

PORZEDZAJĄCE WNIOSIENIE WNIOSKU O KONTROLĘ DORAŻNĄ POSTĘPOWANIA

Działając w imieniu wykonawcy _____ z o.o. z siedzibą _____
_____ z treścią art. 165 ust. 1 ustawy z
dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z
2017 poz. 1579 ze zm. zwana dalej „ustawą Pzp”) składam niniejszym pismo
poprzedzające złożenie wniosku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o
kontrolę dorażną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na
świadczenie usług telekomunikacyjnych dla UJK w Kielcach.

_____ zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- **art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp** poprzez sporządzenie wadliwego opisu przedmiotu zamówienia obejmującego połączenie usług telefonii komórkowej oraz stacjonarnej w jednym postępowaniu bez możliwości składania ofert częściowych;
- **art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp** poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia na usługi telefonii stacjonarnej oraz telefonii komórkowej;
- **art. 91 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez wadliwe zastosowanie dwóch kryteriów ceny (podkryteria z nadanymi odrębnie wagami);
- **art. 91 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez wadliwe zastosowanie kryterium po nazwą „preferencyjne warunki dla podpisujących umowy pracowników

VIII. Wadliwe kryterium preferencyjnych warunków dla podpisujących umowy pracowników Zamawiającego.

- (28) W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustanowiono kryterium pod nazwą: preferencyjne warunki dla podpisujących umowy pracowników Zamawiającego. Zamawiający nadał temu kryterium wagę 8 procent (punktów). W formularzu ofertowym określono, iż wykonawca winien dołączyć szczegółowy opis warunków do oferty.
- (29) Po pierwsze podkreślenia wymaga, iż tak określone kryterium jest rażąco niejednoznaczne. Nie jest wiadomym jakiego rodzaju świadczenia oczekuje Zamawiający w ramach tego kryterium. Co jednak ważniejsze, zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i **inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia**. Jak zauważa prezes UZP¹⁴: „*uprawnienie zamawiającego wynika z przytoczonego art. 91 ust. 2 ustawy, który - nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty - zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem, że dotyczyć będą wyłącznie przedmiotu zamówienia (art. 92 ust. 3 ustawy)*”.
- (30) **Powyżej ustanowione kryterium nie odnosi się do przedmiotu zamówienia.** Odnosi się ono do świadczeń wykonywanych na rzecz podmiotów trzecich. Co więcej, zgodnie z treścią art. 44 ustawy o finansach publicznych (t.j Dz.U. z 2017 poz. 2077 ze zm.) wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Poprzez powyżej omówione ukształtowanie kryteriów oceny ofert podmiot publiczny (uczelnia wyższa) finansuje faktycznie ze środków publicznych korzyści uzyskiwane przez swoich pracowników poza stosunkiem pracy (prywatnie zawierane umowy). Wydaje się, iż tak ponoszone wydatki godzą w zasady wyrażone w treści art. 44 cytowanej powyżej ustawy.
- (31) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o usunięcie z dokumentacji przetargowej przedmiotowego kryterium.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o uwzględnienie żądań zawartych w treści pisma.

Zamawiającego”;

- **art. 26 ust. 2f ustawy Pzp** poprzez wadliwe żądanie wraz z ofertą dokumentów składanych w ramach tzw. przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu;

i tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a także zasad proporcjonalności oraz przejrzystości w odniesieniu do sposobu prowadzenia niniejszego postępowania przetargowego. Polkomtel wnosi o dokonanie przez Zamawiającego odpowiednich zmian s.i.w.z. w sposób zaproponowany w dalszej części niniejszego pisma.

Uzasadnienie

I. Zagadnienia wstępne.

- (1) Przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego jest zawarcie umowy na świadczenie usług w zakresie telefonii stacjonarnej oraz telefonii komórkowej. Wykonawca zobowiązany jest między innymi do przeniesienia wszystkich stacjonarnych numerów abonenckich wykorzystywanych przez Zamawiającego (numeracja 447327400 – 447327505) od dotychczasowych operatorów do własnej sieci z zachowaniem przedmiotowych numerów. Ponadto przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie na rzecz Zamawiającego usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej dla 155 numerów.
- (2) W ocenie Polkomtel opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób niejednoznaczny (jak przykładowo brak dookreślenia zasad umieszczenia infrastruktury telekomunikacyjnej wykonawcy w budynkach), czy też bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (jak przykładowo wyznaczenie kalendarzowego terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń).
- (3) Ponadto w ocenie Odwołującego sposób sporządzenia dokumentacji przetargowej w sposób bezzasadny uprzywilejowuje obecnego usługodawcę Zamawiającego to jest przedsiębiorstwo **Orange Polska S.A.**¹ Zamawiający zamieścił w dokumentacji przetargowej szereg postanowień które znacząco uprzywilejowują lub też faktycznie umożliwiają złożenie oferty tylko przez tego wykonawcę. **Należy wskazać, iż za niedopuszczalne powinny zostać uznane praktyki prowadzenia postępowań w trybach konkurencyjnych, w których warunki zamówienia w sposób bezzasadny preferują określonych**

Spokojnie
wykonawca

¹ <http://ted.europa.eu/udf?uri=TED:NOTICE:378270-2015-TEXT:PL:HTML&src=0>

wykonawców. Przy czym z góry wybrany wykonawca nie musi być nazwany wprost przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Wystarczy, iż wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że może je spełnić tylko jeden oferent². Jak dodano w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 143/09)³: „*Stwierdzić należy, iż przepisy pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty występujące na rynku, a więc nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia. Na gruncie przepisów pzp oczywistym jednak jest, iż zamawiający określając warunki uczestnictwa w postępowaniu nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu, o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach*”. Jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest bowiem tzw. **zasada neutralności opisu przedmiotu zamówienia**. Zasada ta oznacza w praktyce eliminację z opisu wszelkich elementów, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę⁴. Dyskryminacja wykonawców może polegać na takim opisie przedmiotu zamówienia, który nie jest uzasadniony obiektywnymi wymaganiami zamawiającego, a faktycznie ogranicza konkurencję na rynku danych usług, czy też dostaw⁵.

- (4) Opisanie przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do charakterystyki usług świadczonych przez Orange Polska, czy też niedostrzeżenie potrzeby zagwarantowania wykonawcom innym niż Orange takiej samej wiedzy na temat przedmiotu zamówienia godzi w naszej ocenie rażąco w zasadę uczciwej konkurencji.

II. Zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia. Wstęp.

- (5) Zamawiający w tym postępowaniu łączy ze sobą dwa typy świadczeń, **usługi telefonii komórkowej oraz usługi telefonii stacjonarnej** bez możliwości składania ofert częściowych. W naszej ocenie takie

² Podobnie” Prawo zamówień publicznych, Komentarz, P.Granecki, C.H. BECK, Warszawa 2009, str.137

³ Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011

⁴ Prawo zamówień publicznych Komentarz Suplement aktualizacyjny, Wicik Grzegorz, Wiśniewski Piotr, C.H. BECK, Warszawa 2007, str.214

⁵ Na potrzebę odwołania się do racjonalnych potrzeb zamawiającego wskazano przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 682/08), podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2009 roku (sygn. KIO/UZP 562/09).

połączenie skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji z dwóch zasadniczych powodów:

- Po pierwsze, mamy do czynienia z zamówieniami adresowanymi do **odmiennych grup wykonawców** (rynków usługodawców telefonii stacjonarnej oraz komórkowej to dwa różne segmenty rynku telekomunikacyjnego). Zamawiający doprowadził do **sztucznego połączenia** odmiennych typów świadczeń.
- Po drugie Zamawiający łącząc usługi telefonii stacjonarnej oraz komórkowej w sposób opisany w dokumentacji przetargowej **faktycznie uprzywilejowuje bezzasadnie jednego wykonawcę** – obecnego dostawcę usług, to jest przedsiębiorstwa Orange Polska.

Poniżej przedstawimy szczegółowe uzasadnienie dla obu tez.

III. Zarzut sztucznego połączenia odmiennych typów świadczeń.

(6) Zgodnie z informacjami prezentowanymi przez Urząd Komunikacji Elektronicznej⁶ pięć podmiotów świadczy na terytorium Polski **usługi telefonii ruchomej** (komórkowej) w oparciu o własną infrastrukturę, to jest Orange Polska S.A., Polkomtel Sp. z o.o., T-Mobile Polska S.A., a także P4 Sp. z o.o. oraz Aero 2 Sp. z o.o. (z jedynie częściowym pokryciem kraju). W odniesieniu zaś do **telefonii stacjonarnej**, trzy wiodące przedsiębiorstwa to Orange Polska S.A. (około 55% udział pod względem liczby abonentów), UPC (udział około 12%) oraz Netia S.A. (udział około 9%). Udział pozostałych podmiotów wynosi około 3% lub mniej.

(7) Należy także podkreślić, iż usługi telefonii komórkowej oraz stacjonarnej opisane w dokumentacji niniejszego postępowania przetargowego wykonywane są w oparciu o odmienne technologie. Mamy zatem, w odniesieniu do telefonii komórkowej oraz stacjonarnej, do czynienia z **dwoma różnymi technologicznie sposobami wykonania świadczeń** oraz z **różnymi typami przedsiębiorców** obecnymi na każdym z rynków. **Jedyny wyjątek dotyczy wielobranżowego przedsiębiorstwa Orange**. W ocenie Odwołującego połączenie zatem tych dwóch różnych świadczeń w jednym postępowaniu bez możliwości składania ofert częściowych narusza zasadę uczciwej konkurencji, nie znajduje uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego oraz bezzasadnie uprzywilejowuje wykonawcę Orange, obecnego i wieloletniego usługodawcę Zamawiającego.

⁶ Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2016 roku, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Warszawa, czerwiec 2017 rok

(8) Należy podkreślić, iż Zamawiający nie może zmuszać wykonawców do tworzenia konsorcjów w celu wykonania przedmiotu zamówienia. Jak słusznie podkreśla się w wytycznych Urzędu Zamówień Publicznych⁷: „Jedną z możliwości radzenia sobie w przypadku ubiegania się o duże zamówienia jest możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie przez kilku wykonawców. Możliwość taka została zagwarantowana w ustawie Pzp (art. 23) i stanowi pewne rozwiązanie problemu (podobnie, jak możliwość polegania na potencjale i zdolnościach innych podmiotów (art. 26 ust. 2b). **Jednak, możliwość tę należy rozpatrywać raczej w kategorii praw wykonawców, nie ich obowiązków.** Zamawiający musi dopuścić udział konsorcjów, lecz **nie może wymuszać tworzenia sztucznych konsorcjów**, czyli konsorcjów składających się z firm nie komplementarnych wobec siebie, lecz konkurujących ze sobą lub niemających ze sobą nic wspólnego (działających na odrębnych rynkach). Niestety, sytuacja taka występuje dość często i jest spowodowana agregowaniem zamówienia: włączaniem do przedmiotu jednego zamówienia różnych dostaw lub usług. Zamówienie takie (w sytuacji niedopuszczenia ofert częściowych) może uzyskać wyłącznie **duża, wielobranżowa firma.** Działanie takie (łączenie w ramach jednego postępowania dostaw lub usług niepodobnych) stanowi naruszenie swobody dostępu do zamówień publicznych, w sposób nieuzasadniony **zawęża konkurencji**”. **W pełni zatem zasadnym jest alternatywnie przeprowadzenie dwóch postępowań o udzielenie zamówienia na usługi komórkowe oraz stacjonarne albo też umożliwienie w tym zakresie złożenia ofert częściowych.**

(9) Zwracamy ponadto uwagę na pogląd Prezesa UZP odnoszący się do zmian ustawy Prawo zamówień publicznych z 2016 roku⁸: „Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia **zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części.** Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Działanie takie [podział zamówienia] powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja

⁷ Nowe podejście do zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych / Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011 rok, str. 10

⁸ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/podzial-zamowienia-na-czesci>

zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. **A contrario** uznać należy, iż **obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku**". Jak dodała Izba w wyroku z dnia 25 listopada 2016 r. sygn. akt 2124/16: „Stosownie do przepisu art.96 ust.1 pkt.11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający sporządza protokół zawierający, co najmniej powody niedokonania podziału zamówienia na części. Powyższy przepis stanowi dla Zamawiającego bardzo ważny obowiązek uzasadnienia przyczyn niepodzielania zamówienia na części. Według zapatrywania Izby przewidziane prawem uzasadnienie powinno być możliwie najszersze, zawierać dokładną analizę sytuacji rynkowej tego rodzaju zamówień, opisywać relacje cenowe poszczególnych świadczeń. W uzasadnieniu takim nie jest wystarczające jedynie ogólne podanie korzystności samej ceny, lecz konieczne jest odniesienie się do samego przedmiotu zamówienia, warunków rynku i możliwości świadczonych usług na podstawie konkretnych przypadków". W naszej ocenie Zamawiający zaniechał przeprowadzenia analizy, która uwzględniałaby sytuację na rynku usług telekomunikacyjnych oraz specyfikę niniejszego postępowania przetargowego. Wskutek braku takiej analizy mamy do czynienia z bezzasadnym połączeniem dwóch różnych typów świadczeń.

- (10) Reasumując, brak podziału zamówienia na części prowadzi w niniejszym postępowaniu do naruszenia jego konkurencyjności. Biorąc

pod uwagę powyższe wnosimy o dokonanie podziału przedmiotu zamówienia na części obejmującego odrębnie usługi telefonii komórkowej oraz telefonii stacjonarnej.

- (11) **Należy podkreślić, iż konsekwencją dokonania podziału zamówienia (odrębne postępowania lub możliwość złożenia ofert częściowych) winno być usunięcie postanowienia s.i.w.z. przewidującego bezpłatność połączeń wykonywanych na terenie Polski pomiędzy numerami objętymi niniejszym postępowaniem (zamówienia świadczone mogą być bowiem przez dwóch różnych wykonawców).**

IV. Zarzut dotyczący wadliwego określeniu termin rozpoczęcia wykonywania usług.

- (12) Stawiając zarzut wadliwego połączenia usług telefonii stacjonarnej oraz komórkowej zwracamy uwagę ponadto na jeszcze jedną okoliczność. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadczenie usług objętych niniejszym postępowaniem musi nastąpić od dnia **15 maja 2018 roku** po uprzednim dostarczeniu i uruchomieniu urządzeń, przełączeniu numerów, przejęciu numeracji (czynności te zostaną potwierdzone protokołem odbioru). **Termin składania ofert przy tak skomplikowanym przedmiocie zamówienia wyznaczono na 8 dni od daty wszczęcia przetargu. Ponadto wykonawca ma rozpocząć wykonywania usług w niewiele ponad trzy tygodnie od daty wszczęcia postępowania (!).**

- (13) Zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa odnoszącego się do usług telekomunikacyjnych, Zamawiający winien tak określić termin na rozpoczęcie wykonywania świadczeń, by dać szansę realizacji przedmiotu zamówienia zarówno obecnemu usługodawcy telekomunikacyjnemu, jak i alternatywnym świadczeniodawcom. **W orzecznictwie zamówień publicznych przyjmuje się, iż właściwym terminem na uruchomienie łączy telekomunikacyjnych jest termin 90 dni.** Jak podkreśliła Izba przykładowo w wyroku z dnia 12 lipca 2010 roku sygn. KIO/UZP 1246/10: *„w konsekwencji izba stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez zamawiającego terminie. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną*

*infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę. Zasadnym jest więc, aby wykonawcy dysponowali **90 dniami** na uruchomienie świadczenia usług". Zwracamy także uwagę na wyrok KIO o sygn. akt KIO 874/09: „Odwołujący w środkach ochrony prawnej podniósł również zarzut zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi. Termin ten został określony przez Zamawiającego w § 1 ust. 3 wzoru umowy (Rozdział III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) na 15 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy. Odwołujący wywodził, iż niezależnie od technologii, w jakiej świadczone będą usługi telekomunikacyjne, wyznaczony przez Zamawiającego termin jest zbyt krótki. Tezę postawioną przez Odwołującego potwierdził sam Zamawiający wskazując na rozprawie na postanowienia umowy ramowej w zakresie świadczenia usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych, przez co wykazał, iż nawet przy świadczeniu usług przez dzierżawę łączy od operatora czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżawy łączy to 44 dni. Wobec powyższego, Izba uznała, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2, a co za tym idzie 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez co niezbędna jest modyfikacja treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załączników do niej w sposób zgodny z żądaniem Odwołującego". Podobnie w innym wyroku dotyczącym czasu niezbędnego na uruchomienie **łączy telekomunikacyjnych**⁹: „Izba uwzględniła w tym zakresie żądanie zgłoszone przez odwołujących, uznając, że **okres 90 dni**, jest swoistego rodzaju kompromisem pomiędzy maksymalnym a minimalnym czasem wskazywanym przez odwołujących i będzie wystarczającym na podjęcie niezbędnych działań przygotowawczych”.*

- (14) W analizowanym przypadku Zamawiający ustanawiające termin 15 maja br. bezzasadnie uprzywilejowuje wykonawcę Orange posiadającego już infrastrukturę telekomunikacyjną niezbędną do wykonywania niniejszego zamówienia. W naszej ocenie to jedynie termin 90-dniowy jest jedynym terminem realnym dla alternatywnych dostawców usług stacjonarnej telefonii. Zwracamy uwagę na to, że w tym zamówieniu wykonawca zmuszony jest do zakupu lub rozbudowania dodatkowej infrastruktury telekomunikacyjnej, wybudowania łączy, pozyskania praw do dysponowania nieruchomościami, pozyskania praw do istniejącej infrastruktury etc.

⁹ Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. KIO 2434/13

(15) Co istotne, Zamawiający określając termin 15 maja br. całkowicie pomija fakt, iż **nie jest znana data zakończenia niniejszego postępowania przetargowego**. Bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na konieczność określenia przez Zamawiającego liczonego w dniach, tygodniach, miesiącach (w zależności od przedmiotu zamówienia) **terminu na wykonanie świadczenia po zawarciu umowy**. Przykładowo Izba w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1123/10): „*Skład orzekający Izby stwierdza, że przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczzonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp*”. Podobnie KIO w wyroku z dnia 1 sierpnia 2013 roku sygn. akt KIO 1869/13: „*świadczenie usługi rozpoczyna się z dniem 1 marca 2014 r. Pomimo szeregu działań, które wykonawca zmuszony jest podjąć przed rozpoczęciem świadczenia właściwej usługi Zamawiający w żaden sposób nie określił minimalnego nawet czasu, w którym wykonawca będzie w stanie w sposób należyty przygotować się do świadczenia tej usługi (...) wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie mają pewności, kiedy będą mogli rozpocząć przygotowania do świadczenia usługi, a co najistotniejsze, nie mają pewności, ile będą mieli czasu na podjęcie tych przygotowawczych czynności. Nie mogą zatem wycenić tych prac i związanego z nimi ryzyka, w szczególności także uzależnienia od powyższego kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego*”. Warto w tym miejscu przytoczyć także rozważania Izby zawarte z wyroku z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. KIO 2434/13: „*Izba wskazuje, że tylko wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, a które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usług i muszą być uwzględnione w wycenie oferty. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług, zakładając bezkrytycznie zakończenie postępowania przed data 1 stycznia 2014 r. i uznając że skoro zawarcie umów może nastąpić w pierwszym tygodniu grudnia to wyłoniony wykonawca będzie miał jakiś (nie wiadomo jaki), czas na przygotowanie się do świadczenia usług. (...) Choć można zakładać, że zakończenie postępowania nastąpi 1 stycznia 2014 r., to nie jest to pewne ani w żaden sposób*

określone kiedy i nie wiadomo czy i ile dni wykonawcy zostanie na przygotowanie się do świadczenia usług. Czas na przygotowanie się do świadczenia usług uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, tj. zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

- (16) Należy podkreślić, iż od wykonawców nie można oczekiwać ponoszenia kosztów budowy infrastruktury telekomunikacyjnej jeszcze przed zawarciem umowy. Warto podkreślić, iż¹⁰: „*Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest otrzymanie świadczenia polegającego na wykonywaniu umowy odpłatnej, a więc do otrzymania przedmiotu zamówienia przez zamawiającego (w całości lub części) niezbędne jest zawarcie umów oraz wypełnienie obowiązku odpłatności za spełnione świadczenie. Jednocześnie zgodnie z art. 14 ustawy Pzp we wszystkich sytuacjach, gdy ustawa nie stanowi inaczej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Wśród tych przepisów szczególnie istotne znaczenie ma definicja oferty zawarta w art. 66§1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym świadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. **Złożenie ofert nie może być w żadnym wypadku utożsamiane z obowiązkiem dostarczenia w ofercie przedmiotu przyszłej umowy lub jego wykonania przed jej przyszłym i niepewnym zawarciem**”.* Podobnie Izba w uchwale z dnia 22 maja 2015 roku (sygn. akt KIO/KD 27/15): „*Zdaniem Izby nieuzasadnione jest oczekiwanie, aby potencjalni wykonawcy zamówienia dokonywali zakupów podwozi czy pojazdów bazowych uwzględniających szczególne wymagania Zamawiającego **na zapas, nie wiedząc, czy mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia** (...). O tym, że wykonawcy potencjalnie zainteresowani przedmiotowym zamówieniem nie mogli dotrzymać takiego terminu świadczą najlepiej pytania zgłaszane Zamawiającemu, a także fakt, że ostatecznie została złożona tylko jedna oferta, pomimo że znany krąg wykonawców działających na krajowym rynku tego typów pojazdów jest znacznie szerszy”.*

- (17) Warto podkreślić, iż bez znaczenia przy tym pozostają ewentualne przesłanki zmiany umowy w zakresie zmiany terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń. Zmiana taka bowiem będzie

¹⁰ Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - Komentarz do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 w sprawie rodzajów dokumentów(..)- praca zbiorowa pod redakcją Włodzimierza Dzierżanowskiego, wyd. Grupa Doradcza Sienna, Warszawa 2009;

uzależniona od woli Zamawiającego i dokonana dopiero po zawarciu umowy.

- (18) Reasumując, sposób określenia terminu rozpoczęcia wykonywania świadczenia bezzasadnie preferuje obecnego usługodawcę. **Mamy do czynienia z zamówieniem cyklicznym, ponawianym co kilka lat. Nic nie stało na przeszkodzie, by Zamawiający wszczął postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem, tak by nie istniała potrzeba sztucznego premiowania obecnego usługodawcy posiadającego infrastrukturę niezbędną do wykonania przedmiotu zamówienia.** Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o wykreślenia z dokumentacji terminu 15 maja br. jako terminu rozpoczęcia wykonywania świadczeń. Termin ten powinien być liczony od dnia zawarcia umowy i wynosić co najmniej 90 dni od dnia jej zawarcia.

V. Zarzut dotyczący wadliwego opisu przedmiotu zamówienia (brak wizji lokalnej).

- (19) W treści opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający opisał lokalizacje, w których ma być wykonywana usługa telekomunikacyjna (przyłączenie do sieci). Brak jest jednak w dokumentacji przetargowej szczegółowych informacji na temat infrastruktury budynkowej, brak wreszcie informacji na temat zasad przeprowadzenia wizji lokalnej. W ocenie Polkomtel mamy do czynienia z opisem niejednoznacznym, niewyczerpującym, uniemożliwiającym sporządzenie oferty. Wykonawca został bowiem pozbawiony wiedzy niezbędnej do przygotowania oferty. **Jedynie posiadanie podstawowych informacji na temat budynków (dokumentacja, opis techniczny etc.) oraz wykonanie pomiarów i ocen technicznych (wizja lokalna) na ich terenie pozwala na określenie kosztów wykonywania świadczeń.** Warto zauważyć, iż obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiającym, a nie wykonawcach. Wykonawcy nie mogą mieć obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż s.i.w.z.¹¹ Wykonawcy bez jakiegokolwiek wiedzy na temat uwarunkowań technicznych wykonania przedmiotu zamówienia mają zobowiązać się do zapewnienia możliwości budowy infrastruktury telekomunikacyjnej w budynkach Zamawiającego.
- (20) Podkreślamy, iż w przypadku usług telekomunikacyjnych wizja lokalna ma kluczowe znaczenie dla możliwości złożenia oferty. Jak podkreśla przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza:

¹¹ Informacja o wyniku kontroli doraźnej nr UZP/DKD/KND/2/14

- *Udział w takiej wizji lokalnej wydaje się zasadnym z punktu widzenia prawidłowości przygotowania ofert przetargowych, a następnie realizacji zamówienia. Wymóg ten jedynie ma ułatwić wykonawcom możliwość złożenia jak najlepszej oferty w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r. sygn. akt: KIO/226/11)*
- *Izba ocenia, że w złożonych swym charakterem zamówieniach, jakim jest budowa sieci informatycznej przeprowadzenie wizji może mieć dla sporządzenia oferty oraz jej prawidłowej wyceny istotne znaczenie (wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 1633/09).*
- *Zamawiający powinien umożliwić wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnych, co może mieć znaczenie dla prawidłowego sporządzenia oferty i wyceny przedmiotu zamówienia. (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1839/09)*

Na marginesie powyższego zwracamy uwagę na to, iż zgodnie z treścią art. 9a ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej, zamawiający wyznacza 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 minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie**. Ustawa gwarantuje w takim przypadku wykonawcy czas na wykonanie wizji dłuższy niż minimalny termin na składanie ofert. Dopuszczenie wizji lokalnych wymagałoby zatem przedłużenia terminu składania ofert ponad minimalny okres wymagany zgodnie z przepisami ustawy.

- (21) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o uzupełnienie dokumentacji przetargowej o możliwość przeprowadzania wizji lokalnej wraz z odpowiednim wydłużeniem terminu na składanie ofert.

VI. Zarzut dotyczący żądania wraz z ofertą dokumentów w ramach tzw. przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

- (22) Zamawiający zgodnie z treścią punktu III.9 s.i.w.z. wymaga dostarczenia **wraz z ofertą** materiałów producenta potwierdzających parametry techniczne oferowanego sprzętu. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2f Pzp jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub

*alut
medycytoraj
- nie ma
w siwz.*

kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Należy także zauważyć, iż zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej Zamawiający, na podstawie art. 24aa ust.1 ustawy PZP najpierw dokona oceny ofert, a następnie będzie badać czy, Wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

(23) W orzecznictwie wyrażany jest pogląd, iż treść powyższego przepisu stoi na przeszkodzie możliwości żądania przez zamawiających wraz z ofertą dokumentów składanych w ramach tzw. przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu (na potwierdzenie, iż oferowane usługi lub dostawy spełniają wymagania zamawiającego). Jak zauważyła Izba w wyroku z dnia 3 kwietnia br. w sprawie o sygn. akt KIO 511/17: *„Przepis powyższy wskazuje, że dokumenty i oświadczenia potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym dokumenty i oświadczenia składane na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane lub usługi spełniają wymagania zamawiającego, nie są składane wraz z ofertą lecz składa je wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona. Powyższe potwierdza treść Jednolitego Europejskiego Dokumentów Zamówienia („JEDZ”), Cześć IV lit. C pkt 11) oraz pkt 12). Jak wynika z treści SIWZ tj. rozdziału XII pkt. 3 ppkt 4) - 13) Zamawiający z naruszeniem art. 26 ust. 1 Pzp żąda dokumentów tzw. przedmiotowych wraz z ofertą od wszystkich wykonawców”*. Podobnie Izba w wyroku z dnia 8 marca 2017 roku w sprawie o sygn. akt KIO 366/17: *„W odniesieniu do dokumentów przedmiotowych, a więc potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia, z mocy art. 26 ust. 2f Pzp, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich, lub niektórych dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału. Zamawiający żądał tych dokumentów wraz z ofertą. W zakresie dokumentów przedmiotowych, potwierdzających przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, ustawodawca takiego trybu postępowania nie ustanowił”*.

(24) Reasumując, ustawa Pzp zgodnie z powyższymi poglądami nie pozwala na żądanie dokumentów składanych w ramach warunków przedmiotowych wraz z ofertą. Dokumenty takie są żądane dopiero od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Żądanie

złożenia tego dokumentu wraz z ofertą stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Polkomtel zasadnym jest dokonanie odpowiedniej zmiany s.i.w.z.

VII. Wadliwość zastosowania kryterium ceny.

(25) Zgodnie z treścią punktu XVII.1 s.i.w.z. w niniejszym postępowaniu zastosowano dwa kryteria cenowe w rozbięciu na dwa, samodzielnie oceniane podkryteria. Zamawiający ocenia bowiem cenę brutto za przedmiot zamówienia z wagą 60 % w rozbięciu na:

- kryterium cena brutto usług objętych ofertą, zgodnie z tabelami i wzorem $A+B+28,5 \times (C+D+E+F+G+H+I+J) - 58\%$
- kryterium cena brutto abonamentu/opłat stałych (dla dodatkowej karta SIM bez aparatu telefonicznego) – tabela K - 2 %.

Takie rozwiązanie zawarte w s.i.w.z. w ocenie Polkomtel jest niezgodne z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych oraz skutkować może wadliwym ustaleniem oferty najkorzystniejszej. Ustanowienie odrębnie porównywanych dwóch kryteriów cenowych sprzyja wypaczeniu przebiegu postępowania, gdyż umożliwia wykonawcom podejmowanie prób wyzyskania niedoskonałości s.i.w.z. w tym zakresie (naruszona zostanie porównywalność ekonomiczna złożonych ofert). Jak zauważono w opracowaniu UZP¹²: „Zamawiający, wprowadzając cenę składającą się z dwóch elementów powinien, dla znalezienia najkorzystniejszej oferty, elementy te zsumować. Nadanie każdemu z tych elementów w SIWZ wagi punktowej spowodowało, że wybór najkorzystniejszej oferty, którą powinna być oferta z najniższą ceną, jest sprzeczny z definicją najkorzystniejszej oferty zawartą w ustawie. Powoduje to, że SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna i wybór oferty na jej podstawie prowadziłby w efekcie do nieważności zawartej umowy”. Podobnie Prezes UZP¹³: „W toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu wskazano, iż podział kryterium cena (100%) na podkryteria, którym przyporządkowano wagi: pozycje 1-8 - waga 40% oraz pozycje 9-10 - waga 60%, nie gwarantował wyboru oferty najkorzystniejszej. Dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza mogło bowiem doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była oferta najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę. Przy tak skonstruowanym kryterium, ocenie podlega w

¹² Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, UZP, 2010 rok

¹³ Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.

istocie sposób skalkulowania ceny, a nie rzeczywista wartość prac oferowanych przez wykonawcę”. Innymi słowy największą liczbę punktów w kryterium cenowym zdobyć może nie tyle oferta z najniższą ceną, co oferta z najkorzystniej rozłożonymi cenami jednostkowymi w porównaniu z innymi złożonymi ofertami (np. zaniżenie wartości ceny jednostkowej celem uzyskania bezzasadnej przewagi).

- (26) Zgodnie z poglądami prezentowanymi w orzecznictwie takie kryteria oceny ofert są niezgodne z treścią ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. **Zatem zamawiający obok kryterium ceny lub kosztu może ustanowić inne kryterium pozacenowe, nie zaś dodatkowe kryterium cenowe.** Wadliwym jest zatem ustanowienie w jednym postępowaniu dwóch lub więcej kryteriów cenowych. Tak przykładowo Izba w wyroku z dnia 6 lutego 2014 r. sygn. akt: KIO 120/14: „jeśli zamawiający decyduje się na jedno kryterium oceny ofert, to ma być nim cena brutto oferty(art. 2 pkt 1 w zw. Z art. 2 pkt 5 ustawy), zaś jeśli decyduje się na kryteria najkorzystniejsze ekonomicznie, to jednym z kryteriów **ma być cena brutto, a pozostałymi - inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a nie inne kryteria cenowe.** Ustawodawca w art. 91 ust. 2 ustawy określił katalog otwarty kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia wskazując przykładowo jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Stworzenie jednak katalogu otwartego w ocenie Izby nie może służyć obejściu art. 2 pkt 1 ustawy. Co więcej cena to ekwiwalent przedmiotu zamówienia, a więc nie może być kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia”. Podobnie KIO w wyroku z dnia 13 maja 2013 r. sygn. akt KIO 956/13: „W myśl art. 91 ust. 2 PrZamPubl kryteriami oceny ofert są bowiem cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż kryterium oceny ofert może być jedna cena, **nie zaś kilka cen, czy też poszczególne składniki ceny.** Tym samym taka interpretacja zapisów specyfikacji jaką przyjął zamawiający, pozostaje w sprzeczności ze wskazanym przepisem”.
- (27) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o dokonanie odpowiedniej zmiany kryterium cenowych.