swoje doświadczenie w zakresie usługi związanej z obsługą klienta (pkt 7.1.4.1 SWZ) lub sumować swoje doświadczenie w zakresie świadczenia usług informatycznych (pkt 7.1.4.2 SWZ).

Zamawiający zdecydował się doprecyzować brzmienie warunku udziału w postępowaniu w pkt 7.1.4 SWZ w zakresie sumowania się doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wprowadzając następujące brzmienie warunku udziału w postępowaniu:

Treść pkt 7.1.4 SWZ po zmianach:

„7.1.4. dot. zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunki, gdy wykaże się wykonaniem, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej:

7.1.4.1.jednej usługi (umowy) polegającej na świadczeniu przez co najmniej 12 miesięcy usługi bezpośredniej obsługi klienta, w co najmniej 25 punktach obsługi, każdy pod innym adresem, o wartości łącznej nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych),

7.1.4.2.jednej usługi (umowy) w której zakres wchodziło zapewnienie łącza internetowego, w co najmniej 25 lokalizacjach, każda pod innym adresem, świadczonej przez okres minimum 12 miesięcy.

Przy czym w przypadku określonym w pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno - doświadczenie wykonawców nie sumuje się w zakresie pkt 7.1.4.1. lub pkt 7.1.4.2. Przy czym Zamawiający dopuszcza wykazanie się tą samą umową na potwierdzenie warunków określonych w pkt 7.1.4.1. i pkt 7.1.4.2."

Odwołujący wskazał, że dokonana zmiana w dalszym ciągu nie wyjaśnia intencji Zamawiającego i podtrzymał zarzut odwołania z obawy, że treść warunku może być odmiennie interpretowana przez Zamawiającego (tj. niegodnie z wyrażona powyżej intencją) na etapie badania i oceny ofert.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 117 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

ie wprowadzone przez Zamawiającego do SWZ nie oddaje intencji, jaką kierował się Zamawiający przy określeniu warunków udziału w postępowaniu, a na którą wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Z tego względu Izba w sentencji nakazała Zamawiającemu dokonanie jednoznacznego opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia (pkt 7.1.4.1 i 7.1.4.2 SWZ) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający również w trakcie rozprawy z udziałem stron wykazywał, że jego intencją było, aby wykonawca posiadał doświadczenie albo w zakresie usługi opisanej w punkcie 7.1.4.1, albo usługi opisanej w punkcie 7.1.4.2. Zatem wyrażając taką intencję Zamawiający użył alternatywy rozłącznej. Tymczasem w poprawionej treści warunku Zamawiający nie użył już tak jasnego stwierdzenia. Powstała niejasność może doprowadzić do rozbieżnej interpretacji na etapie badania i oceny ofert, co wpłynąć także może na nieuzasadnioną, czy nieproporcjonalną interpretację warunku.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, nie ma podstaw do wyłączenia sumowania doświadczenia wykonawców tak, aby jeden wykonawca łącznie spełniał wymagania w ramach jednej z usług – 7.1.4.1, albo 7.1.4.2. Nie jest to obiektywnie uzasadnione charakterem zamówienia, a jest przy tym nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Prowadzi także do nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców, pozwalając na udział w istocie tylko wykonawcom którzy realizowali zarówno usługi obsługi klienta, jak i usługi informatyczne, pomimo iż w równym stopniu do należytego wykonania zamówienia zdolni byliby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, z

których jeden realizowałby usługi obsługi klienta, a drugi świadczył usługi informatyczne.
Zarzut nr 2 Brak wskazania maksymalnej wartości prawa opcji
Zgodnie z art. 441 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zobowiązany jest do wskazania maksymalnej wartości prawa opcji. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykonał tego obowiązku ustawowego.
Zamawiający zastrzegł w Rozdz. 2.2 SWZ, że „zgodnie z postanowieniem art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, przewiduje możliwość zastosowania prawa opcji. Zamawiający uprawniony jest do wielokrotnego korzystania z prawa opcji, z zastrzeżeniem, że łącznie w ramach prawa opcji liczba nowych PD nie przekroczy maksymalnej liczby 30 (słownie: trzydziestu) nowych lokalizacji PD".
Jak wskazał Odwołujący, z punktu widzenia świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, sama liczba nowych PD objętych prawem opcji nie jest wystarczająca do określenia maksymalnej wartości prawa opcji. Wykonawca musi wiedzieć przez jaki okres, dla jakiej liczby nowych PD będą świadczone usługi.
Dalej Odwołujący wskazał, że: „Zamawiający oczekuje podania w Formularzu ofertowym ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w jednym PD. Wykonawca nie ma wiedzy, ile dokładnie PD może być zamówionych i na jak długo. Zapewnienie wyposażenia i transmisji danych do PD, zapewnienie miejsc, w których PD będą się znajdować, zapewnienie personelu do obsługi klientów w PD, rodzi po stronie wykonawcy wymierne koszty. Koszty te przekładają się na cenę brutto za miesiąc świadczenia usługi w PD. Przykładowo, kalkulacja ceny za miesiąc świadczenia usługi dla 30-miesięcznego okresu świadczenia wymaganej przez Zamawiającego usługi w PD będzie różnić się od kalkulacji dla 6-miesięcznego okresu świadczenia usługi. Wiąże się to m.in. z koniecznością zapewnienia przez Wykonawcę dla każdego PD sprzętu komputerowego i oprogramowania (wg wymagań Zamawiającego opisanych w Załączniku nr 2 do OPZ), transmisji danych oraz osób do obsługi klientów w PD. Już sama konieczność zapewnienia sprzętu komputerowego i oprogramowania wiąże się z kosztem po stronie Wykonawcy, który alokowany do ceny za jeden miesiąc świadczenia usługi w PD przy okresie 30-miesięcznym będzie znacząco niższy niż alokowany do ceny za jeden miesiąc świadczenia usługi w PD przy okresie 6-miesięcznym. Różne okresy świadczenia usługi w danym PD będą się więc wiązać z różnymi kosztami po stronie Wykonawcy, co ma wpływ na określenie ceny za miesiąc świadczenia wymaganej przez Zamawiającego usługi w PD. Już ze względu na powyższe sposób określenia prawa opcji uniemożliwia skalkulowanie oferty".
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że takie zastrzeżenie nie pozwala określić, jaka jest maksymalna wartość prawa opcji, co jest niezgodne z art. 441 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zarzut nr 3 a) Brak podania ilości nowych PD oraz okresu świadczenia usług w nowych PD w ramach prawa opcji
Jak wskazał Odwołujący: „z punktu widzenia świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, sama liczba nowych PD objętych prawem opcji nie jest wystarczająca do określenia maksymalnej wartości prawa opcji. Wykonawca musi wiedzieć, przez jaki okres, dla jakiej liczby nowych PD będą świadczone usługi. Zamawiający oczekuje podania w Formularzu ofertowym ceny brutto za miesiąc świadczenia usługi w jednym Punkcie Dystrybucji. Wykonawca nie ma wiedzy, ile dokładnie PD może być zamówionych i na jak długo. Zapewnienie wyposażenia i transmisji danych do PD, zapewnienie miejsc, w których PD będą się znajdować, zapewnienie personelu do obsługi klientów w PD, rodzi po stronie wykonawcy wymierne koszty. Koszty te przekładają się na cenę brutto za miesiąc świadczenia usługi w PD. Kalkulacja ceny za miesiąc świadczenia usługi dla 30-miesięcznego okresu świadczenia wymaganej przez Zamawiającego usługi w PD będzie różnić się od kalkulacji dla 6-miesięcznego okresu świadczenia usługi. Wiąże się to m.in. z koniecznością zapewnienia przez Wykonawcę dla każdego PD sprzętu komputerowego i oprogramowania (wg wymagań Zamawiającego opisanych w Załączniku nr 2 do OPZ), transmisji danych oraz osób do obsługi klientów w PD.
Już sama konieczność zapewnienia sprzętu komputerowego i oprogramowania wiąże się z kosztem po stronie Wykonawcy, który alokowany do ceny za miesiąc świadczenia usługi w PD przy okresie 30-miesięcznym będzie znacząco niższy niż alokowany do ceny za miesiąc świadczenia usługi w PD przy okresie 6-miesięcznym. Różne okresy świadczenia usługi w danym PD będą się więc wiązać z różnymi kosztami po stronie Wykonawcy, co ma wpływ na określenie ceny za miesiąc świadczenia wymaganej przez Zamawiającego usługi w PD. Już ze względu na powyższe sposób określenia prawa opcji uniemożliwia skalkulowanie oferty".
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że w zakresie prawa opcji przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Za uzasadniony został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z tym artykułem, 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.
Powyższe wymaganie dotyczy także prawa opcji.
Jak wskazał Odwołujący, brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia dla prawa opcji, w ilu nowych lokalizacjach PD będzie świadczona usługa i przez jaki faktycznie czas sprawia, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w konsekwencji uniemożliwia wykonawcy sporządzenie oferty, w tym skalkulowanie ceny oferty, gdyż wykonawca nie ma możliwości określenia, jaki będzie jego zakres świadczenia w ramach prawa opcji.
W niniejszym postępowaniu przewidziana opcja jest szczególna z uwagi na fakt, że Wykonawca, aby realizować zadania w ramach prawa opcji, jest zobowiązany ponieść znaczące nakłady i jednocześnie nie ma wiedzy, na jaki okres czasu może rozłożyć koszty poniesionych nakładów. Powyższe ma istotne znaczenie, gdyż wpływa na brak możliwości skalkulowania kosztów. Z jednej strony Zamawiający w formularzu cenowym przewidział maksymalny czas, przez który ma być realizowana usługa dla jednego PD jako 30 miesięcy, oczekując, że wykonawca skalkuluje ofertę przyjmując ten właśnie czas. Zamawiający jednocześnie jako podstawę dla przyszłych rozliczeń wskazał wynagrodzenie jednomiesięczne, obliczone przy przyjęciu rozłożenia kosztów na 30 miesięcy. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że ilość miesięcy trwania usługi w pojedynczym PD może wynieść od 6 do 30 miesięcy. Taka sytuacja nie gwarantuje wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów, gdyż skalkulowanie kosztów na 30 miesięcy (jak chciał Zamawiający) nie oznacza, że usługi w danym PD będę faktycznie świadczone przez ten okres. W świetle postanowień SWZ możliwa jest sytuacja, w której pomimo takiej kalkulacji kosztów, usługi w danym PD świadczone będą przez okres krótszy niż 30 miesięcy, aż do minimalnego okresu gwarantowanego przez Zamawiającego, tj. 6 miesięcy.
Wykonawca w celu prowadzenia każdego z PD będzie zobowiązany ponieść koszty wyposażenia – w tym sprzętu komputerowego, co wynika z treści SWZ. Są to koszty stałe, których poniesienie jest konieczne, aby dany PD został utworzony. Odwołujący wykazał, że inny jest miesięczny koszt prowadzenia jednego PD w sytuacji, gdy koszty rozkładają się na 6 miesięcy, a zupełnie inny, gdy koszty zostaną rozłożone na 30 miesięcy. Przyjęcie takiej kalkulacji jak dotychczas w formularzu cenowym i jednoczesny brak jakiejkolwiek stałej w określeniu przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji powoduje, że wykonawca nie ma żadnej gwarancji zwrotu poniesionych kosztów. Brak zatem dokładnego określenia oraz uwzględnienia przez Zamawiającego powyżej wskazanych okoliczności może mieć istotny wpływ na sporządzenie oferty, o czym mowa jest w zacytowanym powyżej art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Oczywistym jest, że Zamawiający ma możliwość przewidzenia opcji i wskazania jej maksymalnej wartości. Jednakże nieuprawnione jest doprowadzenie do sytuacji, w której opcja jest całkowitą niewiadomą, tak co do ilości PD, jak i co do okresu świadczenia usług w PD uruchomionym w ramach opcji. Należy zauważyć, że brak poprawnego sformułowania formularza cenowego spowoduje, że złożone oferty staną się nieporównywalne, co tym bardziej czyni zarzut zasadny.
Zatem w kontekście powyższego, uwzględniony został zarzut nr 2 odwołania (opisany powyżej). Wprawdzie Zamawiający określił prawo opcji jako maksymalnie 30 punktów obsługi PD oraz maksymalny czas funkcjonowania jednego punktu obsługi PD jako 30 miesięcy, jednakże Odwołujący wykazał, że opisanie prawa opcji nie jest wystarczające i uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, na co wskazał Odwołujący w odwołaniu (i o czym mowa powyżej).
Izba w treści sentencji nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień SWZ (i odpowiednio pozostałych dokumentów zamówienia), poprzez: dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji (w dokumentach postępowania) w sposób, który będzie umożliwiał wykonawcom zaoferowanie porównywalnych cen, uwzględniających wszystkie czynniki kosztotwórcze oraz wymagania związane z uruchomieniem i prowadzeniem PD.
Pozostawiono swobodę decyzji Zamawiającego co do tego, czy Zamawiający określi oczekiwaną ilość miesięcy realizacji usługi dla jednego PD, czy też zmieni konstrukcję formularza cenowego, tak, aby porównywalne i realne stało się obliczenie wartości jednego miesiąca świadczenia usługi w ramach jednego PD (np. poprzez wyodrębnienie pozycji kosztów jednorazowych, które każdorazowo musi ponieść wykonawca uruchamiając punkt PD - takich jak sprzęt, oprogramowanie, które to koszty będą gwarantowane przez Zamawiającego przy uruchomieniu jednego PD).
Zarzut nr 3 b) Nieodpowiedni czas na uruchomienie PD w ramach prawa opcji
Zgodnie z § 5 ust. 5.5 Wzoru Umowy, Zamawiający zastrzegł, że „Skorzystanie z prawa opcji wymaga przesłania przez Zamawiającego do Wykonawcy zawiadomienia na piśmie pod rygorem nieważności o uruchomieniu prawa opcji. W zawiadomieniu o skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę, nie później niż 3 miesiące przed rozpoczęciem świadczenia Usług w nowych PD, o liczbie nowych PD oraz terminie rozpoczęcia świadczenia Usług w poszczególnych nowych PD". Oznacza to, że wykonawca ma 3 miesiące na rozpoczęcie świadczenia Usług w nowych PD, co w ocenie Odwołującego jest terminem niewystarczającym.
Odwołujący wskazał na zakres czynności, jakie musi wykonać wykonawca w celu rozpoczęcia świadczenia usług w

nowym PD, uruchomionym w ramach prawa opcji, który jest tożsamy z zakresem czynności wymaganych dla uruchomienia PD w ramach podstawowego zakresu zamówienia.
Zestaw tych czynności został określony przez Zamawiającego w pkt. 2 OPZ:„2. W ramach Etapu 1 Wykonawca zobowiązany jest do:
2.1.przedstawienia do akceptacji Zamawiającemu propozycji lokalizacji PD. Wzór Listy Lokalizacji PD stanowi Załącznik 1 do OPZ,
2.2.dostarczenia i instalacji sprzętu informatycznego wraz z oprogramowaniem oraz łączy teletransmisji danych do każdego PD,
2.3.przeprowadzenia szkoleń personelu w zakresie usług świadczonych w PD,
2.4.przygotowania sprzętu do instalacji Aplikacji CRM dla każdego PD,
2.5.złożenie wniosków do Zamawiającego o dostęp do Aplikacji CRM dla Personelu,
2.6.dostarczenia i zamontowania oznakowania wewnętrznego i zewnętrznego dla każdego PD,
2.7.dostarczenia materiałów eksploatacyjnych do każdego PD,
2.8.dostarczenia urządzeń OBU do każdego PD,
2.9.przedstawienia każdego z PD do odbioru.”.
Odwołujący podkreślił także, że pomimo, iż zakres tych czynności jest tożsamy, to dla rozpoczęcia świadczenia usług w nowych PD w ramach prawa opcji Zamawiający przewidział termin 3 miesięcy, a zatem o jeden miesiąc krótszy niż dla świadczeń nieobjętych prawem opcji, co potwierdza, że termin dla rozpoczęcia świadczenia usług w nowych PD w ramach prawa opcji jest zbyt krótki, skoro sam Zamawiający w podstawowym zakresie zamówienia dla tych samych czynności przewidział dłuższy termin - 4 miesiące.
Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w ramach świadczeń nieobjętych prawem opcji Zamawiający przewidział termin o miesiąc dłuższy, pomimo iż odnośnie podstawowych PD Wykonawca może już na etapie składania ofert przemyśleć, gdzie chce zaproponować uruchomienie 100 PD w etapie podstawowym, przygotować się, by spełnić wymagania geograficzne z pkt. 4.2 OPZ, zaplanować cały projekt i ma na to 4 miesiące od podpisania umowy (etap 1).
Odwołujący wskazał także, że Zamawiający przewidział karę umowną za zwłokę w uruchomieniu PD w ramach prawa opcji. Zgodnie z § 18 ust. 18.10.20 Wzoru Umowy „w przypadku zwłoki Wykonawcy w realizacji zobowiązań, o których mowa w § 5 ust. 5.5. Umowy (dotyczy zlecenia utworzenia PD w ramach Prawa Opcji), Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki (kara umowna naliczana jest za każdy PD z osobna)”.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie zgadza się z zarzutem formułowanym przez Odwołującego, w tym z jego uzasadnieniem. Wskazał, iż 4-miesięczny termin na uruchomienie Usług w PD w ramach podstawowego zakresu zamówienia dotyczy aż 100 lokalizacji PD, natomiast 3-miesięczny termin na uruchomienie Usług w nowych PD w ramach prawa opcji dotyczy przeszło 3 razy mniejszej ilości PD, tj. maksymalnie 30 lokalizacji PD. Zatem proporcjonalność zaangażowania sił i środków ze strony Wykonawcy w ramach prawa opcji będzie nieporównywalnie mniejsza niż w przypadku podstawowego zakresu zamówienia.
Zamawiający wyjaśnił, że termin 4 miesięcy wynika z postanowienia SWZ 5.1.1 Etap 1 będzie zrealizowany w okresie od dnia zawarcia Umowy do dnia 30.09.2023 r. oraz postanowienia umowy, które świadczą o planowanym zawarciu umowy z dniem 1 czerwca, tj. § 6 ust. 6.3 umowy: „W przypadku gdy Umowa zostanie zawarta po dniu 1 czerwca 2023 to Strony podpiszą aneks do Umowy zmieniający termin zakończenia Etapu 1 i rozpoczęcia Etapu 2 tak aby zapewnić okres realizacji dla Etapu 1 wynoszący 4 miesiące, chyba że Strony uzgodnią inaczej.” Zatem Zamawiający uznał, że twierdzenie Odwołującego w podniesionym zarzucie, iż „uruchomienie usług w nowych PD w ramach prawa opcji wymaga takiego samego zakresu prac, jak uruchomienie usług w PD w ramach podstawowego zakresu zamówienia” nie jest prawdziwe i wprowadza w błąd.
Zarzut podlegał oddaleniu.
Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, iż nie jest nadmiernym termin wskazany przez Zamawiającego dla uruchomienia nowych PD w ramach prawa opcji, ponieważ proporcjonalność zaangażowania sił i środków ze strony Wykonawcy w ramach prawa opcji będzie nieporównywalnie mniejsza niż w przypadku podstawowego zakresu zamówienia, skoro w ramach podstawowego zakresu zamówienia Wykonawca będzie musiał zrealizować prace dla aż 100 lokalizacji PD, natomiast na uruchomienie Usług w nowych PD w ramach prawa opcji - co najwyżej ponad 3 razy mniej (bowiem maksymalnie 30 lokalizacji PD).
Sama okoliczność, na którą zwracał uwagę Odwołujący, że Wykonawca przy uruchomieniu PD – tak w zamówieniu podstawowym, jak przy zamówieniu w ramach prawa opcji - jest zobowiązany wykonać takie same działania nie przesądza, że termin na uruchomienie nowego PD powinien wynosić 4 miesiące. Potencjał, jaki będzie musiał

zaangażować Wykonawca dla uruchomienia 100 nowych PD, skala zaangażowania, jest znacząco wyższa przy zamówieniu podstawowym, dlatego zrozumiałym jest fakt, że w tym przypadku Zamawiający przewiduje dłuższy termin na uruchomienie PD. Co więcej, w ramach prawa opcji Zamawiający przewidział maksymalną ilość 30 nowych PD, co oznacza, że może być to ilość mniejsza. Ponadto czas, w którym powinny zostać utworzone nowe PD w ramach prawa opcji może być różny, zatem nie wpłynie to na konieczność zaangażowania ogromnego potencjału przygotowania w jednym czasie wszystkich PD, jakie w ramach opcji mogą zostać utworzone.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał, że istnieje możliwość uruchomienia nowego PD już w ciągu zaledwie jednego miesiąca. Odwołujący natomiast nie wykazał, że przeprowadzenie wymaganych czynności w ciągu 3 miesięcy nie będzie możliwe.

Nie można zatem stwierdzić, aby Zamawiający w tym zakresie opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z powyższych względów zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczone przez obydwu Odwołujących wpisy od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego (w wysokości 3600 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia).

Uwzględniając powyższe przepisy, Zamawiającego oraz obu Odwołujących obciążono kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych.

W odwołaniu o sygnaturze akt KIO 636/23 do rozpoznania na rozprawie został skierowany 1 zarzut, który podlegał oddaleniu. Stąd kosztami postępowania (wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł) w całości został obciążony Odwołujący.

W odwołaniu o sygnaturze akt KIO 650/23 zostały wyszczególnione 4 zarzuty, z których jeden z zarzutów stanowi powtórzenie stanu faktycznego drugiego z zarzutów, stąd zarzuty opisane w odwołaniu jako zarzut nr 2 i 3a) zostały zakwalifikowane jako jeden zarzut.

Dwa zarzuty odwołania zostały uwzględnione, a jeden z zarzutów podlegał oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 2/3 oraz Odwołującego w wysokości 1/3.

W konsekwencji, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 10 000 zł 00 gr, która stanowi 2/3 wysokości wpisu od odwołania oraz kwotę 2400 zł 00 gr, która stanowi 2/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……