

Warszawa, 13 marca 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

e-mail: odwolania@uzp.gov.pl

tel.: + 48 22 458 78 01

Zamawiający:

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju

ul. Chmielna 69

00-801 Warszawa

e-mail: przetargi@ncbr.gov.pl

Odwołujący:

Orange Polska S.A.

al. Jerozolimskie 160

02-326 Warszawa

Numer KRS: 0000010681

e-mail: Mariusz.Czernicki@orange.com

mateusz.ciecierega@orange.com

tel.: 500 035 891, 512 680 541

Reprezentowany przez:

pracownika odwołującego Mariusza Czernickiego

Numer ogłoszenia BZP: 2023/BZP 00122422/01 z dnia 2023-03-06

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w trybie podstawowym pn.: „Zakup świadczenia usług telefonii komórkowej i mobilnego dostępu do Internetu oraz dostawa kart, aparatów telefonicznych i modemów / routerów Wi-Fi”, nr postępowania 6/23/TPZNK

Wpis od odwołania w wysokości 7.500 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych nr 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 dn. 13 marca 2023 r.

Na podstawie art. 513 ustawy z dn. 11 września 2019 r. (Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wnoszę odwołanie na treść dokumentów zamówienia w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym przez Narodowe Centrum badań i Rozwoju pn. „Zakup świadczenia usług telefonii komórkowej i mobilnego dostępu do Internetu oraz dostawa kart, aparatów

telefonicznych i modemów/routerów Wi-Fi”, nr postępowania 6/23/TPZNK.”, zwanym dalej „Postępowaniem”.

Odwołujący jako potencjalny wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a jednocześnie może ponieść szkodę na skutek określenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z ustawą. Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję, uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, a w konsekwencji uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy i pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty w Postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Wobec powyższego, należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

Zamawiającemu zarzucam następujące naruszenia przepisów ustawy:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych do sporządzenia oferty z uwagi na zaniechanie określenia ilości telefonów komórkowych i modemów i zaniechanie określenia parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wobec nieznanego wolumenu tych urządzeń i ich parametrów uniemożliwia Odwołującemu określenie kosztów dostarczenia urządzeń będących przedmiotem zamówienia oraz skalkulowanie ceny oferty, a także nie pozwala na określenie wysokości udzielonego rabatu na wysokość sprzętu – który stanowi kryterium oceny ofert w Postępowaniu o wadze 50%, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp;
2. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać konkurencję z uwagi na zaniechanie określenia ilości telefonów komórkowych i modemów i zaniechanie określenia parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, co uprzywilejowuje w sposób nieuprawniony dotychczasowego wykonawcę, który świadcząc dla Zamawiającego usługi i dostarczając urządzenia i sprzęt ma wiedzę co do ilości i rodzaju urządzeń, jakie może zamówić Zamawiający, i co daje dotychczasowemu wykonawcy nieuzasadnioną przewagę w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentów zamówienia poprzez:

1. określenie ilości i parametrów telefonów komórkowych i modemów, które Zamawiający będzie sukcesywnie zamawiał w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. zmianę wagi kryterium „Udzielony rabat na zakup sprzętu (C)” na nie więcej niż 20%.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dn. 6 marca 2023 r., wobec czego dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy należy uznać za zachowany.

Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dn. 13.03.2023 r., zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na zakup świadczenia usług telefonii komórkowej i mobilnego dostępu do Internetu oraz dostawa kart, aparatów telefonicznych i modemów/routerów Wi-Fi. Treść zamieszczonej na stronie internetowej specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia jest niezgodna z ustawą, z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, niejednoznaczny, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający zaniechał bowiem określenia wolumenu i parametrów telefonów komórkowych i modemów, które dostarczać ma Wykonawca w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, co uniemożliwia Wykonawcom określenie niezbędnych kosztów wykonania zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia obliczenie ceny oferty

Jednocześnie Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert „Udzielony rabat na zakup sprzętu (C)” o wadze 50%, co wobec braku wyczerpujących informacji o tym, jaki sprzęt i w jakiej ilości ma zostać dostarczony w ramach zamówienia, uniemożliwia Wykonawcom ustalenie wysokości rabatu, jaki należy określić w ofercie.

2. Opis przedmiotu zamówienia oraz warunki wykonania zamówienia zawarte w SWZ określające termin realizacji zamówienia, są jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowią bowiem podstawowy element SWZ i są niezbędne do prawidłowego oszacowania przez Wykonawców ceny za wykonanie zamówienia.

Dokonanie przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Jednymi z podstawowych zasad, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia są jednoznaczność oraz wyczerpujący charakter opisu przedmiotu zamówienia, a także uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje zgodność zarówno, co do tego, jak istotną czynnością jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, jak i co do tego, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać Wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych

interpretacji ustalić co musi zaoferować Zamawiającemu oraz jakie są wymagania Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać dokonany w sposób jednoznaczny, ma wskazać Wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty (tak: B. Artymowicz i in. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021, s. 339). Podobne stanowisko prezentuje M. Stachowiak, stwierdzając, 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, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.).

3. Zamawiający nie spełnił tych wymagań formułując opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Zakres i wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją Zamawiającego. Z opisu tego nie wynika zakres zamówienia i warunki jego realizacji. W SWZ brak jest bowiem jednoznacznego określenia ilości telefonów komórkowych i modemów, jaką Zamawiający zamówi w okresie realizacji umowy. Nadto brak jest określenia parametrów tych urządzeń, co uniemożliwia Wykonawcom ustalenie jakie urządzenia powinni zapewnić Zamawiającemu, jaki będzie koszt zakupu tych urządzeń, oraz jaki rabat Wykonawcy mogą udzielić Zamawiającemu na zakup urządzeń.

4. Wykonawca, kalkulując ceny ofertowe, bierze pod uwagę dane podane w SWZ, w szczególności wolumen zamówienia, czas trwania umowy oraz wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na zmianę zakresu (ilości) realizowanych świadczeń.

Zgodnie z pkt IV.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest zakup świadczenia usług telefonii komórkowej i mobilnego dostępu do Internetu oraz dostawa kart, aparatów telefonicznych i modemów / routerów Wi-Fi. Innymi słowy, dostawa aparatów telefonicznych i modemów / routerów Wi-Fi stanowi element przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaniechał jednak określania jaką ilość tych urządzeń zakupi w okresie realizacji zamówienia, ograniczając się do informacji, że zakupy takie będzie realizował sukcesywnie w trakcie obowiązywania umowy, a

częstotliwość dostaw sprzętu będzie uzależniona od zaistniałych, bieżących potrzeb Zamawiającego.

W konsekwencji o udziale w postępowaniu i warunkach złożonej oferty nie decyduje opis przedmiotu zamówienia, a zdarzenia przyszłe i niepewne uzależnione od sytuacji Zamawiającego.

Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia skutkuje tym, że Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, ani oszacować - składając ofertę – jaki będzie faktyczny zakres dostaw sprzętu, co uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i określenie wysokości rabatu na zakup sprzętu stanowiącego kryterium oceny ofert.

Odwołanie się przez Zamawiającego do aktualnego cennika Wykonawcy nie jest poprawne, gdyż Wykonawca składając ofertę nie może określić ilu i jakich urządzeń z aktualnego lub przyszłego cennika będzie dotyczyło zamówienie Zamawiającego, a tym samym nie jest w stanie skalkulować kosztów zakupu sprzętu oraz ustalić jakiej wysokości rabat może zaoferować na ten sprzęt.

Producenci telefonów komórkowych i modemów / routerów oferują różne rabaty na własne produkty. Ponadto wysokość rabatu zależna jest od wolumenu nabywanych urządzeń – im więcej urządzeń, tym wyższy rabat. Wykonawca – nie mając wiedzy jakie urządzenia wybierze w przyszłości Zamawiający (jakie modele i od jakich producentów) – nie ma możliwości należytego ustalenia jaki rabat może zaoferować w kryterium oceny ofert. Zgodnie z SWZ Wykonawca musi podać jedną wartość (wysokość) rabatu, niezależnie od modelu i producenta urządzenia, jakie wybierze Zamawiający. Uwzględniając to wymaganie Wykonawca musi uśrednić wysokość rabatu, który w praktyce ma inne wartości dla różnych modeli urządzeń. Innymi słowy, to Wykonawca - nie mając pewności ile i jakie urządzenia Zamawiający zakupi - ponosi całe ryzyko pokrycia kosztów rabatu.

Wykonawca nie ma wiedzy ile dokładnie i jakich urządzeń może być zamówionych przez Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, że czas dostawy sprzętu do siedziby Zamawiającego od dnia złożenia zamówienia nie może przekroczyć 5 dni roboczych, a na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany będzie przekazać informację o kanale dystrybucji sprzętu.

Zapewnienie sprzętu dla Zamawiającego, w tym zabezpieczenie terminów dostaw, generuje określone koszty. Koszty te generuje również konieczność zaoferowania jednej wysokości rabatu, gdyż Wykonawca musi uwzględnić różnej wielkości rabaty oferowane przez różnych producentów sprzętu – nie mając pewności jaki konkretnie model i w jakiej liczbie będzie dostarczał. Inaczej kalkuluje się dostawę 10 urządzeń, a inaczej 100 urządzeń.

Wykonawca składając ofertę nie zna zakresu swojego świadczenia w ramach realizacji zamówienia. Tym samym opis przedmiotu zamówienia jest w tym zakresie niejednoznaczny, niewyczerpujący i nie uwzględnia wymagań i okoliczności mający wpływ na sporządzenie oferty, co jest niezgodne z art. 99 ust. 1 ustawy.

5. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2021 r., którego przedmiotem było świadczenie usług telefonii komórkowej oraz świadczenie usług mobilnego dostępu do Internetu wraz z zakupem i dostawą nowych aparatów telefonicznych oraz zakupem i dostawą nowych modemów/routerów Wi-Fi, na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, nr postępowania 22/21/TPBN, Zamawiający określił wolumen aparatów telefonicznych i modemów / routerów, jakie będzie nabywał w ramach realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że Zamawiający dysponuje informacjami na temat tego, jaka jest awaryjność sprzętu i w jakim okresie sprzęt ulega wyeksploatowaniu. Nie ma zatem przeszkód, by Zamawiający ustalił i podał w opisie przedmiotu zamówienia ilość urządzeń, jakie może zamówić w okresie realizacji zamówienia.

Dowód: wyciąg z SWZ w postępowaniu nr 22/21/TPBN

6. Podkreślenia wymaga, że jedynie Wykonawca aktualnie świadczący usługi dla Zamawiającego, w tym dostarczający telefony komórkowe i modemy, ma wiedzę o tym jaką ilość takich urządzeń powinien przewidzieć dokonując kalkulacji ceny oferty. Wiedza ta pozwala również Wykonawcy aktualnie świadczącemu usługi dla Zamawiającego na ustalenie, jakie urządzenia o jakich parametrach może zamawiać Zamawiający, co przekłada się wprost na obliczenie wysokości rabatu, jaki można zaoferować w ramach kryterium oceny ofert. Wiedza ta daje dotychczasowemu wykonawcy nieuzasadnioną przewagę w postępowaniu nad pozostałymi wykonawcami, którzy nie posiadają wiedzy na temat faktycznych potrzeb Zamawiającego - co jest niezgodne z art. 99 ust. 4 Pzp.
7. Co do zasady, każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt

(za: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, B. Artymowicz i in., UZP, Warszawa 2021, s. 340).

Podobnie M. Stachowiak stwierdza, że „zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania wymagań, w tym sensie, że muszą one mieć uzasadnienie; osiągnięcie określonego celu uzasadnionego potrzebami zamawiającego jest przeciwwagą dla ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl., rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy.”

8. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 20.01 2023 r. KIO 18/23, Zamawiający w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie.

Sformułowanie zapisów SWZ 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 poniesie straty przy jej wykonywaniu, jest niezgodne z art. 99 ust. 1 Pzp.

9. Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma 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.

Istotą zamówień publicznych jest stworzenia transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiazań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym. Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku. Nie ulega również wątpliwości, że Zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale te obiektywne potrzeby czy

wymagania nie mogą sprowadzać się do przerzucenia w całości ryzyka wykonania zamówienia na Wykonawcę, ani preferowania określonych wykonawców

Mając na względzie powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. Dowody - jak w odwołaniu
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
3. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu
4. Pełnomocnictwo
5. Wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym