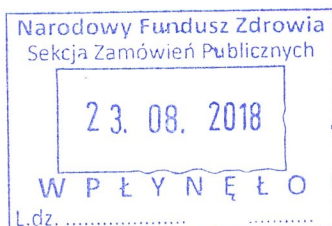


Warszawa, dnia 23 sierpnia 2018 r.



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

**Odwołujący:** Orange Polska S.A.  
Al. Jerozolimskie 160  
02-326 Warszawa  
tel. 500 333 947, 502 189 682  
faks 22 556 32 39  
email: Natalia.Piotrowska@orange.com  
Monika.Majorek@orange.com

**Zamawiający:** Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala  
ul. Grójecka 186  
02-390 Warszawa  
tel. 22 5726254  
faks 22 572 63 05  
e-mail: zamowienia@nfz.gov.pl

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej Ustawą, wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi telefonii komórkowej oraz Internetu bezprzewodowego dla NFZ” (Znak sprawy: BAG.261.1.20.2018).

Niniejszym z a r z u c a m Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 Ustawy w zakresie zaniechania sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez umieszczenie przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do 1 do SIWZ, w pkt. 4.1. „Telefony komórkowe” wymogu w zakresie dostawy telefonów komórkowych w zależności od aktualnych potrzeb każdego z Płatników i na ich zlecenie, przy jednoczesnym braku opisanie szczegółowej procedury składania zamówień przez tychże Płatników, uwzględniającej m. in. okoliczność, iż z przyczyn niezależnych od wykonawcy dany model telefonu komórkowego może być niedostępny na rynku w dniu składania zamówienia;
- 2) art. 353<sup>1</sup> i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określenie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernym obowiązkiem i ryzykiem jakie wiążą się z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do 1 do SIWZ, w pkt. 4.1. „Telefony komórkowe” oraz w § 7 Umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający wymaga, aby wykonawca zrealizował dostawę telefonów komórkowych, wybranych przez Płatników z cennika dostępnego dla ogółu klientów biznesowych i aktualnego na dzień złożenia zamówienia, w ciągu dwóch dni roboczych od dnia złożenia zamówienia, co w konsekwencji powoduje przerzucenie przez Zamawiającego na wykonawcę dodatkowego ryzyka zapłaty kar umownych w sytuacji, gdy dany model telefonu komórkowego, którego będzie dotyczyć zamówienie, z przyczyn niezależnych od wykonawcy będzie niedostępny na rynku.

W związku z powyższym w n o s z ę o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak w treści uzasadnienia.

## UZASADNIENIE

Powodem wniesienia niniejszego odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie Zamawiającego polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozwala Odwołującemu na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty. Odwołujący zajmuje się profesjonalnie świadczeniem usług telekomunikacyjnych, w tym usług telefonii komórkowej, stanowiących przedmiot niniejszego postępowania oraz jest zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu. Tymczasem, w następstwie wadliwego sformułowanego SIWZ, w zakresie objętym odwołaniem, Odwołujący nie ma możliwości przewidzieć ryzyka, jakie pociągać za sobą będzie realizacja zamówienia. Powyższe w istotny sposób narusza interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego – sprzeczny z przepisami Ustawy opis przedmiotu zamówienia w sposób negatywny oddziałuje na możliwość złożenia oferty przez Odwołującego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący będzie w stanie przygotować i złożyć konkurencyjną ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 159-364635, jednakże specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 13 sierpnia 2018 r. W związku z tym, na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 Ustawy, termin na wniesienie odwołania upływa 23 sierpnia 2018 r.

**Zarzut nr 1**

Przedmiotem zamówienia są usługi telefonii komórkowej oraz Internetu bezprzewodowego. Usługi będą świadczone na rzecz jednostek organizacyjnych Zamawiającego, tzw. Płatników. W ramach zamówienia wykonawca ma zrealizować także dostawę i sprzedaż m. in. fabrycznie nowych telefonów komórkowych według wymagań przedstawionych w Tabeli nr 4 w OPZ - „Wymagania odnośnie aparatów telefonicznych”. Są to wymagania odnoszące się do: rodzaju aparatów (dzieli się je na dwie kategorie), liczby aparatów, jak i ceny. Zamawiający wymaga:

- 1) dla kategorii I - cena netto w aktualnym na dzień złożenia zamówienia cenniku Wykonawcy na zakup aparatów bez aktywacji większa niż lub równa 2000,00 zł netto;
- 2) dla kategorii II - cena netto w aktualnym na dzień złożenia zamówienia cenniku Wykonawcy na zakup aparatów bez aktywacji mniejsza niż 2000,00 zł netto.

Dodatkowo, Zamawiający wskazuje, iż *„przez cennik rozumie się aktualny na dzień złożenia zamówienia cennik dostępny dla ogółu klientów biznesowych w przypadku zakupu telefonów bez aktywacji”*. Jeżeli zaś chodzi o procedurę zamawiania telefonów komórkowych, Zamawiający opisuje jedynie, iż dostawa telefonów komórkowych będzie: - realizowana na bieżąco w zależności od aktualnych potrzeb każdego z Płatników na jego zlecenie,

- z wykorzystaniem aplikacji udostępnionej Zamawiającemu przez Wykonawcę, poprzez stronę WWW do obsługi konta lub w formie pisemnej,

- w terminie dwóch dni roboczych od dnia złożenia zamówienia.

Tak dokonany opis przedmiotu zamówienia w zakresie opisu procedury zamawiania przez Płatników telefonów komórkowych narusza art. 29 ust. 1 Ustawy, ponieważ nie uwzględnia szeregu istotnych okoliczności, które wiążą się z dostawą aparatów telefonicznych, a które to mają istotny wpływ na sporządzenie oferty. Przykładowo, opis przedmiotu zamówienia nie określa, w jaki sposób wykonawca ma zapewnić dostawę telefonów komórkowych z kategorii I lub II w sytuacji, gdy wskazane przez Płatnika modele aparatów telefonicznych są niedostępne w danym momencie na rynku albo są dostępne w mniejszej ilości niż wymagana przez Płatnika, z przyczyn od wykonawcy niezależnych.

Zamawiający wskazał jedynie, iż podstawą złożenia zamówień przez poszczególnych Płatników będzie każdorazowo aktualny na dzień złożenia zamówienia cennik dostępny dla ogółu klientów biznesowych w przypadku zakupu telefonów bez aktywacji. Niezależnie od tego, iż przy tak sformułowanym opisie cennika są wątpliwości, o jaki konkretnie cennik chodzi Zamawiającemu, bowiem na rynku operatorów telekomunikacyjnych cenniki przyjmują różne nazwy, niekoniecznie zgodne z wymaganiami Zamawiającego, to należy wskazać, że jednocześnie Zamawiający nie zauważył, iż to, że dany cennik jest aktualny na dzień złożenia zamówienia nie oznacza, że wszystkie aparaty telefoniczne, które on opisuje są aktualnie, tj. w dniu złożenia zamówienia ogólnodostępne. Cennik jest aktualny na dzień jego opublikowania, co oznacza, iż żaden z operatorów telefonii komórkowej nie daje gwarancji dostępności wszystkich aparatów telefonicznych opisanych w cenniku czy ich ilości w okresie po dniu jego ogłoszenia.

Takie też zastrzeżenie znajduje się w treści cenników operatorów telekomunikacyjnych. Przykładowo, Odwołujący chcąc być obiektywnym, zwraca uwagę chociażby na cenniki konkurencyjnych na rynku telefonów komórkowych operatorów:

1. P4 sp. z o.o., w którym to cenniku jest zapis: *„P4 zastrzega, iż dostępność poszczególnych modeli urządzeń uzależniona jest od aktualnych stanów magazynowych Punktów Sprzedaży P4”*,
2. Polkomtel sp. z o.o., w którym to cenniku są zapisy: *„Dostępność poszczególnych modeli urządzeń telekomunikacyjnych/ innych towarów uzależniona jest od aktualnych stanów magazynowych Polkomtel sp. z o.o. W przypadku zamiaru złożenia do Polkomtel sp. z o.o. oferty zakupu poszczególnych urządzeń telekomunikacyjnych/ innych towarów wymagany jest uprzedni kontakt z Polkomtel sp. z o.o. w celu ustalenia ich dostępności”*,
3. T-Mobile S.A., w którym to cenniku są zapisy: *„W okresie od dnia 11 maja 2018 roku do wyczerpania zapasów, T-Mobile Polska S.A. oferuje:...”* oraz *„Wyczerpanie zapasów danego modelu telefonu objętych promocją nie powoduje konieczności zmiany cennika”*.

**dowód:** Cennik urządzeń bez umowy P4 obowiązujący od dnia 13 lipca 2018 r.

Cennik urządzeń telekomunikacyjnych i innych towarów na warunkach ogólnych (poza promocją) Polkomtel Sp. z o.o. obowiązujący od dnia 13 lipca 2018 r.

Warunki oferty promocyjnej „promocyjny cennik detaliczny dla klientów biznesowych” T-Mobile Polska S.A. obowiązujący od dnia 11 maja 2018 r.

Analiza zapisów SIWZ dokonana przez Odwołującego wskazuje, że dokumentacja przetargowa obarczona jest wadami. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element SIWZ, ma wpływ na przebieg całego postępowania, zatem nie może on być ogólny, niedookreślony (m. in. wyrok KIO z dnia 26.11.2014 r., Sygn. akt: KIO 2394/14). **Obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w art. 29 ust. 1 Ustawy oznacza, iż z opisu przedmiotu zamówienia musi wynikać dokładny zakres zamówienia oraz warunki jego realizacji.** Celem art. 29 ust. 1 jest zapobieganie przypadkom, w których wykonawcy byliby wprowadzani w błąd co do przedmiotu zamówienia poprzez niejasne, niejednoznaczne i niepełne wytyczne wskazane przez zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia ma zapewnić, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest jego przedmiotem oraz pozwolić na przygotowanie oferty i obliczenie ceny wykonania świadczenia.

W niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia w części odnoszącej się do opisu procedury zamawiania i dostawy telefonów komórkowych jest niewystarczający, nie daje wykonawcy zainteresowanemu złożeniem oferty odpowiedzi na pytania: jak ten proces zamawiania telefonów będzie realizowany, czy w sytuacji, gdy dany model aparatu telefonicznego wskazany przez Płatnika albo zamawiany przez Płatnika kolor nie będzie dostępny na rynku wykonawca będzie mógł zaoferować Płatnikowi dostawę innego modelu aparatu telefonicznego, równoważnego do zamawianego, z aktualnej oferty wykonawcy albo tego samego modelu aparatu w innym kolorze, który jednocześnie odpowiadałby warunkom cenowym wskazanym w OPZ?

Ponadto, należy pamiętać, iż prawidłowo przygotowany opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Jak podkreśla się w wyroku z dnia

08.04.2016 r., Sygn. akt: KIO 437/16: „(...) umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp)”. Co prawda Ustawodawca dał zamawiającym możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący ich indywidualne interesy, ale prawem i jednocześnie obowiązkiem każdego zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi. Kwestionowany w niniejszym odwołaniu opis przedmiotu zamówienia odnoszący się do opisu procedury składania zamówień na dostawę aparatów telefonicznych jest bardzo ogólny. Zdaniem Odwołującego, przy obecnym jego brzmieniu, Płatnik będzie mógł wymagać dostawy dowolnego aparatu telefonicznego, spełniającego wymagania OPZ, jaki znajdzie się w aktualnym na dzień złożenia zamówienia cenniku wykonawcy dostępnym dla ogółu klientów biznesowych, z terminem realizacji do dwóch dni roboczych. To by oznaczało, że zarówno Odwołujący jak i każdy inny potencjalny oferent, jako ewentualny wykonawca zamówienia byłby zmuszony ponieść dodatkowe nakłady na zmagazynowanie wszystkich potencjalnych aparatów telefonicznych, odpowiadających warunkom OPZ, które mogłyby zostać zamówione przez Płatnika w okresie trwania umowy, tj. przez 24 m-ce, dodatkowo z uwzględnieniem ilości, jakie odnoszą się do każdej z kategorii aparatów. Zamawiający oczekuje gotowości w realizacji dostawy 72 szt. aparatów telefonicznych dla kategorii I oraz 817 szt. aparatów telefonicznych dla kategorii II. Przykładowo, jeżeli w ogólnodostępnym cenniku dla klientów biznesowych w dniu składania zamówienia będzie występować 10 różnych aparatów telefonów komórkowych spełniających wymagania dla kategorii II, to przy założeniu, że zgodnie z SIWZ Zamawiający jest uprawniony do zamówienia 817 szt. takich aparatów (tego samego typu albo różnych) wykonawca niezależnie od popytu na rynku komercyjnym będzie zmuszony utrzymywać ponad 8 tys. sztuk aparatów do należytej obsługi tego zamówienia. Takie rozwiązanie jest irracjonalne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, dodatkowo należy wskazać, iż jak wynika z Umowy, żadne z jej postanowień nie stanowią zobowiązania dla Zamawiającego do składania zamówień w określonej ilości lub zakresie (§1 ust. 7 Umowy).

Jednocześnie, Odwołujący zwraca uwagę na zbyt krótki termin realizacji zamówienia, który wynosi obecnie 2 dni robocze. Biorąc pod uwagę, iż zamówienia będą składane przez różnych Płatników, których siedziby są zlokalizowane na terenie całej Polski, optymalny termin na realizację dostawy nie powinien być krótszy niż 3 dni robocze. Należy bowiem uwzględnić także niezbędny czas na transport zamawianego sprzętu z magazynu wykonawcy do miejsca wysyłki.

Wnosimy wobec powyższego o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia Opisu przedmiotu zamówienia w pkt. 4.1 odnoszącym się do procedury składania zamówień przez Płatników poprzez dodanie poniższych wytycznych:

„złożenie zamówienia na dostawę telefonów komórkowych przez Płatnika jest poprzedzone każdorazowo wysłaniem zapytania do Wykonawcy o dostępność wybranych modeli aparatów komórkowych (w dowolnym kolorze) i w określonych ilościach. Wykonawca jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na zapytanie Płatnika w terminie do 2 dni roboczych licząc od daty zapytania. Uzyskanie od Wykonawcy potwierdzenia dostępności wskazanych przez Płatnika modeli aparatów telefonicznych uprawnia Płatnika do złożenia zamówienia.”

Jednocześnie, wnosimy o zmianę terminu realizacji dostawy zamawianych aparatów telefonicznych z 2 dni roboczych na 3 dni robocze.

## **Zarzut nr 2**

Na wstępie należy zauważyć, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego (tak wyrok KIO z dnia 08.04.2016 r., sygn. akt KIO 437/16). Tak więc granica swobody umowy zakreślona jest również przez zasady współżycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień



i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.

Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ Umowa, w § 3 ust. 1 zawarł postanowienie:

*„1. Dostawa telefonów komórkowych, modemów będzie realizowana na bieżąco w zależności od aktualnych potrzeb każdego z Płatników na jego zlecenie poprzez aplikację udostępnioną Zamawiającemu przez Wykonawcę, poprzez stronę WWW do obsługi konta („System”), lub w formie pisemnej, w terminie dwóch dni roboczych od złożenia zlecenia.”.*

Za niedotrzymanie terminów dostawy w § 7 ust. 4 Umowy została przewidziana kara umowna w wysokości 500 zł brutto za każdy dzień opóźnienia.

Odwołujący wskazuje, że takie ukształtowanie warunków umowy powoduje rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz narusza zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – w związku z przerzuceniem na wykonawcę pełnego ryzyka niedostępności zamawianego przez Płatnika modelu aparatu telefonicznego na rynku z przyczyn niezależnych od wykonawcy, o czym była mowa powyżej, przy przedstawianiu uzasadnienia dla zarzutu nr 1.

Z tego też powodu Odwołujący żąda dokonania zmian w treści Umowy poprzez dodanie zapisów odnoszących się do procedury składania zamówień przez Płatników oraz terminu realizacji zamówienia, wskazanych przez Odwołującego w części dot. zarzutu nr 1. Ponadto, dodać należy, iż kary umowne naliczane są za opóźnienie a nie za zwłokę, co oznacza, że odpowiedzialność z tytułu nieterminowej realizacji dostawy ma charakter zobiektywizowany, a nie zależny od winy wykonawcy. W związku z tym Odwołujący domaga się także zmiany polegającej na przyjęciu odpowiedzialności za zawinione opóźnienie (zwłoka).

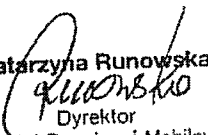
Brak dokonania modyfikacji w treści SIWZ w sposób, jaki oczekuje tego Odwołujący spowoduje, że zarówno Odwołujący, jak i każdy z potencjalnych wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty w niniejszym postępowaniu będą zmuszeni do uwzględnienia ryzyka zapłaty kar umownych przy wycenie usług dla Zamawiającego, co znajdzie wyraz w podwyższeniu ceny oferty.

Mając powyższe na względzie wprowadzenie do SIWZ wyżej wymienionych modyfikacji należy uznać za w pełni uzasadnione.

W świetle powyższego wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

- 1) cenniki operatorów: P4 Sp. z o.o.; Polkomtel Sp. z o.o. oraz T-Mobile Polska S.A.;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 3) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu;
- 4) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego;
- 5) pełnomocnictwa.

  
Katarzyna Runowska  
Dyrektor  
Sprzedaż Rozwiązań Mobilnych