

znak: BAG.261.1.20.2018

Warszawa, 25 września 2018 r.

Do wszystkich zainteresowanych

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Usługi telefonii komórkowej oraz Internetu bezprzewodowego dla NFZ”

W dniu 25.09.2018 r.. do Zamawiającego wpłynęły zapytania dotyczące wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na podstawie z art. 38 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

Pytanie/Wniosek nr 1

1. Przedmiotem udzielanego zamówienia jest między innymi dostawa telefonów komórkowych. Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia planuje zakup 55 (+17) telefonów kategorii I oraz 783 (+34) telefonów kategorii II. W dokumentacji przetargowej Zamawiający wymaga skalkulowania oferty w ten sposób, aby cena za aparat kategorii pierwszej nie przekroczyła kwoty 299 zł netto, natomiast cena za aparat kategorii drugiej nie przekroczyła ceny 69 zł netto. Ponadto zastrzeżono, iż wybór telefonów będzie następował poprzez wskazanie telefonów z aktualnego na dzień złożenia zamówienia cennika dostępnego dla ogółu klientów biznesowych (z podziałem na telefony poniżej i powyżej 2.000 zł dla kategorii I i II)
2. W ocenie wykonawcy taki opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia oszacowanie ceny oferty oraz rażąco narusza Prawo zamówień publicznych z kilku powodów.

Cena maksymalna.

3. Po pierwsze, zatem do czynienia z ustaleniem ceny maksymalnej oferowanych urządzeń. Zamawiający bezzasadnie wprowadza limity cenowe ograniczając prawo wykonawców do samodzielnego ustalenia ceny. Powołując się na poglądy orzecznictwa, zwracamy uwagę na to, iż:

„zgodnie z art. 14 p.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c. i to wprost, a nie odpowiednio (por. M. Stachowiak, uwaga 2 do art. 14 p.z.p., op.cit.; A. Rudowald, Zamówienia publiczne jako sprawy cywilne, Zamówienia Publiczne Doradca nr 11/2007, s. 61). Odesłanie to obejmuje wszystkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców, (...) zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego”(Postanowienie Trybunału

Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2012 r. sygn. akt P 47/11). W naszej ocenie ustanowienie cen stałych stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, gdyż godzi w nasze interesy jako uczestnika publicznego postępowania o udzielenie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie dawała wyraz przekonaniu, iż ustawa Prawo zamówień publicznych sprzeciwia się ustalaniu cen maksymalnych przez Zamawiającego. Przykładowo:

„charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala na Zamawiającemu na określenie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. (...) Fakt, iż cena jest elementem oferty wynika także z przepisów kodeksu cywilnego, który w art. 66 §1 stanowi, iż oferta jest oświadczeniem drugiej stronie woli zawarcia umowy zawierającym istotne jej postanowienia, do których niewątpliwie należy cena. Stanowisko, iż określenie ceny za realizację zamówienia jest czynnością wykonawcy można wywieść ponadto z faktu, iż cena jest obligatoryjnym kryterium oceny ofert w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 92 ust. 2 ustawy Pzp) i często jest jedynym lub głównym elementem konkurencji pomiędzy wykonawcami. Powyższe prowadzi do wniosku, iż ustalenie przez Zamawiającego górnej granicy kwoty (...) wykracza poza przyznane mu w ustawie Pzp kompetencje. (Wyrok KIO z dnia 22 maja 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 586/09)

4. Jak podkreśla się w orzecznictwie, strony uczestniczące w obrocie gospodarczym powinny być w możliwie największym zakresie jednakowo traktowane co do praw i obowiązków przy realizacji zamówienia (sygn. akt: KIO/UZP 1221/09). Podobnie Izba w sprawie o sygn. KIO 184/10: „Przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 3531 k.c. zawarcie umowy na oznaczonych warunkach pozostawione jest decyzji stron, z ograniczeniami wynikającymi z treści wymienionych przepisów. Zdaniem Izby, należy również zważyć, iż postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą, gwarantującym jej należyte wykonanie przy przestrzeganiu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego, do ustalania warunków zamówienia, nadmierny rygoryzm i asekuracja, niewłaściwe stosowanie prawa, nie służy realizacji celów zakładanych przez Ustawę prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, także w aspekcie określonym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. ” Zamawiający określając stałe wynagrodzenie za dostawę telefonów wykraczał poza ramy opisu przedmiotu zamówienia określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Określenie ceny za przedmiot zamówienia winno pozostawać uprawnieniem wykonawcy.

Brak pewności na temat zakresu zamówienia.

5. Powyżej cytowane postanowienia uniemożliwiają także oszacowanie ryzyk gospodarczych związanych z realizacją umowy. Jeśli bowiem cena urządzenia ma być faktycznie subsydiowana w cenie innych usług (na tym polega oferowanie telefonu w cenie maksymalnej) to koniecznym jest zapewnienie jednoznacznych informacji na temat tego, z jakich stałych przychodów będzie ona pokrywana. Przychody wykonawcy w tym zakresie powinny być niezmiennie. Przykładowo praktykowany na rynku zakup telefonu za 1 zł w przypadku abonamentu dla osób fizycznych wiąże się z zawarciem umowy na okres 24 miesiące. Sprzedawca z góry zna cenę nabycia telefonu co pozwala mu na skalkulowanie wysokości stałego abonamentu uiszczanego przez okres 24 miesiące, uwzględniającego zarówno koszt nabycia urządzenia, jak i wykonywanych usług telekomunikacyjnych.
6. Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej: „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług telekomunikacyjnych przez okres 24 miesiące lub do wyczerpania środków finansowych przewidzianych na realizację Umowy”. Umowa zatem może być zakończona wcześniej niż deklarowane 24 miesiące. Dostawa telefonów komórkowych będzie realizowana na bieżąco w zależności od aktualnych potrzeb każdego z płatników na jego zlecenie.

Zamawiający przewiduje także opcjonalną możliwość zwiększenia łącznej liczby posiadanych aktywacji, maksymalnie o 20% dodatkowych aktywacji w taryfie głosowej. W takim przypadku dodatkowe aktywacje mają zostać zakupione wraz z aparatami telefonicznymi, a liczba aparatów podana w tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia ulega zwiększeniu. Co ważne, zgodnie z wyjaśnieniami s.i.w.z. (pytanie 4) wszelkie umowy zawarte w ramach prawa opcji będą kończyły się z dniem zakończenia umowy podstawowej.

7. Wykonawcy zatem nie mają pewności, iż w odniesieniu do każdego z dostarczanych telefonów przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez pełen okres 24 miesięcy. Zamawiający może przykładowo domagać się opcjonalnych dostaw 160 telefonów wraz z aktywacją usług (20% z liczby 838 aktywacji głosowych dla zamówienia podstawowego) na dwa miesiące przed zakończeniem wykonywania umowy. Przyjmując, iż cena rynkowa zamawianego telefonu I kategorii wynosiłaby 1.500 zł netto, zaś cena maksymalna ofertowa telefonu to 69 zł faktyczny koszt dla wykonawcy nieuiszczony w cenie zakupu to 228.960 zł netto (240.000 zł koszt zakupu – 11.040 zł koszt sprzedaży). Oznacza to tyle, iż każdy z dwóch pozostałych miesięcznych abonamentów winien być obciążony kosztem ponad 700 zł netto zakupu sprzętu (na co nie pozwala s.i.w.z. przyjmując stałą wysokość opłaty abonamentowej).

8. Wykonawca składając ofertę będzie zmuszony do podania wysokości abonamentu (w stałej miesięcznej wysokości) który ma pokryć koszt zakupu telefonu, zaś faktyczny czas trwania umowy i uiszczania abonamentu nie jest znany. Innymi słowy znać będziemy wysokość miesięczną abonamentu, ale nie ilość takich abonamentów w odniesieniu do dostarczonego telefonu. Sposób opisanie przedmiotu zamówienia pozbawia wykonawcy szans na skalkulowanie rentowności oferty. Z jednej strony powyższe rozwiązanie nie gwarantuje uzyskania przez wykonawcę założonego zysku, jak i godzi w zasadę zachowania porównywalności składanych ofert (wykonawcy mogą przyjąć odmienne założenia w tym zakresie). Jak zauważa Izba odnosząc się do równowagi potrzebami Zamawiającego oraz możliwościami rynku:

„Osiągnięcie tej równowagi wymaga po stronie Zamawiającego zaangażowania w prowadzoną procedurę, znajomości relacji panujących na rynku, znajomości przedmiotu zamówienia oraz rynku właściwego dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak aby zastosowane przez Zamawiającego metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi”. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt 371/17, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 1/2017)

9. Zamawiający sporządza opis przedmiotu zamówienia w praktyce uniemożliwiający przygotowanie oferty. Mamy do czynienia nie tyle z przerzuceniem na wykonawcę ryzyko wykonywania zamówienia co z niejednoznacznością opisu przedmiotu zamówienia nie dającą podstaw do skalkulowania rentowności oferty. To Zamawiający - w trakcie realizacji zamówienia - będzie faktycznie decydował o tym, czy kontrakt będzie dla wykonawcy zapewniał zysk, czy też doprowadzi do powstania znaczących strat. W naszej ocenie tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji.

10. Reasumując, cena miesięczna abonamentu, jak i koszt nabycia urządzenia pozostaną stałe. Natomiast wysokość skumulowanego abonamentu będzie się różniła w zależności od czasu trwania umów krótszych niż 24 miesięczne. Wykonawca nie wie zatem, jakie w tym zakresie osiągnie przychody, czy przychody pokryją koszty nabycia urządzenia oraz świadczonych usług. Jak podkreśla Izba w podobnych okolicznościach: „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny (...) zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy Podobnie KIO w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1447/10.

Brak górnego limitu wartości urządzeń.

11. Należy ponadto podkreślić, iż zgodnie z treścią warunków przetargowych w przypadku telefonów kategorii II Zamawiający ma prawo wyboru dowolnych urządzeń w cenie powyżej 2.000 zł bez górnego limitu. Wybór telefonów będzie następować z aktualnego na dzień złożenia zamówienia cennika dostępnego dla ogółu klientów biznesowych.
12. Zwracamy uwagę na to, iż w ofertach przedsiębiorstw telekomunikacyjnych mieszczą się przykładowo takie urządzenia jak BlackBerry Keyone w cenie 2.059 zł, jak i Samsung Galaxy Note9 Dual SIM w cenie 4.299,00 zł, czy iPhone X 256GB w cenie 5.299,00 zł (Ceny podane na stronie https://www.orange.pl/sklep7processType=S_ALE_OF_GOODS# stan na dzień 11 września 2018 roku.). Może wystąpić, zatem różnica w wysokości ponad 3.000 zł w przypadku kosztu zakupu jednego urządzenia. Zamawiający może zamówić 72 (55+17) telefony II kategorii o wartości rynkowej 148.248 zł (BlackBerry Keyone), jak i telefony o wartości 381.528 zł (iPhone X 256GB). Co więcej, korzystając z uprawnienia opcjonalnego zwiększenia liczby aktywacji głosowych o 20% kwota ta może znacząco wzrosnąć. Podkreślenia wymaga, iż dokumentacja przetargowa nie precyzuje czy wzrost o 20% dotyczy każdej z kategorii telefonów z osobna, czy też możliwe jest przykładowo zamówienie 160 aparatów iPhone X 256GB na dwa miesiące przed zakończeniem wykonywania umowy (koszt 847.840 zł). Zwracamy uwagę na to, iż koszt ten - teoretycznie subsydiowany w cenie abonamentu - zostanie pokryty jedynie w znikomej części.
13. Mamy do czynienia z sytuacją nieakceptowalną na gruncie prawa zamówień publicznych. Pracownicy Zamawiającego wskutek wadliwości opisu przedmiotu zamówienia otrzymują uprawnienie do podejmowania decyzji w sprawie rentowności lub braku rentowności zamówienia w trakcie jego wykonywania. Niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia czyni pozornym konkurencyjność samego postępowania przetargowego, gdyż o faktycznym zysku lub stracie wykonawców będzie decydował Zamawiający już w trakcie realizacji umowy.
14. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o wyjaśnienie treści s.i.w.z. poprzez usunięcie wskazanych przez nas braków uniemożliwiających złożenie oferty. W naszej ocenie zasadnym jest co najmniej ustanowienie granicy wartości telefonu kategorii II do kwoty 3.500 zł lub też sporządzenie odmiennego sposobu ustalania wartości oferowanego telefonu (np. poprzez zaproponowanie trzech telefonów w ofercie dla każdej z kategorii wraz z prawem do ich zmiany w przypadku niedostępności modelu).

Odpowiedź na pytanie 1

W odpowiedzi na Wniosek Wykonawcy Zamawiający wprowadza górny limit dla I kategorii telefonów tj. 4000,00 zł. Z uwagi na wprowadzoną modyfikację zapis w Załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt. 4.1. **Telefony komórkowe** w Tabeli 1 „Wymagania odnośnie aparatów telefonicznych” w Kolumnie „Warunek dla danej kategorii” otrzymuje brzmienie: „Cena netto w aktualnym na dzień złożenia zamówienia cenniku Wykonawcy na zakup aparatów bez aktywacji zawiera się w przedziale od 2000,00 zł do 4000,00 zł”

Ponadto Zamawiający informuje, że nie jest w stanie określić terminów realizacji dodatkowych aktywacji, tj. momentu, w którym dodatkowe aktywacje zostaną zamówione, w związku z czym obowiązkiem Wykonawcy jest taka kalkulacja oferty i uwzględnienie w pozostałych kosztach zakupu telefonów, aby Zamawiający mógł dokonać realizacji dodatkowych aktywacji w dowolnym momencie trwania umowy.

Pytanie 2/Wniosek 2

15. W treści punktu 6.4 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił następujące postanowienie: „W przypadku Centrali Zamawiającego (ul. Grójecka 186, Warszawa), Wykonawca będzie zobowiązany w ramach realizacji Umowy zapewnić sygnał telefonii komórkowej umożliwiający Zamawiającemu bezproblemowe korzystanie z usług telefonii komórkowej w standardzie, co najmniej 2G i 3G na wszystkich kondygnacjach zajmowanych przez Zamawiającego tj. kondygnacje od -3 do 3. Zamawiający wymaga zapewnienia zasięgu o parametrach jak w zdaniu poprzednim w nieprzekraczalnym terminie do 3 miesięcy od dnia

zawarcia Umowy” W wyjaśnieniach s.i.w.z. Zamawiający dodał, iż wyraża zgodę na wykonanie pomiarów zasięgu w siedzibie Zamawiającego.

16. W ocenie wykonawcy 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.) pozwala na określenie kosztów wykonywania świadczeń. Zamawiający winien przykładowo wskazać, czy istnieje możliwość umieszczenia własnej instalacji radiowej, czy istnieją w tym zakresie jakieś ograniczenia, czy Zamawiający jest administratorem budynków, czy też jest konieczne dokonanie uzgodnień z podmiotami trzecimi. Konieczne jest określenie, czy umieszczenie własnej infrastruktury jest nieodpłatne czy odpłatne (dzierżawa miejsca), jakie są koszty pozyskania energii dla użytkowanych przez wykonawcę urządzeń etc. Brak takich informacji rażąco uprzywilejowuje obecnego dostawcę usług telekomunikacyjnych dla Zamawiającego.
17. 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.(Informacja o wyniku kontroli doraźnej, sygn. UZP/DKD/KND/38/13, www.uzp.gov.pl) Zwracamy uwagę na następujący Prezesa UZP (Informacja o wyniku kontroli doraźnej, sygn. UZP/DKD/KND/38/13, www.uzp.gov.pl) „Źródłem informacji dla wykonawców powinien być zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zaś wizja lokalna. Przy czym należy wskazać, iż wizja lokalna wykonawców na gruncie przepisów ustawy jest informacji na temat elementów niezbędnych do wykonania umowy. (...) W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych treść zapisu pkt 3.4 siwz przenosił na wykonawców lub zmniejszał w sposób nieuprawniony obowiązek Zamawiającego o którym mowa w art. 29 ust. 1 ustawy Wykonawcy bez jakiegokolwiek wiedzy na temat uwarunkowań technicznych wykonania przedmiotu zamówienia mają zobowiązać się do zapewnienia możliwości budowy infrastruktury telekomunikacyjnej w budynkach Zamawiającego.
18. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o doprecyzowanie s.i.w.z. o podniesione powyżej braki dokumentacji przetargowej.

Zwracamy uwagę na to, iż sposób przeprowadzenia niniejszego postępowania zgodnie z treścią art. 165 Pzp może być poddany kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wszczętej z urzędu lub na wniosek w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w trakcie wykonywania zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odpowiedź na pytanie 2

Zamawiający informuje, że w przeciwieństwie do Wykonawcy nie jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku telefonii komórkowej, dlatego też nie jest w stanie przewidzieć i podać wszystkich informacji jakie mogą być potrzebne Wykonawcy do określenia sposobu i kosztów wykonania niezbędnych instalacji. Wykonawca posiada informacje o lokalizacjach stacji bazowych i parametrach własnej sieci, która ma być wykorzystywana do świadczenia usług dla Zamawiającego. Zamawiający informuje również, że Wykonawcy zawsze jest uprawniony do przeprowadzenia wizji lokalnej po wcześniejszym uzgodnieniu terminu z Zamawiającym.

W związku z modyfikacją Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający informuje o przesunięciu terminu składania ofert na 11 października 2018 r. W związku z powyższym zmienia zapisy SIWZ odpowiednio:

- zapis Specyfikacji w pkt XIII **OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT** ppkt 14 otrzymuje następujące brzmienie:

Sporządzoną ofertę należy opakować w kopertę oznaczoną dokładną nazwą i adresem wykonawcy oraz napisem „POSTĘPOWANIE NR BAG.261.1.20.2018. OFERTA – **Usługi telefonii komórkowej oraz Internetu bezprzewodowego dla NFZ. NIE OTWIERAĆ PRZED 11 października 2018 r. GODZ. 10:30**”.

- zapis Specyfikacji w pkt XIV **MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT** ppkt 1, otrzymuje następujące brzmienie:

Oferty należy składać w zamkniętych kopertach w Narodowym Funduszu Zdrowia Centrala w Warszawie, przy ul. Grójeckiej 186, 02-390 Warszawa, pok. 0.02 **w terminie do dnia 11 października 2018 r. do godz. 10:00.**

- zapis Specyfikacji w pkt XIV **MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT** ppkt. 6 otrzymuje następujące brzmienie:

Otwarcie ofert odbędzie się **w dniu 11 października 2018 r. o godz. 10:30** w Narodowym Funduszu Zdrowia Centrala w Warszawie przy ul. Grójeckiej 186, pok. 0.02.

Przewodnicząca
Komisji Przetargowej

Dorota Brymas
/dokument podpisany elektronicznie/