

WYROK
z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Polkomtel Sp. z o. o., ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Poczta Polska S.A. z/s w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przez, którego przedmiotem jest zakup i świadczenie usług telefonii komórkowej oraz usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą urządzeń do ich świadczenia dla Poczty Polskiej S.A. nr referencyjny: BZA.2600.037.2019.

Odwołujący: Orange Polska S.A. z/s w Warszawie wniósł odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że w SIWZ opisano przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób nieproporcjonalny do obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z uwagi na zaniechanie określenia okresów świadczenia poszczególnych ilości i rodzajów usług, jak również terminów dostawy poszczególnych ilości i rodzajów urządzeń;
2. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób nieproporcjonalny do obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z uwagi na określenie w pkt 4.2.4.4 wzoru umowy zbyt krótkich terminów dostawy urządzeń, przy zaniechaniu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zakresu i harmonogramu dostaw w ramach zamówień cząstkowych;
3. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zaniechanie wskazania miejsc instalacji oraz osób kontaktowych w lokalizacjach Zamawiającego;
4. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób nieproporcjonalny do obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z uwagi na określenie zbyt długiego terminu na potwierdzenie przez Zamawiającego usunięcia awarii lub wady i wydanie zgody na zamknięcie Zgłoszenia serwisowego;

5. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w odniesieniu do usług opisanych w pkt 5.1.1 i 5.1.2. OPZ (Usługi Głosowe) z uwagi na zaniechanie podania danych niezbędnych do oszacowania ceny realizacji zamówienia i jej składników kosztowych;

6. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym pakiety roamingowe w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na wskazanie na usługę oferowaną przez ograniczone grono operatorów;

7. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 pzp przez opis przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym usługi wsparcia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a nadto utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na preferowane usługi (aplikacji) oferowanej przez ograniczone grono operatorów.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w następującym zakresie:

1. *w odniesieniu do okresów świadczenia, ilości i rodzajów usług oraz terminów dostawy urzędzeń:*

a) *wskazanie ilości numerów, które w terminie 35 dni od dnia podpisania umowy Wykonawca będzie zobowiązany uruchomić oraz ilości numerów, które będzie zobowiązany przejąć w tym czasie od obecnego Wykonawcy,*

b) *określenie harmonogramu zamówień (przynajmniej w podziale na kwartały) pozostałej ilości numerów, w podziale na rodzaje abonamentów, w ramach zamówienia podstawowego do łącznej ilości 19600,*

c) *określenie, że Zamawiający z każdym Urzędzeniem lub Urzędzeniami będzie zobowiązany do zamówienia usług głosowych lub transmisji danych (tzn. że nie jest możliwe zamówienie przez niego tylko urzędzeń, bez świadczonych usług);*

alternatywnie - określenie ilości poszczególnych rodzajów Urzędzeń, które Zamawiający może zamówić bez konieczności jednoczesnego zamówienia usług głosowych lub transmisji danych; (zarzut i żądanie cofnięte, tak jak pozostałe oznaczone kursywą – przyp. KIO)

2. wydłużenie terminu dostawy Urzędzeń określonego w rozdziale 4 pkt 4.2.4.4 wzoru umowy do 20 dni roboczych;

3. w odniesieniu do miejsca instalacji:

a) doprecyzowanie OPZ poprzez wskazanie w każdej lokalizacji pomieszczeń, do których usługi mają zostać doprowadzone,

b) wskazanie osób upoważnionych do kontaktów z Wykonawcami w tych lokalizacjach w zakresie niezbędnym do sprawdzenia możliwości technicznych świadczenia usług, w tym

upoważnionych do wpuszczenia Wykonawców do pomieszczeń, w których mają być świadczone usługi,

c) doprecyzowanie, czy w celu uruchomienia usług Wykonawca będzie mógł wykorzystać bezpłatnie wewnętrzną infrastrukturę (okablowanie) we wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ lokalizacjach;

4. *zmianę pkt 6.6.6 OPZ w taki sposób żeby wynikało z niego, że Zamawiający ma maksymalnie 4h robocze na potwierdzenie usunięcia awarii lub wady i wydanie zgody na zamknięcie Zgłoszenia serwisowego;*

alternatywnie: określenie, że w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieskuteczności usunięcia Awarii lub Wady, Zamawiający dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego, przy czym czas usunięcia Awarii lub Wady Uczy się od chwili powtórnego Zgłoszenia Serwisowego

5. *w odniesieniu do Usług Głosowych opisanych w pkt 5.1.1 i 5.1.2. OPZ:*

a) *uzupełnienie SIWZ o szczegółowy billing, z okresu minimum 3 miesięcy, dla ruchu krajowego z numerów Zamawiającego, w podziale na połączenia głosowe, SMS i MMS realizowane w sieci obecnego Wykonawcy, do sieci innych operatorów, do sieci stacjonarnych oraz do krajów Unii Europejskiej oraz billing dla krajowej transmisji danych (zbiorcze zestawienie ilości wysyłanych miesięcznie danych),*

b) *uzupełnienie SIWZ o szczegółowy billing, z okresu minimum 3 miesięcy, dla transmisji danych w roamingu z numerów Zamawiającego, w podziale na kraje do których/z których te połączenia są wykonywane i które mają być uwzględnione w wycenie usług; (zarzuty i żądania cofnięte);*

6. *w odniesieniu do usług roamingowych:*

a) *wykreślenie wymagania zapewnienia pakietów roamingowych, określonego w pkt. 3.10. Załącznika nr 2 do OPZ oraz opcjonalnie uwzględnienie w formularzu cenowym możliwości wyceny stawki za minutę połączenia, SMS i 1Mb/s transmisji danych do krajów UE oraz opcjonalnie, w zależności od potrzeb Zamawiającego, uwzględnienie w formularzu cenowym możliwości wyceny oddzielnych stawek za połączenia, sms i transmisję danych dla wskazanych przez Zamawiającego wybranych krajów spoza UE, oraz*

b) *doprecyzowanie, że w przypadku braku możliwości realizacji przez Wykonawców wymaganych funkcjonalności w zakresie usług roamingowych lub / i aplikacji wsparcia Zamawiający uzna za spełnienie wymagań zapewnienie realizacji umowy w wymaganym zakresie poprzez dedykowanych koordynatorów do kontaktów i wykonywania działań związanych z bieżącą realizacją Umowy Strony, wskazanych w pkt 14.2.1.2 wzoru umowy lub*

- c) zastąpienie dotychczasowych pakietów roamingowych oddzielnymi pakietami: pakietem na połączenia w roamingu do krajów UE i pakietem transmisji danych w roamingu do krajów UE, oraz opcjonalnie, w zależności od potrzeb Zamawiającego, uwzględnienie w formularzu cenowym możliwości wyceny oddzielnych stawek za połączenia, sms i transmisję danych dla wskazanych przez Zamawiającego wybranych krajów spoza UE,
 - d) doprecyzowanie, że w przypadku braku możliwości realizacji przez Wykonawców wymaganych funkcjonalności w zakresie usług roamingowych lub / i aplikacji wsparcia Zamawiający uzna za spełnienie wymagań zapewnienie realizacji umowy w wymaganym zakresie poprzez dedykowanych koordynatorów do kontaktów i wykonywania działań związanych z bieżącą realizacją Umowy Strony, wskazanych w pkt 14.2.1.2 wzoru umowy lub
 - e) dopuszczenie zamiast zaproponowanych pakietów rozwiązania równoważnego opartego o uruchamiane przez Wykonawców pakiety kwotowe/wartościowe, których wartość byłaby do wykorzystania na połączenia i sms w roamingu, w taki sposób, który umożliwiłby wykonanie określonej ilości minut i SMS w danej strefie,
 - f) doprecyzowanie że w przypadku braku wymaganych funkcjonalności w zakresie aplikacji wsparcia i pakietów Zamawiający uzna za spełnienie wymagań zapewnienie realizacji umowy w wymaganym zakresie poprzez dedykowanych koordynatorów do kontaktów i wykonywania działań związanych z bieżącą realizacją Umowy Strony, wskazanych w pkt 14.2.1.2 wzoru umowy;
7. doprecyzowanie że w przypadku braku wymaganych funkcjonalności w zakresie aplikacji wsparcia i usług Zamawiający uzna za spełnienie wymagań zapewnienie realizacji umowy w wymaganym zakresie poprzez dedykowanych koordynatorów do kontaktów i wykonywania działań związanych z bieżącą realizacją Umowy Strony, wskazanych w pkt 14.2.1.2 wzoru umowy.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, w tym również wzór umowy, w przedmiotowym postępowaniu zostały sporządzone z naruszeniem z art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazuje, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający ma obowiązek dokonać opisu za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności

mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Obowiązki powyższe nie dotyczą wyłącznie opisu parametrów usług lub dostaw, ale także warunków wykonania zamówienia, w tym w szczególności określenia zobowiązań Wykonawcy i sankcji z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania tych zobowiązań.

Przechodząc do zarzutów Odwołujący wskazał:

Ad zarzut i żądanie 1 – pominięto w uzasadnieniu wobec cofnięcia zarzutu na posiedzeniu.

Ad. 2

Jak wynika z treści postanowienia pkt 4.2.4.4 wzoru umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do dostawy urządzeń w terminie odpowiednio 10 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia cząstkowego. Biorąc pod uwagę, że na chwilę obecną nie są znane zakresy zamówień cząstkowych ani harmonogram planowanych dostaw, a Zamawiający będą dopiero po podpisaniu umowy dokonywać wyboru i zamówienia modeli urządzeń (z listy zaproponowanej przez Wykonawcę w ofercie), to określone przez Zamawiającego terminy są drastycznie krótkie. Zamówienie cząstkowe może obejmować konieczność dostarczenia Zamawiającemu nawet kilka, kilkanaście tysięcy urządzeń. Ze względów logistycznych nie jest możliwe pozyskanie przez Wykonawcę w tak krótkim czasie tak dużej ilości urządzeń oraz zorganizowanie ich jednoczesnej wysyłki do kilku lub kilkunastu tysięcy użytkowników. Tym bardziej, że jak zostało wspomniane, Zamawiający nie określa żadnego harmonogramu dostaw i zamówień, a Zamawiający będą dopiero dokonywać wyboru modeli po podpisaniu umowy, więc Wykonawcy w żaden sposób nie są w stanie się do przygotować do realizacji umowy.

Ze względu na wielkość zamówienia i możliwość wyboru przez Zamawiających dowolnych modeli urządzeń (z szerokiej listy jaka musi wskazać Wykonawca) Wykonawcy będą musieli zamówić i zorganizować dostawę tych modeli dopiero po podpisaniu umowy. Więc oprócz logistyki po stronie Wykonawców na termin dostaw wpływać będą również możliwości realizacyjne producentów tych urządzeń, na co Wykonawca nie ma wpływu.

W tych okolicznościach Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i orzeczenie zgodnie z żądaniem w pkt 2.

Ad. 3

W pkt 5.1.6 OPZ Zamawiający wymaga zapewnienia Usługi Transmisji Danych poprzez dwa łącza MPLS (podstawowe i zapasowe) wykonane w technologii kablowej zakończone w Lokalizacjach Zamawiającego - Bydgoszcz, ul. Bernardyńska 15 i Lisi Ogon, ul. Pocztowa 12 zapewniające komunikację i świadczenie usług dla prywatnego APN. Obydwa łącza muszą być aktywne i pracować w trybie Active-Active. Kierowanie ruchu na poszczególne łącza będzie realizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Załączniku nr 2

pkt 3.9 do OPZ, z zapewnieniem automatycznego przełączania ruchu sieciowego w przypadku awarii jednego z łączy na drugie.

Dalej, zgodnie z pkt. 3.9.4 Załącznika nr 2 do OPZ „Miejsca instalacji urządzeń CE w Lokalizacjach będą wskazane przez Zamawiającego. Doprowadzenie i instalacja łączy wraz z routerem CE do miejsca wskazanego przez Zamawiającego wewnątrz Lokalizacji, niezbędnego do podłączeń urządzeń zainstalowanych w Lokalizacjach, leży po stronie Wykonawcy”.

Postanowienia wzoru umowy i OPZ dotyczące terminów i zakresu uruchamianych umów są niejednoznaczne i nieprecyzyjne, co przy wysokich karach umownych z tytułu opóźnień w realizacji usług generuje dla Wykonawców wysokie, nieuzasadnione ryzyko.

Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do dostarczenia łączy i instalacji urządzeń CE w konkretnych pomieszczeniu w każdej z lokalizacji, jednak nie wskazuje tego miejsca oraz osób kontaktowych w tych lokalizacjach, co uniemożliwia Wykonawcy sprawdzenie możliwości technicznych świadczenia usług i wyliczenia pełnych kosztów ich realizacji, a tym samym uniemożliwia Wykonawcy przygotowanie oferty.

W tych okolicznościach Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i orzeczenie zgodnie z żądaniem w pkt 3.

Ad zarzut i żądanie 4 – pominięto w uzasadnieniu wobec cofnięcia zarzutu na posiedzeniu.

Ad. zarzut i żądanie 5 – pominięto w uzasadnieniu wobec cofnięcia zarzutu na posiedzeniu.

Ad. 6

W pkt. 3.10 Załącznika nr 2 do OPZ Zamawiający określa wymagania odnośnie pięciu pakietów roamingowych. Z kolei w pkt 3 OPZ Zamawiający określa wymagania dotyczące aplikacji wsparcia.

Z przeprowadzonej przez Odwołującego analizy SIWZ wynika, że pakiety opisane w Załączniku nr 2 do OPZ, pkt. 3.10. są pakietami oferowanymi aktualnie tylko przez jednego operatora oraz odzwierciedlają unikatowe cechy pakietów tego operatora i ich funkcjonalności, w szczególności są oparte o jego definicję stref roamingowych (dowód: „Cennik usług świadczonych w ruchomej sieci telefonicznej dla klientów kluczowych...” str. 5, pkt. 3.3 str. 9, pkt. 5.8. s. 23., cennik znajduje się na stronie internetowej „[https:// biznes.t-mobile.pl/upload/filos/cenniki/D_005_0008771_0010](https://biznes.t-mobile.pl/upload/filos/cenniki/D_005_0008771_0010)”).

Ukształtowanie wymagań SIWZ w sposób odzwierciedlający ofertę jednego z Wykonawców ma również przełożenie na koszty wdrożenia aplikacji wsparcia, gdyż Zamawiający wymaga obsługi przez nią tak zdefiniowanych pakietów. Spełnienie takich wymagań wiązałoby się z koniecznością poniesienia przez pozostałych Wykonawców bardzo dużych nakładów finansowych na modernizację aplikacji wsparcia i systemu rozliczeniowego, nie adekwatnych

do przychodów jakie mogliby uzyskać z tytułu świadczenia usług dla Zamawiającego, które to miałyby istotny wpływ na wartość oferty dla Zamawiającego.

Dodatkowo taka modernizacja systemów wymagałaby zabezpieczenia odpowiedniej ilości czasu, wykraczającego znacznie poza przewidziany w umowie termin jej realizacji.

Tak zdefiniowane wymagania znacznie ograniczają liczbę Wykonawców, którzy są w stanie złożyć ofertę w tym postępowaniu albo przynajmniej powodują znaczący wzrost kosztów realizacji umowy w stosunku do Wykonawcy, którego warunki świadczenia usług mają odzwierciedlenie w siwz, a tym samym ograniczają lub znacznie pogarszają konkurencyjność postępowania. Zdaniem Odwołującego wymagania SIWZ w zakresie pakietów roamingowych powinny zostać tak ukształtowane, aby warunki realizacji usług były przynajmniej zbliżone dla wszystkich Wykonawców.

Rozwiązanie z pakietami roamingowymi jest niekorzystne finansowo dla Zamawiającego, gdyż Zamawiający ponosi uśrednione opłaty, niezależnie do kraju wykonania połączenia i niezależnie od wykorzystania pakietu. Dlatego w powszechnej praktyce w zamówieniach publicznych stosuje się rozwiązanie polegające na tym, że pakiety roamingowe wycenia się dla połączeń lub transmisji danych w ramach UE, a pozostałe połączenia do wybranych krajów lub obszarów mogą być wyceniane indywidualnie w ofercie (po wskazaniu krajów lub obszarów w formularzu cenowym) lub mogą być rozliczane wg stawek z Cennika Wykonawcy, aktualnego na dzień realizacji danej usługi. Zaletą rozwiązania, polegającego na wycenie połączeń w roamingu wg Cennika Wykonawcy aktualnego na dzień wykonania usługi jest również to, że opłaty dla Zamawiającego za te usługi zmieniają się (z reguły zmniejszają) wraz ze zmianami w cenniku, a nie są stałe przez cały okres trwania umowy.

Ponadto zgodnie z pkt 3.10.1.2 Załącznika nr 2 do OPZ Zamawiający wymaga skalkulowania „pakietu P2 i pakietu T2 - Pozostałe kraje niewymienione w pkt 3.10.1.1 i 3.10.1.3”

Tak zdefiniowany pakiet jest niemożliwy do skalkulowania przez Wykonawców. Koszty połączeń, SMS i transmisji danych w ramach sieci różnych operatorów w różnych krajach (w tym na innych kontynentach oraz w krajach poza UE) mogą być skrajnie różne i nie ma możliwości ich jakiegokolwiek uśrednienia bez wskazania przez Zamawiającego szczegółowej ilości minut planowanych do wykonania do każdego w ramach każdego z tych krajów (zgodnie z żądaniem z pkt 5). Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i orzeczenie zgodnie z żądaniem w pkt 6.

Ad. 7 W pkt 3 OPZ Zamawiający określa wymagania dotyczące aplikacji wsparcia.

Wg najlepszej wiedzy Odwołującego oczekiwane przez Zamawiającego funkcjonalności Aplikacji Wsparcia posiada jedynie ograniczone grono Wykonawców lub tylko jeden, co w sposób nieuzasadniony znacznie ogranicza ilość Wykonawców, którzy są w stanie złożyć ofertę w tym postępowaniu albo przynajmniej powoduje znaczący wzrost kosztów realizacji

umowy w stosunku do Wykonawcy którego warunki świadczenia usług mają odzwierciedlenie w SIWZ, a tym samym ogranicza lub znacznie pogarsza konkurencyjność postępowania.

Zdaniem Odwołującego, te funkcjonalności nie są kluczowymi dla prawidłowej realizacji usługi w zakresie opisanym przez Zamawiającego, ich realizacja w sposób odmienny niż wymagany przez Zamawiającego (np. manualny poprzez dedykowanych koordynatorów do kontaktów i wykonywania działań związanych z bieżącą realizacją Umowy Strony, wskazanych w pkt 14.2.1.2 wzoru umowy, zamiast automatycznego) nie wpłynęłaby w sposób istotny na pogorszenie funkcjonalności usługi, a jednocześnie pozwoliłaby na rozszerzenie grona Wykonawców, co miałyby również odzwierciedlenie w optymalizacji wartości ofert dla Zamawiającego.

Aplikacja wsparcia Odwołującego nie posiada obecnie niektórych z wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności. Ich implementacja wiązałoby się z koniecznością poniesienia przez Odwołującego nakładów finansowych na modernizację aplikacji wsparcia i systemu rozliczeniowego, nie adekwatnych do przychodów, jakie mógłby uzyskać z tytułu świadczenia usług, które to miałyby istotny wpływ na wartość oferty dla Zamawiającego. Dodatkowo taka modernizacja systemów wymagałaby zabezpieczenia odpowiedniej ilości czasu, wykraczającego znacznie poza przewidziany w umowie termin jej realizacji.

Ze względu na konieczność weryfikacji zamówień, ich ilości i zakresu zgodnego z zawartą umową, proces składania zamówień oraz weryfikacji statusu ich realizacji, ilości niezrealizowanych dostaw i ilości pozostałych do włączenia usług wymaga u Odwołującego interakcji z koordynatorem umowy.

W tych okolicznościach Odwołujący wnosi o orzeczenie zgodnie z żądaniem w pkt 7.

Podsumowując podniesione zarzuty Odwołujący wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w Specyfikacji powinien wskazywać Wykonawcom wszystkie warunki i przedmiot przyszłego świadczenia, gdyż od tego będzie zależeć w pierwszym rzędzie decyzja Wykonawców o złożeniu oferty, a następnie kalkulacja cenowa. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że Wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, zakres przyszłego świadczenia, oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony czy też niespójne naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, zniechęcają także Wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Odnosi się to również do sformułowania zapisów SIWZ w sposób, który nadmiernie przerzuca ryzyka związane z realizacją zamówienia na Wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu

zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że Wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należycie wywiązać się z zawartej umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu. Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma zatem prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby zabezpieczały one jego obiektywne i uzasadnione potrzeby, ale potrzeby te nie mogą ograniczać Wykonawcom dostępu do rynku i naruszać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, iż nieuzasadnione i nieadekwatne w stanie faktycznym niniejszej sprawy są podniesione przez Odwołującego zarzuty, w tym dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy PZP.

Zamawiający zaprzecza twierdzeniom Odwołującego wyraźnie nieprzyznanym przez Zamawiającego w niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Zaznacza, iż fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób umożliwiający spełnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego i osiągnięcie zakładanych celów biznesowych. Odwołujący niesłusznie i wbrew celom przedmiotowego zamówienia oczekuje takiego sformułowania postanowień siwz, które zapewnią mu komfort realizacji zamówienia i zminimalizują ryzyka towarzyszące wykonaniu kontraktu. Odpowiednio do powyższego, bardziej dogodnie dla Odwołującego warunki wykonania zamówienia nie mogą przesłonić uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można zmuszać zamawiających do zakupu usług niespełniających ich wymagań (do takiego zaś niekorzystnego dla Zamawiającego efektu dąży w istocie w niniejszej sprawie Odwołujący). Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie przedmiotowego Zamówienia określił jego warunki, zgodnie ze swoimi potrzebami, uwzględniającymi zarówno charakter Zamówienia, jego skalę, jak i specyfikę przedsiębiorstwa Zamawiającego, która wymaga aby dostarczane Urządzenia oraz świadczone Usługi, objęte nim, uwzględniały fakt, że służą one bezpośrednio realizacji zadań, które są statutowym przedmiotem działalności Zamawiającego. Zamawiający podkreśla, że realizowane Usługi i związane z nimi dostawy Urządzeń będą przede wszystkim wykorzystywane w codziennej pracy przez kurierów, kierowców i przedstawicieli handlowych, dlatego w przeważającej części postanowień przyszłej Umowy Zamawiający nie może pozwolić sobie na nadmiernie długi czas uruchamiania Usług i związanych z nimi dostaw Urządzeń. Jednak po przeanalizowaniu odwołania Zamawiający, uznając zasadność części zgłoszonych w nich zarzutów, dokonał w dniu 5.12.2019 r. stosownych modyfikacji SIWZ, które powinny umożliwić Odwołującemu i

pozostałym wykonawcom złożenie prawidłowych ofert mających wpływ na sporządzenie oferty, a nadto utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na preferowanie usługi (aplikacji) oferowanej przez ograniczone grono operatorów.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, Zamawiający podniósł, co następuje:

Ad. 1 a) - c) – pominięto wobec cofnięcia zarzutu

Ad. 2:

Odnosząc się do zarzutu sformułowanego przez Odwołującego w pkt 2 odwołania, Zamawiający pragnie podkreślić, iż wbrew twierdzeniom Wykonawcy termin określony w pkt 42.4.4 projektu umowy — tj. 10 Dni Roboczych od chwili złożenia zamówienia na dokonanie dostawy Urządzeń nie jest terminem uniemożliwiającym realizację Wykonawcy poszczególnych Zamówień Częstkowych. Należy zauważyć, iż przedmiotowe Urządzenia, Usługi służą Zamawiającemu do codziennego i bieżącego funkcjonowania i realizowania procesów biznesowych, w związku z czym Zamawiający nie może pozwolić sobie na zbyt długie procesy „przeostaju” w oczekiwaniu na dostawy Urządzeń.

Zamawiający pragnie podnieść, że jeżeli dodatkowe wymagania wynikające z dokumentacji postępowania (SIWZ oraz załączników do niej), mające znaczenie dla Odwołującego ze względu na jego odmienną sytuację prawną i faktyczną, wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Dodatkowo w wyroku KIO z 9 listopada 2018 r. KIO 2199/18: „Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przekładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca bowiem mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane.”

Powyższe stanowisko było jedną z przesłanek rozstrzygnięcia i braku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności dla tego żądania, czyli wydłużenia terminu dostaw Urządzeń, w poprzednim unieważnionym postępowaniu. Wyrok ten dotyczył de facto tego samego postępowania na świadczenie usług telefonii komórkowej i zapadł pomiędzy tymi samymi Stronami. W efekcie Odwołujący złożył ofertę w poprzednim postępowaniu z 10-dniowym terminem dostaw Urządzeń, który teraz kwestionuje.

Ad. 3 a)

a) Zarzuty zgłoszone przez Odwołującego w tym punkcie (ppkt a — c są pozbawione podstaw. Zamawiający informuje, że lokalizacje do których Usługi mają zostać doprowadzone wskazał w pkt 5.1.6 OPZ i dla wszystkich oczywistym jest, że będą to pomieszczenia serwerowni, natomiast konkretne miejsca, w których będzie zainstalowana infrastruktura, konieczna do świadczenia Usług zostaną wskazane na etapie uzgodnień Projektu Technicznego - po podpisaniu Umowy. Dla Zamawiającego ten zarzut, podniesiony przez Odwołującego, jest o tyle zaskakujący, że akurat Odwołujący posiada szczegółową wiedzę, co do pomieszczeń do których będą doprowadzane Usługi ponieważ aktualnie świadczy usługi telekomunikacyjne w technologii VoIP dla Poczty Polskiej S.A. (umowa nr K0082528 z dnia 25.07.2019) i posiada infrastrukturę do ich realizacji w serwerowniach lokalizacji, podanych, w pkt 5.1.6 OPZ.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż przy tak ukształtowanej treści postanowień SIWZ nie ma możliwości sprawdzenia warunków świadczenia Usług w lokalizacjach objętych zakresem zamówienia. Zamawiający podał ich dokładne adresy — miejscowość ulicę, numer budynku, zaś Odwołujący nie dowiódł, że dane te nie są wystarczające i stwierdził jedynie (mając oczywiście wiedzę, iż będą to pomieszczenia serwerowni), że dopiero określenie pomieszczeń przez Zamawiającego umożliwi mu ocenę warunków technicznych świadczenia Usług i tym samym złożenie prawidłowej oferty. Dla Zamawiającego jest to stanowisko niezrozumiałe.

Dodatkowo należy nadmienić, że w poprzednim postępowaniu, przy identycznie sformułowanych wymogach SIWZ, jak obecnie, nie stanowiły one żadnej przeszkody do złożenia prawidłowej oferty przez Odwołującego.

Jeżeli chodzi o alternatywne żądanie zgłoszone przez Wykonawcę do zarzutu w pkt 4 odwołania, to przypomina negatywne stanowisko KIO w tym zakresie w wyroku z dnia 9.12.2018 r. sygn. akt: KIO 2199/18 i KIO 2206/18, dotyczącym de facto tego samego postępowania z tą różnicą, że znacznej zmianie (zmniejszeniu) uległa ilość zamawianych Urządzeń i Usług oraz stosunek zamawianych ilości Urządzeń do zamawianych Usług.

b) Zamawiający informuje, że przed podpisaniem Umowy nie przewiduje stałej współpracy z Wykonawcami, co uzasadniałoby podanie w dokumentacji Postępowania osób upoważnionych ze strony Zamawiającego do kontaktów z nimi w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający oświadcza, że takie osoby wskaże na etapie uzgadniania Projektu Technicznego, a nie obecnie, gdyż nie ma ku temu żadnego racjonalnego uzasadnienia

c) wniosek złożony w tym podpunkcie zarzutu 3 jest bardziej pytaniem niż wnioskiem wynikającym z zarzutu, niemniej Zamawiający wyraża swoje stanowisko, zgodnie z którym, we wskazanych przez niego w SIWZ lokalizacjach, nie może zagwarantować udostępnienia

Wykonawcy wewnętrznej infrastruktury (okablowanie), gdyż na tę chwilę nie ma wiedzy, czy infrastruktura ta nie będzie wykorzystywana na inne jego potrzeby, co czyni niemożliwym doprecyzowanie tego zagadnienia w dokumentacji Postępowania. W przypadku gdy Zamawiający nie będzie posiadał wolnej infrastruktury wymaganej do uruchomienia usług przez Wykonawcę umożliwi Wykonawcy, bez pobierania z tego tytułu dodatkowych opłat, zbudowanie przez niego odpowiedniej infrastruktury (okablowania), zgodnie z uzgodnionym z Zamawiającym, po podpisaniu Umowy, Projektem Technicznym. Oczywiście jeżeli zaistnieje taka sytuacja, że infrastruktura wewnętrzna nie będzie wykorzystywana na potrzeby Zamawiającego, to Zamawiający nie widzi przeszkód w jej nieodpłatnym wykorzystaniu przez Wykonawcę - po uzgodnieniu przez Strony.

Dodatkowo Zamawiający informuje, że w poprzednim unieważnionym postępowaniu lokalizacje były określone identycznie poprzez podanie wyłącznie dokładnego ich adresu i Odwołujący nie kwestionując tego faktu złożył prawidłową ofertę.

Mając powyższe na uwadze w ocenie Zamawiającego zarzut 3 jest bezzasadny i ma na celu jedynie korzystną dla Odwołującego ingerencję w treść warunków realizacji zamówienia.

Ad.4: Zarzut cofnięto na posiedzeniu.

Ad.5: Zarzut cofnięto na posiedzeniu.

Ad. 6 i 7

Zamawiający informuje że Odwołujący wprowadza w błąd, zapewne niechcący, uczestników Postępowania oraz Krajową Izbę Odwoławczą twierdząc, że: „pakiety roamingowe opisane w Załączniku Nr 2 do OPZ, pkt 3.10, są pakietami oferowanymi aktualnie tylko przez jednego operatora oraz odzwierciedlają unikatowe cechy pakietów tego operatora i ich funkcjonalności, w szczególności są oparte o jego definicję stref roamingowych” na dowód czego podaje link do strony internetowej tego operatora i dalej kontynuując iż: „Ukształtowanie wymagań SIWZ w sposób odzwierciedlający ofertę jednego z Wykonawców ma również przełożenie na koszty wdrożenia aplikacji wsparcia, gdyż Zamawiający wymaga obsługi przez nią tak zdefiniowanych pakietów. Spełnienie takich wymagań wiązałoby się z koniecznością poniesienia przez pozostałych Wykonawców bardzo dużych nakładów finansowych na modernizację aplikacji wsparcia i systemu rozliczeniowego, nie adekwatnych do przychodów jakie mogliby uzyskać z tytułu świadczenia usług dla Zamawiającego, które to miałyby istotny wpływ na wartość oferty dla Zamawiającego. Dodatkowo taka modernizacja systemów wymagałaby zabezpieczenia odpowiedniej ilości czasu, wykraczającego znacznie poza przewidziany w umowie termin jej realizacji.

Tak zdefiniowane wymagania w sposób nieuzasadniony znacznie ograniczają liczbę Wykonawców, którzy są w stanie złożyć ofertę w tym postępowaniu albo przynajmniej powodują znaczący wzrost kosztów realizacji umowy w stosunku do Wykonawcy, którego

warunki świadczenia usług mają odzwierciedlenie w SIWZ, a tym samym ograniczają lub znacznie pogarszają konkurencyjność postępowania. Zdaniem Odwołującego wymagania SIWZ w zakresie pakietów roamingowych powinny zostać tak ukształtowane, aby warunki realizacji usług były przynajmniej zbliżone dla wszystkich Wykonawców”

Zamawiający zaprzecza, niczym nie popartym twierdzeniom, Odwołującego o opracowaniu SIWZ w zakresie pakietów roamingowych pod wpływem oferty jednego z operatorów, oświadczając, że podstawą takiego sformułowania wymogów w SIWZ były wyłącznie uzasadnione potrzeby Zamawiającego, dokonana analiza rynku i praktyki stosowane w tym zakresie przez zamawiających. W swoich wywodach Odwołujący zapomniał wskazać, że pomiędzy pakietami określonymi w SIWZ przez Zamawiającego, a cennikiem podanym w Odwołaniu zachodzą różnice, dotyczące min.:

- krajów w danych strefach/pakietach;

Pakiet świat” (150 min. i 50 SMS) różni się od określonego w SIWZ P2 (30 min., 50 SMS. 500 MB) ilością minut i brakiem transmisji danych

Pakiet w UE” ma limit 4GB, podczas gdy T3 w SIWZ posiada 20GB

Zamawiający w całej rozciągłości podtrzymuje ogólną treść argumentacji przytoczonej do zarzutu 2, włącznie z fragmentem przywołanym z uzasadnienia wyroku z dnia 9 listopada 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2199/18, dodatkowo podkreślając, że jedynym celem Odwołującego jest zmiana postanowień SIWZ w taki sposób, aby uwzględniały one jego interes i umożliwiały mu złożenie oferty przy jak najmniejszym nakładzie sił i środków. W złożonym odwołaniu Odwołujący nigdzie nie stwierdził, że nie jest w stanie złożyć oferty w tym Postępowaniu jedynie podniósł, że tak sformułowane pakiety usług roamingowych ograniczają liczbę wykonawców mogących złożyć ofertę albo przynajmniej powodują znaczący dla nich wzrost kosztów realizacji umowy, nie przedstawiając jednakże żadnych dowodów na potwierdzenie tych okoliczności.

Zgodnie z pkt 6.3 OPZ Zamawiający wymaga trzech kanałów komunikacji i żąda aby były nimi Aplikacja Wsparcia, mail i telefon, jednakże głównym kanałem komunikacji winna być Aplikacja Wsparcia. Oznacza to, że niezależnie od kanału komunikacji (mail, telefon) zgłoszenia muszą być odnotowane w tej Aplikacji pkt 3.3 OPZ Zgodnie z posiadaną wiedzą oczekiwane przez Zamawiającego funkcjonalności Aplikacji Wsparcia posiada co najmniej dwóch potencjalnych Wykonawców, a nie jeden, jak sugeruje Odwołujący. Są to aplikacje „asystent” i „e-care”. Warto też nadmienić, że przy realizacji przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego usługi VoIP, strony też korzystają z systemu elektronicznego wsparcia „premium.support” i nigdy nie planowały ewentualnego zastąpienia automatycznej realizacji usług metodą, jak to określa Odwołujący i domaga się tego w niniejszym Postępowaniu — manualną, poprzez dedykowanych koordynatorów do kontaktów i wykonywania działań

związanych z bieżącą realizacją Umowy. Zamawiający nie chce i nie widzi powodów, dla których mógłby odstąpić od automatycznej realizacji usług, na rzecz manualnej, proponowanej przez Odwołującego, gdyż od dłuższego czasu w żadnej z realizowanych u niego usług telekomunikacyjnych i sieciowych nie stosuje takiej metody. W opinii Zamawiającego wszystkie wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności w zakresie zgłoszeń na uruchomienie Usług lub Zamówień Częstkowych sprowadzają się do stworzenia zgłoszenia (ticketu) w Aplikacji Wsparcia.

Reasumując realizacja zgłoszeń przez Aplikację Wsparcia umożliwi sprawne rozliczenia w zakresie Usług oraz dostaw Urządzeń, co Zamawiający uważa za obustronną korzyść.

Na marginesie niniejszej odpowiedzi Zamawiający pragnie dodać, że zgłoszone w pkt 6 i 7 odwołania zarzuty budzą jego uzasadnione wątpliwości, co do ograniczeń Odwołującego w złożeniu oferty przy takim określeniu w SIWZ realizacji usług roamingowych, a także konieczności poniesienia przez niego wysokich nakładów finansowych na modernizację Aplikacji Wsparcia. Te wątpliwości biorą się stąd, że jak już powyżej Zamawiający oświadczył, przed opracowaniem SIWZ dokonał on, pod kątem swoich potrzeb, analizy rynku i praktyk stosowanych przez Zamawiających przy tożsamych postępowaniach. Wśród wielu postępowań, których analizy dokonał, Zamawiający znalazł postępowanie prowadzone przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej pod nr 2019/09 na „Świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kań SIM na potrzeby jednostek Administracji Państwowej”, w którym zamawiający tak samo, jak to zostało uczynione w niniejszym Postępowaniu, określił swoje potrzeby w zakresie usług roamingowych oraz wymagał analogicznych funkcjonalności dla elektronicznego systemu, zwanego „Portalem Obsługi” jakich wymaga Zamawiający dla Aplikacji Wsparcia. W postępowaniu tym ofertę złożył również Odwołujący, nie zaskarżając w jakimkolwiek zakresie specyfikacji, czyli akceptując zarówno postanowienia dotyczące pakietów usług roamingowych, jak i funkcjonalności Portalu Obsługi. W tej sytuacji zdziwienie budzi fakt, że w postępowaniu zakończonym z końcem lipca tego roku Odwołujący nie miał żadnych problemów z wzięciem w nim udziału i zaakceptowaniem określonych w nim wymogów, a po upływie czterech miesięcy do analogicznych postanowień SIWZ wysuwa zarzuty, gdyż jego zdaniem w znaczący sposób utrudniają one lub nawet ograniczają możliwość złożenia przez niego oferty w niniejszym Postępowaniu, które w kontekście udziału Odwołującego w postępowaniu o tożsamych w tym zakresie postanowieniach, brzmią mało wiarygodnie i wydają się służyć jedynie uzyskaniu korzystniejszych dla niego warunków dla złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu.

Dodatkowo Zamawiający nadmienia, odnośnie zarzutu 2, że maksymalny czas dostawy urządzeń do jednostek (który był jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu

prowadzonym przez COAR) jaki zaoferował Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie wyniósł 10 dni (vide: zarzut 2 odwołania). Stosowne dowody w zakresie postępowania COAR Zamawiający będzie w stanie przedłożyć na rozprawie.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 3, 6 i 7. Zarzuty 1, 4 i 5 cofnął.

Przypomniał, że usługa świadczenia usług oraz dostawy urządzeń została w postępowaniu rozdzielona, a to oznacza, że możliwe jest żądanie (zarzut 2) przedłużenia terminu dostawy urządzeń, gdyż nie pogorszy to możliwości ciągłego świadczenia usługi z wykorzystaniem dotychczasowych urządzeń. Oceniał, że termin 10 dni na dostawę produktów szczegółowo określonych jest nierealny - za minimalny możliwy termin uznaje 15 dni roboczych (3 tygodnie). Przypomniał, że w odwołaniu wskazał na termin 20 dni roboczych. Podkreślił, że jest konsekwentny także w tym postępowaniu co do oceny realności terminu wykonania, który także w poprzednim postępowaniu był zaniżony.

Odnośnie zarzutu i żądania nr 3, dotyczącego lokalizacji wskazał - w związku z treścią odpowiedzi na odwołanie - na brak deklaracji ze strony zamawiającego co do możliwości korzystania przez wykonawcę z istniejącej infrastruktury. Ponadto wykonawca nie dysponuje w tym zakresie informacjami niezbędnymi do przygotowania i skalkulowania oferty, nie ma również możliwości dostępu do źródeł informacji w tym zakresie (kontakt z osobami merytorycznie przygotowanymi). Zauważył, że informacje o miejscu instalacji zamawiający podał jedynie w odpowiedzi na odwołanie, a nie w dokumentacji postępowania. Przypomniał odmowę udzielenia kontaktu z osobami po stronie zamawiającego w celu przygotowania ewentualnej infrastruktury.

Odnośnie punktów 6 i 7 złożył wydruki cenników usług roamingowych trzech operatorów, tj. odwołującego i dwóch przystępujących. Zauważył, że poza strefą 1, a dla Polkomtel – 0, ceny usług w pozostałych strefach i krajach charakteryzują się znaczącymi różnicami. Podział na pakiety roamingowe dokonany przez zamawiającego wskazuje na model funkcjonalno-cenowy stosowany przez T-Mobile. Wynika z tego, że inny wykonawca, w tym odwołujący, w wymaganym terminie nie jest w stanie stworzyć oczekiwanego modelu, niezależnie od konieczności poniesienia w związku tym dodatkowych kosztów. W innym wskazanym przez zamawiającego postępowaniu (dotyczy COAR) wykonawca dysponował siedmiomiesięcznym terminem na przygotowanie stosownego modelu - w odróżnieniu od postępowania niniejszego. Zauważył, iż zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający „nie zamierza odstąpić od automatycznej realizacji usługi na rzecz manualnej proponowanej przez odwołującego”, natomiast w odpowiedzi na jedno z pytań zadanych w toku postępowania stwierdził, że dopuszcza taki sposób.

Podtrzymał żądnie opisane w pkt 6 żądań wskazując na proponowane alternatywne rozwiązania.

Podkreśla czynnik czasu w przygotowaniu aplikacji wsparcia przypominając, iż w innym wskazanym postępowaniu był w stanie wykonać takie czynności dysponując czasem w wymiarze siedmiu miesięcy. Przypomniał alternatywne żądania w odwołaniu w zakresie zarzutów 6 i 7.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w pisemnej odpowiedzi, przypomniał dokonane zmiany specyfikacji w szczególności dnia 12 grudnia 2019 r.

Stwierdził, że odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie przedstawionych zarzutów. Przypomniał, że prowadzi postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia, który był oceniany przez KIO w sprawach KIO 2199/18 i 2206/18 z tym, że w obecnym postępowaniu zmieniono jedynie liczbę urządzeń, zrezygnowano z akcesoriów oraz zmniejszono wielkość usług. W postępowaniu tym m.in. potwierdzono realność kwestionowanych terminów. Podobnie w postępowaniu COAR wykonawcy proponowali analogiczne terminy - zarówno odwołujący, jak i przystępujący T-Mobile. Wskazał, że wymagany dziesięciodniowy termin realizacji dostawy urządzeń jest realny, co opiera na doświadczeniu dotychczasowym.

Odnosnie zarzutu nr 3 wskazał, że lokalizacje są znane z adresów i wiadomo, że znajdują się tam serwerownie, a w odwołaniu przedstawiono jedynie zarzut dotyczący miejsc instalacji, a nie infrastruktury i możliwości korzystania. Zadeklarował jednak udostępnienie infrastruktury w zakresie możliwym w okresie realizacji umowy. Wskazał, że lokalizacje przedstawił w odpowiedziach na pytania z 12 grudnia 2019 r.

Zauważył, że to do zamawiającego należy określenie celu zamówienia oraz jego opis - stwierdzenie niniejsze dotyczy w szczególności kolejnych zarzutów, tj. nr 6 i 7, gdzie określił wymogi dotyczące roamingu oraz pakietów. Przypomniał, za odpowiedź, że wymaganą funkcjonalność preferują i realizują inne niż wskazane podmioty, tj. T-Mobile i Polkomtel. Stwierdził, że w postępowaniu COAR odwołujący deklarował analogiczną aplikację wsparcia nazwaną „portal obsługi” z funkcjonalnościami odpowiadającymi aplikacji wsparcia oczekiwanej w tym postępowaniu. Złożył sporządzone przez siebie pismo porównawcze z opisami tych funkcjonalności.

Wybrany przez niego model dotyczy modeli funkcjonujących obecnie na rynku – jest także, w jego ocenie, możliwy do realizacji przez odwołującego. Stwierdził także, iż ten model umożliwi bieżącą kontrolę planowanych wydatków.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba dokonała badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Dysponowanie taką legitymacją przez odwołującego jest w sprawie niesporne; można stwierdzić, że na etapie oceny poprawności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zasadzie każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego taką legitymacją dysponuje.

Oceniając zarzuty odwołującego skład orzekający w pierwszej kolejności zauważa, że po wniesieniu dnia 2 grudnia 2019 r. a przed terminem rozpatrzenia odwołania na rozprawie dnia 16 grudnia br., zamawiający dnia 12 grudnia 2019 r. dokonał istotnych czynności w prowadzonym postępowaniu polegających na udzieleniu szeregu odpowiedzi na pytania wykonawców i dokonaniu modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wydaje się niesporne, że następstwem tych czynności było cofnięcie przez odwołującego zarzutów oznaczonych numerami 1, 4 i 5 i wynikających z nich żądań. Fakt cofnięcia zarzutów zaznaczono wyżej w opisie stanu faktycznego przedstawionego na podstawie stanowisk stron. Do rozpatrzenia pozostały zatem zarzuty oznaczone numerami 2, 3, 6 i 7.

Skład orzekający podziela, jak w wyniku z rozstrzygnięcia, stanowisko zamawiającego w rozpatrywanej sprawie. Zauważyć należy, że jako podstawę prawną zarzutów, oprócz zasady z art. 7 ust. 1 odwołujący podaje art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Należy jednak podkreślić, że istotą i celem zamówienia publicznego jest zaspokojenie określonej potrzeby społecznej należącej do zakresu zadań podmiotu, który jest zamawiającym. Ocenie prawnej podlega prowadzona przez zamawiającego procedura zmierzająca do udzielenia zamówienia przez ustalenie, czy opis potrzeb jest uzasadniony i narusza zasady uczciwej konkurencji przywołanej wprost w art. 29 ust. 2 pzp oraz pozostałych zasad udzielania zamówienia.

W sprawie rozpatrywanej odwołujący oczekuje takiego sformułowania postanowień siwz, które zapewnią mu dostęp do zamówienia i zminimalizują ryzyka towarzyszące wykonaniu kontraktu. Oczekiwanie takie jest naturalne, jednakże dogodne dla odwołującego warunki wykonania zamówienia nie mogą przesłonić uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia określił jego warunki, zgodnie ze swoimi potrzebami, które ocenić należy jako uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutów podtrzymanych skład orzekający uznaje, że termin określony w pkt 42.4.4 projektu umowy — tj. 10 Dni Roboczych od chwili złożenia zamówienia na dokonanie dostawy Urządzeń nie jest terminem uniemożliwiającym realizację Wykonawcy poszczególnych Zamówień Częstkowych. Przedmiotowe Urządzenia i Usługi służą Zamawiającemu do codziennego i bieżącego funkcjonowania, w związku z czym Zamawiający ma uzasadnioną potrzebę zapewnienia ciągłości funkcjonowania usługi realizowanej z wykorzystaniem dostarczonych urządzeń. Skład orzekający nie znalazł w sprawie podstaw do przyjęcia odmiennego stanowiska niż Izba w wyroku z dnia 9 listopada 2018 r. KIO 2199/18: „Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przekładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca bowiem mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane.” Powyższe stanowisko było jedną z przesłanek rozstrzygnięcia i braku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności dla tego żądania, czyli wydłużenia terminu dostaw Urządzeń, w poprzednim unieważnionym postępowaniu. Wyrok ten dotyczył de facto tego samego postępowania na świadczenie usług telefonii komórkowej i zapadł pomiędzy tymi samymi Stronami. W efekcie Odwołujący złożył ofertę w poprzednim postępowaniu z 10-dniowym terminem dostaw Urządzeń.

Odnosnie zarzutu oznaczonego numerem 3. należy zauważyć, że lokalizacje, do których usługi mają zostać doprowadzone zostały wskazane w pkt 5.1.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia i dla uczestników powinno być zrozumiałe, że będą to pomieszczenia serwerowni, natomiast konkretne miejsca, w których będzie zainstalowana infrastruktura, konieczna do świadczenia usług zostaną wskazane na etapie uzgodnień Projektu Technicznego - po podpisaniu umowy. W ocenie Izby odwołujący w nie wykazał, iż przy tak ukształtowanej treści postanowień SIWZ nie ma możliwości sprawdzenia warunków świadczenia Usług w lokalizacjach objętych zakresem zamówienia znając ich dokładne adresy. Wobec jednoznacznej deklaracji zamawiającego, że przed podpisaniem umowy nie przewiduje stałej współpracy z Wykonawcami, co uzasadniałoby podanie w dokumentacji osób upoważnionych ze strony zamawiającego do kontaktów z nimi w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, a takie osoby zostaną wskazane na etapie uzgadniania Projektu, nie ma ku uzasadnienia do twierdzenia o naruszeniu uczciwej konkurencji wobec tożsamych

warunków postawionych wszystkim wykonawcom. Wydaje się także znaczące, że w poprzednim unieważnionym postępowaniu lokalizacje były określone identycznie przez podanie wyłącznie dokładnego ich adresu i odwołujący nie kwestionując tego faktu złożył prawidłową ofertę. Okoliczność powyższa nie była kwestionowana.

Oдноśnie 6 i 7 skład orzekający uznał za wiarygodne stanowisko przedstawione przez zamawiającego, który zanegował tezę że: „pakiety roamingowe opisane w Załączniku Nr 2 do OPZ, pkt 3.10, są pakietami oferowanymi aktualnie tylko przez jednego operatora oraz odzwierciedlają unikatowe cechy pakietów tego operatora i ich funkcjonalności, w szczególności są oparte o jego definicję stref roamingowych”.

Nie negując faktu, że treść opracowania SIWZ w zakresie pakietów roamingowych jest najbliższa rozwiązaniu stosowanemu przez jednego z operatorów, wiarygodne pozostaje stanowisko zamawiającego, że podstawą takiego sformułowania wymogów w SIWZ były jego uzasadnione potrzeby, dokonana analiza rynku i praktyki stosowane w tym zakresie przez zamawiających. Analogiczna ocena dotyczy wymogu automatycznej realizacji usług. Skład orzekający uznaje, że odwołujący nie udowodnił niemożliwości po jego stronie w złożeniu oferty przy takim określeniu w SIWZ realizacji usług roamingowych, a także konieczności poniesienia przez niego wysokich nakładów finansowych na modernizację Aplikacji Wsparcia.

W konsekwencji dokonanych ocen zasadne jest stanowisko Izby, że kwestionowane wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zawarte w postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym załącznikach oznaczonych jako opis przedmiot zamówienia oraz wzór umowy nie naruszają przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego tj. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, a także zasady unormowanej w art. 7 ustawy pzp. Można przy tym zauważyć, że nie ma podstaw do twierdzenia, że przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien ukształtować zgodnie z oczekiwaniami potencjalnego wykonawcy zainteresowanego złożeniem najkorzystniejszej oferty i uzyskaniem zamówienia. Teza taka jest sprzeczna z zasadą ustawy, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób umożliwiający spełnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego i osiągnięcie przez niego założonych celów. Fakt, iż opis utrudnia niektórym wykonawcom dostęp do zamówienia jest często spotykaną w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego okolicznością, lecz nie musi i nie oznacza, tak jak w sprawie rozpatrywanej, niezgodności z przepisami prawa. Izba stwierdziła, że zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający jest uprawniony do stawiania wymogów wobec zamawianego sprzętu i usług, o ile nie narusza to konkurencji w sposób nieuprawniony. W sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, a za takie Izba uznała

wymagania określone przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie, zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, nawet jeśli one zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może mieć na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednocześnie, zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty. W ocenie Izby, odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie wykazał, że wymagania określone w specyfikacji i kwestionowane przez odwołującego nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego, nie wykazał też, że stawiając określone wymagania zamawiający preferuje jednego wykonawcę.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: