

Warszawa, 1 lipca 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu
ul. Matejki 59, 60-770 Poznań
osoby do kontaktu: Ilona Maciak, Dorota Koczkowska
tel. +48 61 8346184
e-mail: zamowienia@ztm.poznan.pl

Wykonawca:

Polkomtel Sp. z o.o.
ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa
KRS 0000419430
osoba do kontaktów: Stanisław Mirecki
pracownik Polkomtel Sp. z o.o.
Kierownik Sprzedaży - Departament Sprzedaży B2B
tel. +48 601134649
e-mail: stanislaw.mirecki@plus.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 roku poz. 1710 ze zm. zwana daje „ustawą Pzp”) składam niniejszym odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu na świadczenie telemetrycznej usługi transmisji danych pomiędzy urządzeniami mobilnymi Zamawiającego, a posiadanymi systemami informatycznymi za pomocą punktu

dostępu APN o nazwie peka.pl (z podziałem na dwie części zamówienia). Nr postępowania: ZTM.EZ.3310.11.2024.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- **art. 283 Pzp** poprzez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na przygotowanie oferty,
- **art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie wymagań związanych z zasięgiem telefonii komórkowej;

i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Izbę Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji warunków zamówienia w sposób opisany w dalszej części odwołania.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, na dowód czego składam potwierdzenie jej przekazania.

I. Ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 27 czerwca br. zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00385052/01 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie podstawowym o wartości poniżej progu unijnego na świadczenie telemetrycznej usługi transmisji danych pomiędzy urządzeniami mobilnymi Zamawiającego, a posiadanymi systemami informatycznymi za pomocą punktu dostępu APN o nazwie peka.pl.

II. Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Wadliwie sporządzona dokumentacja przetargowa godzi w nasze uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości złożenia oferty. Tym samym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania.

III. Termin na wniesienie odwołania.

Dokumentacja przetargowa została opublikowana na stronie postępowania w dniu 27 czerwca br. Odwołujący wniósł zatem niniejsze odwołanie z zachowaniem 5 - dniowego terminu określonego w art. 515 ustawy Pzp.

Uzasadnienie

I. Zarzut dotyczący wyznaczenia terminu składania ofert

- (1) Zgodnie z treścią art. 283 Pzp zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie w dniu 27 czerwca br. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 05.07.2024 r. do godz. 9:00.
- (2) Przedmiot niniejszego zamówienia dotyczy specjalistycznych usług telekomunikacyjnych. Obejmuje on, poza usługami telemetrycznej transmisji danych, także zestawienie łącza podstawowego między wykonawcą, a siedzibą Zamawiającego (zapewnienie łącza telekomunikacyjnego) oraz zestawienie łącza zapasowego. Zatem warunkiem koniecznym wyceny rozwiązania i przygotowania oferty jest m.in. sprawdzenie technicznych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, sporządzenie wyceny oraz sprawdzenie jej, wykonanie konsultacji technicznych.

Zamawiający przewidział jednak **5 dni roboczych na przygotowanie oferty**. Jest to termin całkowicie pomijający złożoność zamówienia. W piśmiennictwie podkreśla się, że *zamawiający powinien uwzględnić, że wykonawca potrzebuje czasu na przygotowanie oferty, czyli wykonanie szeregu czynności zmierzających do zapewnienia realizacji umowy w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w tym np. ustalenie optymalnego sposobu wykonania zamówienia, wyliczenie wszystkich kosztów wykonania, zapewnienie wykwalifikowanych osób oraz dostaw niezbędnych do wykonania zamówienia czy też zabezpieczenie finansowania przedsięwzięcia w okresie trwania umowy*¹.

- (3) Należy także podkreślić, że zgodnie z treścią art. 131 ust. 2 Pzp w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej - wyznacza się terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te **muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych**, o ile są one określone. Tym samym także z powyższego względu termin składania ofert powinien być dłuży niż 7-dniowy.
- (4) Wnosimy o nakazanie przez Izbę wyznaczenia przez Zamawiającego 14 dniowego terminu na składanie oferty.

II. Zarzut dotyczący zasięgu

- (5) W treści punktu VII ppkt 2 Zamawiający zastrzegł: *Wymagana dostępność Usługi w sieci Operatora wynosi co najmniej 99,00 % i będzie mierzona w minutach przestoju w okresie jednego miesiąca, jako suma wszystkich czasów w których Usługa była niedostępna*. Ponadto w punkcie VIII.2 OPZ dodano: *Zamawiający przeprowadzi testy w posiadanych urządzeniach w dowolnych lokalizacjach na terenie miasta Poznań oraz powiatów: poznańskiego, obornickiego, szamotulskiego, nowotomyskiego, grodzkiego, kościańskiego, kórnickiego, śremskiego, średzkiego, wrzesińskiego, gnieźnieńskiego i wągrowieckiego*.

¹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2021 rok

- (6) Mamy zatem do czynienia z obowiązkiem z zagwarantowania zasięgu praktycznie w każdym miejscu na terenie Poznania oraz wybranych powiatów. **Powyżej wskazany Opis przedmiotu zamówienia rażąco modyfikuje zasady wykonywania typowej umowy w zakresie świadczenia usług z wykorzystaniem sieci komórkowej.** Mamy do czynienia z wymaganiem nieuwzględniającym specyfiki wykonywania usług telefonii mobilnej.
- (7) Zwracamy uwagę na to, iż operatorzy telefonii komórkowej gwarantują z powodów uwarunkowań technicznych zasięg na około 95%-98% powierzchni kraju (**na zewnątrz budynków**) **bez zapewnienia łączności w każdym miejscu.** Publikowane mapy zasięgu mające jedynie szacunkowy charakter²: *Mapa ma jedynie charakter poglądowy - przedstawia orientacyjną dostępność usług na zewnątrz i wewnątrz budynków. Rzeczywista dostępność usług może różnić się od prezentowanej, m.in. ze względu na specyfikę propagacji fal elektromagnetycznych, warunki terenowe w tym otoczenie i rodzaj zabudowy. Mapa nie stanowi części umowy i nie może być podstawą do ewentualnych roszczeń reklamacyjnych.* Operatorzy jednoznacznie zastrzegają, iż ze względów takich jak m.in. ukształtowanie terenu, rodzaj zabudowy czy bezpośrednie otoczenie, prezentowany zasięg lub moc sygnału mogą być inne niż na publicznie dostępnej mapie³. Przedsiębiorstwa telekomunikacyjne zastrzegają także, iż mapy zasięgu nie są częścią umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i nie mogą być podstawą ewentualnych reklamacji⁴: *W przypadku zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, mapa zasięgu nie stanowi jej części i nie może być podstawą do ewentualnych roszczeń reklamacyjnych.*
- (8) **Powyższe jest uzasadnione specyfiką usług mobilnej transmisji danych oraz telefonii komórkowej (w szerszym ujęciu).** Należy podkreślić, że pojęcie zasięgu odnosi się zarówno do sieci przewodowych, jak i sieci radiowych. Jednocześnie rozumienie tego pojęcia może różnić się w zależności od kontekstu, w jakim zostało użyte. W literaturze wskazuje się, że w odniesieniu do sieci radiowych, względnie stacji radiowych, można mówić **o zasięgu w dwóch ujęciach** (koniecznym jest zatem każdorazowo doprecyzowanie, o jakim zasięgu jest mowa w warunkach przetargowych). Pierwsze

² <http://www.plus.pl/mapa-zasiegu>

³ <https://www.orange.pl/view/mapazasiegu>

⁴ <http://www.t-mobile.pl/pl/dlaciebie/obsługa-klienta/informacje-i-pomoc/zasieg>
<https://www.orange.pl/view/mapazasiegu>

Podobnie

ujęcie to zasięg chwilowy (zasięg w danej chwili) rozumiany jako istnienie prawidłowej łączności pomiędzy danym punktem a stacją bazową. W drugim ujęciu można mówić o ogólnym pojęciu zasięgu rozumianym jako możliwość uzyskania łączności ze stacją w danym punkcie z określonym prawdopodobieństwem w dowolnej chwili roku, przy uwzględnieniu statystyk zjawisk propagacyjnych i interferencyjnych⁵. W oparciu o powyższe rozumienie zasięgu, dostawcy usług tacy jak Polkomtel, T-Mobile, czy Orange opracowują swoje mapy zasięgu. Tego rodzaju mapy ogólnego zasięgu są określane z wykorzystaniem do tego celu narzędzi planowania pozwalających przewidywać siłę sygnału w różnych obszarach. Podobnie jak w przypadku każdego narzędzia do planowania, prognozy te są obarczone marginesem błędu i niekoniecznie muszą uwzględniać wszystkie czynniki, które mogą wpływać na jakość połączenia głosowego w telefonie komórkowym lub sesję transmisji danych w danej chwili.

- (9) Zasięg poszczególnych ruchomych publicznych sieci telekomunikacyjnych na danym obszarze może się różnić w zależności od sieci, a w ramach poszczególnych sieci – w zależności od lokalizacji i pory dnia. Na zasięg sieci ruchomej może wpływać wiele czynników. Przykładowo niska jakość sygnału może być skutkiem warunków pogodowych (deszcz, opady śniegu), „zacienienie sygnału” przez budynki, liczbę osób korzystających z sieci na określonym obszarze lub działanie określonego urządzenia końcowego (np. ograniczenie zakresów częstotliwości, które odbiera dany modem). Wszystkie te elementy wpływają na warunki propagacji w danej lokalizacji w danym momencie czasu, a tym samym wpływają na zdefiniowany powyżej zasięg chwilowy, którego wartość może różnić się od wartości zasięgu ogólnego wyznaczonego w oparciu o narzędzia planowania sieci. Jednocześnie część tych czynników wpływających na zasięg w danej chwili pozostaje poza kontrolą operatorów sieci (na przykład warunki pogodowe lub urządzenie stosowane przez użytkownika końcowego). Istotne różnice dla jakości usług mogą występować także dla tej samej lokalizacji w zależności od tego, czy pomiar wykonywany jest w budynku, czy poza budynkiem (grubość ścian, a także materiał z którego zostały one wykonane ma istotny wpływ na propagację fal radiowych, a czynnik ten jest w całości poza kontrolą dostawcy usług). Warto podkreślić, iż część lokalizacji to mogą być starsze budynki lub

⁵ D. Więcek, Metody wyznaczania zasięgów w warunkach zakłóceń interferencyjnych, Przegląd telekomunikacyjny nr 1/2008, s. 11.

też lokalizacje oddalone od skupisk ludności o znacząco utrudnionej (i kosztownej) możliwości zapewnienia zasięgu. Na możliwość realizacji zasięgu w określonych lokalizacjach wpływ mają również uwarunkowania prawne, które ograniczają możliwość budowy stacji bazowych. Nie oznacza to jednak, że parametry usługi realizowane przez operatora telekomunikacyjnego nie spełniają wymogów określonych w prawie telekomunikacyjnym.

- (10) Umowa o świadczenie usług telefonii komórkowej nie jest umową o dostarczenie usług telekomunikacyjnych do danego punktu odbioru – tak jak ma to miejsce w przypadku użytkownika telefonu stacjonarnego. **Tym samym występowanie miejsc o słabszym zasięgu lub miejsc, w których brak jest zasięgu nie świadczy o nieprawidłowym wykonaniu usługi telefonii mobilnej.** Mowa tu o telefonii, dla której sygnał jest emitowany za pomocą fal radiowych. Specyfiką tej techniki jest mobilność – nie zaś stałe parametry sygnału. Trudności w nawiązywaniu połączeń w danym miejscu nie wykluczają możliwości wykonywania połączeń z miejsc, których charakterystyka nie zakłóca propagacji fal radiowych. Zwracamy uwagę na to, iż jakość odbieranego sygnału zależy nie tylko od obecności stacji bazowych i ich parametrów technicznych, lecz również od ukształtowania terenu na danym obszarze, od ilości budynków, od materiału, z jakiego są zbudowane, gęstości sieci nadajników i ich technologii, jak i od takich okoliczności, które są poza wpływem operatora np. gęstość zaludnienia czy nawet rodzaj smartfona, modemu, z którego korzysta użytkownik. Czasami sieć może być też chwilowo przeciążona z powodu nadzwyczajnych, niesprzedawalnych okoliczności. Karta SIM umożliwia mobilne korzystanie z usług świadczonych przez Polkomtel tj. bez ograniczeń lokalizacyjnych (wszędzie tam, gdzie sieć Plus jest obecna w ramach pokrycia terenu swoim zasięgiem). Urządzenie telekomunikacyjne, jakim jest telefon/modem/router może być wykorzystywane w wielu lokalizacjach, co umożliwia wykorzystywanie wielu stacji bazowych. Należy zauważyć, iż różnice w zakresie dostępności i jakości usług świadczonych w sieciach stacjonarnych i ruchomych są dostrzegane także przez prawodawcę, który **zwalnia operatorów sieci ruchomych od obowiązku podawania dokładnych danych jakościowych dla usług dostępu do Internetu, nakładając wyłącznie obowiązek podania danych szacunkowych.** Jak bowiem jasno wynika z art. 4 ust. 1 lit. d Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia

25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego internetu i dotyczące opłat detalicznych za regulowane usługi łączności wewnątrzunijnej oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 310, str. 1 z późn. zm.) dostawcy usług dostępu do internetu zapewniają, aby każda umowa, która obejmuje usługę dostępu do internetu, zawierała jasne i zrozumiałe **wyjaśnienie dotyczące minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu w przypadku sieci stacjonarnych lub dotyczące szacunkowych maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu w przypadku sieci ruchomych.** Z przytoczonego postanowienia rozporządzenia PE i Rady jasno wynika więc, że dla sieci radiowych informacje dotyczące prędkości pobierania i wysyłania danych mogą mieć jedynie charakter szacunkowy i uzależnione są od szeregu czynników, z których istotna część, jak już była o tym mowa, pozostaje poza kontrolą dostawcy usług.

- (11) Wymaganie by zasięg był gwarantowany na określonym obszarze nie tylko byłoby sprzeczne z właściwością usług telefonii komórkowej, ale i oznaczałoby konieczność przeprowadzenia **inwestycji znacząco podnoszących wartość udzielanego zamówienia.** Warto podkreślić, iż koszt jednej inwestycji w poprawienie zasięgu (jednej lokalizacji) może wynosić **od kilkudziesięciu do kilkuset tysięcy złotych.** **Co istotne, nawet po takiej inwestycji, dane dotyczące zasięgu w danej chwili nie mogą mieć charakteru gwarancyjnego w jakiegokolwiek sieci radiowej. Z oczywistych względów koszt poprawy zasięgu nie może być doliczany do ceny oferty po zawarciu umowy, musi być uwzględniony przez wykonawcę na etapie składania oferty. Tym samym ustalenie, iż na określonym terenie poziom sygnału nie będzie umożliwiał stałego i nieprzerwanego dostępu – musi nastąpić na etapie składania ofert, a nie po zawarciu umowy.**
- (12) Należy zauważyć, iż choć na rynku występując tzw. wzmacniacze sygnału GSM to są to urządzenia których wykorzystanie jest zabronione przez prawo, a Urząd Komunikacji Elektronicznej nie tylko nakłada w takim przypadku grzywny, ale i kieruje zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa⁶. Jedyna możliwość wzmocnienia sygnału to opisana przez nas procedura oznaczająca istotny wydatek

⁶ <https://www.uke.gov.pl/akt/nielegalne-wzmacniacze-gsm,253.html>

kosztowy (kilkadziesiąt tysięcy złotych średnio) jak i organizacyjny (do kilkunastu tygodni na pomiary, sporządzenie dokumentacji, uzgodnienia, zakup dedykowanych urządzeń oraz wdrożenie rozwiązania). Jest to wiedza notoryjna dla każdego operatora telekomunikacyjnego.

(13) Przeprowadzenie inwestycji wymaga uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia szeregu okoliczności:

- Po pierwsze wykonawca musi uprzednio znać adresy miejsc w których zasięg ma być poprawiony. W przypadku niniejszego postępowania mamy teren miasta Poznań oraz dwunastu powiatów.
- Wykonawcy muszą mieć zapewniony czas na wybudowanie takiej infrastruktury przed terminem rozpoczęcia wykonywania świadczeń. W jednym z postępowań na usługi telekomunikacyjne Izba zauważyła⁷: *Na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego, adekwatnego i przede wszystkim realnego ukształtowania warunków przetargu, aby nie ograniczać uczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał, że okoliczności wynikające z dokumentacji przetargu, na które wskazywali odwołujący, zostały przez niego właściwie zbadane i dają podstawę do przyjęcia terminu ustalonego w SIWZ. **Odwołujący, wskazując na konieczność dostosowania, czy wybudowania infrastruktury telekomunikacyjnej spełniającej wymagania SIWZ, co wiąże się z koniecznością spełnienia wymagań prawnych i wykonania prac budowlanych, w zależności od warunków technicznych istniejącej infrastruktury (...). Zamawiający natomiast nie wykazał, że wziął te wszystkie okoliczności pod uwagę i wyznaczony przez niego termin realizacji zamówienia jest terminem realnym w stosunku do postawionych warunków przetargu.***

(14) Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie w dniu 27 czerwca br. zaś termin na składanie ofert został wyznaczony na dzień 5 lipca. Zatem wykonawcy w okresie około 5 dni roboczych mieli skalkulować ewentualne zainstalowanie urządzeń poprawiających zasięg – zatem przeprowadzić pomiary, przygotować dokumentację techniczną, a następnie **kalkulację kosztu który winien być uwzględniony w cenie oferty.**

⁷ Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20

- (15) Zamawiający ma świadomość istnienia ograniczeń w dostępności zasięgu w przypadku transmisji danych GSM. Dlatego w treści punktu III OPZ zastrzeżono: *Ze względu na umowy Zamawiającego z innymi podmiotami i na konieczność zapewnienia transmisji danych GSM w miejscach, gdzie mogą wystąpić lub stwierdzono problemy ze świadczeniem usługi GSM przez jednego operatora oraz konieczność zapewnienia działania usługi sprzedaży w niektórych punktach stacjonarnej sieci sprzedaży biletów komunikacji miejskiej, Zamawiający nie dopuszcza, aby Wykonawcą dla części I i II był ten sam Operator lub różni Operatorzy, którzy realizują usługi za pośrednictwem wspólnej infrastruktury sprzętowej GSM.* Niemniej Zamawiający postanowił rozwiązać problem zasięgu ustanawiając dodatkowo wymagania sprzeczne z charakterystyką techniczną usług transmisji mobilnej i do tego bez umożliwienia wykonawcom wywiązania się z tego wymagania.
- (16) Co także istotne, Zamawiający przewidział kary umowne za brak zasięgu. W treści §7 ust. 2 umowy zastrzeżono: *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 500,00 zł, za każdy 0,1 % braku dostępności Usługi, poniżej określonego w § 8 ust. 2. Wskazany ust. 2 ma treść: Dostępność Usługi w sieci będzie wynosiła co najmniej 99,00% i będzie mierzona w minutach przestoju w okresie jednego miesiąca, jako suma wszystkich czasów, w których Usługa była niedostępna.*
- (17) **Problematyka ustanowienia wymagań dotyczących zasięgu wykraczającego poza warunki określone w publicznie dostępnych mapach była przedmiotem wielu uwzględnianych zarzutów podnoszonych w postępowaniach toczonych przed Krajową Izbą Odwoławczą.** Przykładowo zarzut taki został uwzględniony w postępowaniu prowadzonym przez Kancelarię Sejmu⁸, w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie⁹, a także przez Miasto Poznań¹⁰ oraz Uniwersytet Jagielloński¹¹. Zwracamy także uwagę na postępowania o sygn. akt KIO 1276/23 w którym od powyższego wymagania odstąpiła Grupa Kapitałowa PGE oraz w sprawie o sygn. KIO 3341/23 w którym z wymagania posiadania zasięgu zrezygnował

⁸ https://orka.sejm.gov.pl/profil_nab_2021.nsf/Ogloszenie.xsp?id=42D469DD5DD92DDCC12586E2002A1C56

⁹ Sprawa o sygnaturze akt KIO 2354/21

¹⁰ Sprawa o sygnaturze akt KIO 1706/22

¹¹ Sprawa o sygnaturze akt sygn. akt KIO 2921/23

zamawiający Centralne Biuro Antykorupcyjne¹², a także postępowania przed KIO, którym zarzut został uwzględniony przez Centralny Ośrodek Informatyki¹³.

(18) Wskazujemy także uwagę na zmianę dokumentacji przetargowej dokonaną w dniu 1 sierpnia 2023 roku przez Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telefonii komórkowej (nr postępowania: 0000-ZP.261.16.2023)¹⁴. Wymaganie zapewnienia zasięgu było przedmiotem odwołania wniesionego do KIO. KRUS zmodyfikował SWZ wprowadzając odrębnie wycenianą procedurę poprawy zasięgu: *Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 20 dni kalendarzowych od daty otrzymania zgłoszenia dokonać pomiarów i przedstawić Zamawiającemu propozycję działań zaradczych oraz wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg wraz z uzasadnieniem albo obiektywną analizę uzasadniającą brak przedstawienia propozycji działań zaradczych. Zamawiający w każdym z tych przetargów ze względu na przywołane powyżej okoliczności rezygnowali – na etapie postępowania przetargowego – z domagania się oferowania zasięgu na innych zasadach niż zasady właściwe dla rynku telefonii komórkowej.*

(19) Zwrócić także można uwagę na praktykę rynku zamówień publicznych. W prowadzonym w 2023 roku dwóch największych postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi telefonii komórkowej (tzw. zamawiający centralni), nie ustanowiono wymagań wykraczających poza wskazane przez nas zasady wykonywania usług:

- Postępowanie prowadzone przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej – Centralny Zamawiający (KPRM) na świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM (nr 2023/02)¹⁵. Zamówienie jest udzielane na rzecz 135 centralnych i terenowych jednostek administracji państwowej. Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej (§2 ust. 6 i 7 wzorca umowy) *Wykonawca zagwarantuje obejmowanie zasięgiem oferowanej sieci telefonii ruchomej GSM lub LTE minimum 95% terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca zapewni dostępność sieci użytkownikom*

¹² <https://portal.smartpzp.pl/cba/public/postepowanie?postepowanie=55276235>

¹³ <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/tenders/ocds-148610-5ea33742-aaf8-11ee-a06e-7a3efa199397>

¹⁴ <https://ezamowienia.krus.gov.pl/krus/public/postepowanie?postepowanie=351143>

¹⁵ <https://platforma.eb2b.com.pl/auction/auction/preview-auction/id/385829>

Jednostek, będących abonentami sieci Wykonawcy, zgodnie z aktualnie publikowanymi mapami zasięgu na stronach internetowych Wykonawcy, na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosowej i danych.

- Postępowanie prowadzone przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa (Centralny Zamawiający) na świadczenie usług telefonii komórkowej na rzecz sądów powszechnych (nr WZP-421-3/2023)¹⁶. Zamówienie jest udzielane na rzecz ponad 370 sądów powszechnych. Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia Wykonawca gwarantuje obejmowanie zasięgiem oferowanej sieci telefonii komórkowej GSM minimum 95% terytorium RP (2.4 OPZ). W treści §2 ust. 7 pkt 1 wzorca umowy dodano: *przypadku braku pokrycia zasięgu sieci komórkowej Wykonawcy w pomieszczeniach biurowych wszystkich lokalizacji jednostek sądownictwa wskazanych w Załączniku nr 6 do Umowy, przejawiającego się brakiem możliwości nawiązania połączeń lub zrywaniem już nawiązanych, Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 40 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez jednostki sądownictwa, drogą elektroniczną tego faktu Wykonawcy, dokonać pomiarów i przedstawić jednostce sądownictwa propozycję działań zaradczych oraz **wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg** wraz z uzasadnieniem albo obiektywną analizę uzasadniającą brak przedstawienia propozycji działań zaradczych. Niedopełnienie powyższego obowiązku skutkować będzie naliczeniem kary umownej, określonej w § 6 ust. 9 Umowy. Skorzystanie przez jednostkę sądownictwa z zaproponowanego przez Wykonawcę działania zaradczego, realizowane będzie przez jednostkę **poza Umową** co oznacza, że **poniesione przez jednostkę sądownictwa koszty nie wliczają się w realizację Umowy.***

(20) **Zwracamy wreszcie uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt 1717/23 dotyczącej przetargu prowadzonego przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy.** Zamawiający w treści dokumentacji przetargowej zamieścił następujące zastrzeżenie: *zapewnienie dostępu do sieci GSM na obszarze min. 90 % terenu Polski, w tym lokalizacjach Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1 do OPZ. W przypadku, gdy w jakiejś lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych*

¹⁶ <https://ezamowienia.ms.gov.pl/czs/public/postepowanie?postepowanie=45853203>

Wykonawca na własny koszt dokona niezbędnych instalacji w celu poprawienia poziomu sygnału. Wszelkie prace związane z poprawą sygnału muszą zostać wykonane w terminie 30 dni kalendarzowych od chwili pisemnego zgłoszenia problemów przez Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13 czerwca 2023 roku uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu zmianę powyższego postanowienia wzoru umowy w ten sposób, że: **ryzyko związane z koniecznością dodatkowych instalacji nie może być przeniesione na wykonawcę, a strony umowy uzgodnią odrębnie warunki realizacji każdej instalacji.** W uzasadnieniu wyroku Izba między innymi stwierdziła: *Z uwagi na to, że jedynie wykonawca obecnie realizujący podobne zamówienia ma pełną wiedzę na temat wymaganej infrastruktury do wykonania zamówienia i jest w stanie precyzyjniej niż pozostali wykonawcy wkalkulować ryzyka ewentualnych instalacji w cenę ofertową (...)* Zamawiający przygotował i przeprowadza postępowanie nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Izba obszernie omówiła okoliczności uzasadniające konieczność zmiany SWZ przywołując wskazywane przez nas powyżej argumenty (nieznany czas oraz koszty potrzebne do wykonania dodatkowych instalacji, brak możliwości skalkulowania oferty etc.).**

- (21) Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie opis przedmiotu zamówienia narusza art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający może oczekiwać poprawienia zasięgu, jednak powinno to być przeprowadzane na podstawie odrębnego zlecenia udzielanego po zawarciu umowy. Obecne brzmienie dokumentacji przetargowej uniemożliwia złożenie oferty.
- (22) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o nakazanie przez Izbę usunięcia treści §8 ust. 2 Umowy oraz punktu VII podpunkt 2 OPZ wraz z konsekwencjami usunięcia tych postanowień (kary umowne).

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację, w naszej ocenie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wykaz załączników:

1. informacja z Krajowego Rejestru Sądowego;
2. pełnomocnictwo;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
4. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.