

Sygn. akt: KIO 990/22

POSTANOWIENIE

z dnia 27 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 27 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2021 r. przez **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul Wieżowa 8, 02-147 Warszawa**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Polska Agencja Żeglugi Powietrznej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej wraz z dostawą urządzeń GSM”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 kwietnia 2022 r. pod pozycją 2022/S 065-170595.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert, co prowadzi również do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości prowadzenia postępowania w zakresie, w jakim w warunkach zamówienia:

a. opisano przedmiot zamówienia w zakresie dostawy urządzeń w sposób uniemożliwiający realną wycenę oferty oraz wycenę na konkurencyjnym poziomie a jednocześnie prowadzący do preferencyjnego traktowania dotychczasowego dostawcy usług, w szczególności ze względu na to, że:

- nie wskazano minimalnej liczby urządzeń, których zakupu dokona Zamawiający zgodnie z III. 1, III.2 oraz XI.4 Załącznika nr 2 do SWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ”); w ramach każdego z zakresów cenowych, przy jednoczesnym ograniczeniu w pkt 1.1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 OPZ cen abonamentów za usługi głosowe i transmisji danych oraz ceny zakupu pojedynczego urządzenia (pkt 1.2.1 OPZ), a tym samym - ograniczeniu kwoty minimalnego gwarantowanego wynagrodzenia, które uzyskać może wykonawca,

- nie doprecyzowano warunków zamówienia w zakresie umożliwiającym wykonawcy oszacowanie wartości urządzeń, które zakupi Zamawiający w okresie trwania Umowy przy jednoczesnym wprowadzenia w pkt 1.2 ppkt 2.1 OPZ ograniczenia ceny urządzenia do kwoty 1 PLN netto;

b. opisano przedmiot zamówienia w zakresie dostawy urządzeń, o których mowa w pkt III. 1, III.2 oraz XI.4 OPZ w sposób niezapewniający porównywalności ofert oraz niezapewniający poszanowania zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez niejednoznaczne i niepozwalające na weryfikację prawidłowości sporządzenia oferty określenie wymagań w zakresie urządzeń podlegających dostawie w ramach poszczególnych zakresów cenowych, w szczególności ze względu na to, że:

- ustalono zbyt szerokie zakresy cenowe oraz nie ustalono dolnej granicy dla najniższego z zakresów cenowych, zgodnie, z którymi Zamawiający dokona zakupu urządzeń,
- posłużono się niejednoznacznym określeniem „aktualnie obowiązującego cennika Wykonawcy”, według którego Zamawiający dokona zakupu urządzeń w określonym zakresie cenowym;
- zaniechano określenia parametrów jakościowych dla urządzeń, które mają być oferowane w ramach poszczególnych zakresów cenowych,
- zaniechano przewidzenia w warunkach zamówienia jakichkolwiek wymagań, które umożliwiałyby weryfikację poprawności sporządzenia oferty pod kątem prawidłowości doboru cennika Wykonawcy oraz zawartych w nim urządzeń;

2. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim Zamawiający w pkt II.1 ppkt 1.1. i 1.2, pkt II.1.5 ppkt 1.5.1 i 1.5.2, pkt II.2.6 oraz pkt IV.2 OPZ wymaga świadczenia usług w technologii UMTS.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu, tj.:

1. Uzupełnienie lub zmianę treści warunków zamówienia w odniesieniu do dostawy Urządzeń w poniższym zakresie:

a. Uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje (dane historyczne) o tym, jakie modele urządzeń i w jakiej ilości zostały przez Zamawiającego zakupione na podstawie dotychczas obowiązującej umowy na świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej wraz z dostawą urządzeń GSM (umowa realizowana obecnie zgodnie z pkt II.3 ppkt 2 OPZ przez POLKOMTEL sp. z o.o.);

b. Zmianę pkt III.1, III.2 oraz XI.4 OPZ poprzez określenie, jakie ilości urządzeń zostaną zakupione w każdym z zakresów cenowych z przybliżeniem do +/- 10% w odniesieniu do każdej z podanych ilości po cenie nie wyższej niż 1 PLN netto;

c. Uzupelnienie opisu przedmiotu zamówienia o wymagania minimalne w zakresie parametrów urządzeń przypisanych do każdego z trzech zakresów cenowych zgodnie z propozycją wskazaną w uzasadnieniu odwołania;

d. Zmianę pkt III.1, III.2 oraz XI.4 OPZ poprzez doprecyzowanie, iż cennik zgodnie, z którym Zamawiający będzie dokonywał zakupu urządzeń ma być cennikiem detalicznym dla klientów biznesowych bez usług i bez aktywacji karty SIM;

e. Wprowadzenie do warunków zamówienia wymogu dołączenia przez wykonawców do oferty aktualnego na dzień składania ofert cennika detalicznego dla klientów biznesowych bez usług i bez aktywacji karty SIM lub też wskazania linku do strony internetowej wykonawcy zawierającej ww. cennik.

2. Wykreślenie w pkt II.1 ppkt 1.1. i 1.2, pkt II.1.5 ppkt 1.5.1 i 1.5.2, pkt II.2.6 oraz pkt IV.2 OPZ wymagania świadczenia usług (odpowiednio transmisji głosu lub transmisji danych) w technologii UMTS

albo

wskazanie, iż wymagane jest świadczenie usług (odpowiednio transmisji głosu lub transmisji danych), o których mowa w pkt II.1 ppkt 1.1. i 1.2, pkt II.1.5 ppkt 1.5.1 i 1.5.2, pkt II.2.6 oraz pkt IV.2 OPZ w technologii UMTS, jeśli wykonawca świadczy usługi w tej technologii.

W dniu 26 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu III. 1.a. tiret 1:

„nie wskazano minimalnej liczby urządzeń, których zakupu dokona Zamawiający zgodnie z III.1, III.2 oraz XI.4 Załącznika nr 1 do SWZ - Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”), w ramach każdego z zakresów cenowych, przy jednoczesnym ograniczeniu w pkt I.1. ppkt 1.2.1 i 1.2.2. OPZ cen abonamentów za usługi głosowe i transmisji danych oraz ceny zakupu pojedynczego urządzenia (pkt I.2.1. OPZ), a tym samym - ograniczeniu kwoty minimalnego gwarantowanego wynagrodzenia, które uzyskać może Wykonawca”

Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia w pkt III.1., III.2 oraz XI.4 poprzez określenie, liczby urządzeń, które zostaną zakupione w każdym z zakresów cenowych. Zamawiający poda minimalną i maksymalną liczbę urządzeń w poszczególnych zakresach cenowych urządzeń w pkt III.1, III.2. oraz XI. 4 OPZ.

2. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu III. 1.a. tiret 2:

„nie doprecyzowano warunków zamówienia w zakresie umożliwiającym Wykonawcy oszacowanie wartości urządzeń, które zakupi Zamawiający w okresie trwania Umowy przy jednoczesnym wprowadzeniu w pkt I.2 ppkt 2.1 OPZ ograniczenia ceny urządzenia do kwoty 1 PLN netto”

Zamawiający zadeklarował, że dokona uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez podanie danych historycznych, tj. z aktualnie trwającej umowy (obejmujących okres od momentu jej zawarcia, tj. od dnia 14.07.2020 r. do dnia wniesienia odwołania), dotyczących modeli i liczby zakupionych urządzeń GSM:

Dane te przedstawiają się następująco:

Lp.	Klasa telefonow	Model urządzenia	Zakupiona liczba
1.	Klasa I cena do 1.500 PLN netto	Samsung Galaxy: A22 5G, A32 5G, Xcover 5, A41, A51, A51 5G, A52 LTE	553
2.	Klasa II cena od 1.501 PLN netto do 2.000 PLN netto	Samsung Galaxy: A52 5G, A52s 5G, A71, A53 5G	82
3.	Klasa III cena od 2.001 PLN netto do 6.500 PLN netto	iPhone: 11 PRO, 12, 12 mini, pro. Samsung Galaxy: S20+, S20 Ultra, S21 Ultra, S22 Ultra.	20

3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu III. 1.b. tiret 1:

„ustalono zbyt szerokie zakresy cenowe oraz nie ustalono dolnej granicy dla najniższego z zakresów cenowych, zgodnie z którymi Zamawiający dokona zakupu urządzeń”

Zamawiający podał minimalną cenę za urządzenie dla najniższego zakresu cenowego, która wynosi 950 PLN.

4. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu III. 1.b. tiret 2:

„posłużono się niejednoznacznym określeniem „aktualnie obowiązującego cennika Wykonawcy”, według którego Zamawiający dokona zakupu urządzeń w określonym zakresie cenowym”

Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez doprecyzowanie zapisów odnoszących się aktualnego cennika Wykonawcy w następujący sposób: „cennik, zgodnie z którym Zamawiający będzie dokonywał zakupu urządzeń ma być cennikiem detalicznym dla klientów biznesowych bez usług i bez aktywacji karty SIM, a cennik ten będzie dostępny dla Zamawiającego co najmniej od momentu zawarcia umowy”.

5. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu III. 1.b. tiret 3:

„zaniechano określenia parametrów jakościowych dla urządzeń, które mają być oferowane w ramach poszczególnych zakresów cenowych”

Zamawiający stwierdził, że dokona uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez podanie wybranych przez siebie parametrów technicznych dla każdego z trzech zakresów cenowych urządzeń:

1) Kategoria urządzeń: od 950 PLN do 1 500 PLN netto:

Parametry techniczne	Minimalne wartości
Rozdzielczość ekranu	1480 x 720
Pamięć RAM	4 GB
Pamięć wewnętrzna	64 GB
Obsługa kart	Dual SIM
Pozostałe	Oferowane telefony muszą umożliwiać automatyczne przypisanie polityk MDM i być kompatybilne z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem MDM Microsoft Intune

2) Kategoria urządzeń: od 1 501 PLN do 2 500 PLN netto:

Parametry techniczne	Minimalne wartości
Rozdzielczość ekranu	1080x1920
Pamięć RAM	4 GB
Pamięć wewnętrzna	128 GB
Obsługa kart	Dual SIM
Pozostałe	Oferowane telefony muszą umożliwiać automatyczne przypisanie polityk MDM i być kompatybilne z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem MDM Microsoft Intune

3) Kategoria urządzeń: od 2 501 PLN do 6 500 PLN netto:

Parametry techniczne	Minimalne wartości
Rozdzielczość ekranu	1080 x 2340
Pamięć RAM	4 GB
Pamięć wewnętrzna	128 GB
Ładowanie	Ładowanie bezprzewodowe
Obsługa kart	Dual SIM, eSIM
Pozostałe	Oferowane telefony muszą umożliwiać automatyczne przypisanie polityk MDM i być kompatybilne z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem MDM Microsoft Intune

6. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 2 dotyczącego naruszenia:

„art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim zamawiający w pkt II. 1 ppkt 1.1. i 1.2., pkt II.5 ppkt 1.51. i 1.5.2., pkt II.2.6 oraz pkt IV.2. OPZ wymaga świadczenia usług w technologii UMTS.”

Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez uzupełnienie wymagania w zakresie świadczenie usług (odpowiednio transmisji głosu lub transmisji danych), o których mowa w pkt II.1 ppkt 1.1. i 1.2, pkt II.5 ppkt 1.5.1 i 1.5.2, pkt II.2.6 oraz pkt IV.2 OPZ w technologii UMTS o informację: „jeśli Wykonawca świadczy usługi w tej technologii”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu III.b. zdanie ostatnie:

„Zaniechano przewidzenia w warunkach zamówienia jakichkolwiek wymagań, które umożliwiłyby weryfikację poprawności sporządzenia oferty pod kątem prawidłowości doboru cennika Wykonawcy oraz zawartych w nim urządzeń”.

W dniu 26 kwietnia 2022 r. Odwołujący złożył oświadczenie, że wycofuje zarzuty odwołania w pozostałym, tj. nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu bez udziału stron oraz o orzeczenie o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący :