

**Do Wykonawców**

Wrocław, dn. 12.07.2023 r.

WZP.271.1.35.2023

ZP/PN/35/2023/WOU/1758,1759, 1760, 1765

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne pn.: Świadczenie usług telefonii komórkowej, dostępu do Internetu LTE/5G, usług połączeń głosowych wychodzących i przychodzących z telefonii stacjonarnej Zamawiającego na telefonię komórkową poprzez posiadane przez Zamawiającego bramki GSM, usług ochrony urządzeń mobilnych przed zagrożeniami cybernetycznymi oraz dostawa fabrycznie nowych telefonów komórkowych, akcesoriów do tych telefonów i routerów bezprzewodowych z modemem LTE/5G dla Urzędu Miejskiego Wrocławia

znak: ZP/PN/35/2023/WOU

Działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), Zamawiający udziela wyjaśnień na zadane w dniu 10 - 11 lipca 2023 r., pytania:

Pyt.17.

„Zwracamy się do Zamawiającego wnioskiem o wydłużenie o wydłużenie terminu złożenia oferty do dnia 31.07.2023. Pkt. XIV ppk. 1

Dodatkowo chcemy zwrócić uwagę na OPZ dot. grupy IV telefonów.

Załącznik nr 2 do umowy

Zwracamy się do Zamawiającego, o doprecyzowanie wymagań odnośnie akumulatora w Grupie IV 4. Dotyczy pojemność akumulatora 4325 mAh, a także innych. Wariant pojemności akumulatora uniemożliwia dopasowanie

urządzeń. Oficjalne źródła specyfikacji urządzeń Apple iPhone nie podają pojemności akumulatora, podają natomiast jak długo dane urządzenie będzie odtwarzać wideo i to Apple uznaje za parametr określający wielkość baterii. Jedynie nieoficjalne źródła podają pojemność akumulatora w mAh. z kolei w przypadku podanego w wymaganiach przykładowego urządzenia spełniającego je (Apple iPhone 14 Plus) jest podawana różnie – czasami jest to 4325 mAh, a czasami 4323 mAh. Aby móc w pełni móc dopasować poprawnie urządzenie w tej grupie w tym przypadku, parametrem opisującym baterię powinna być ilość godzin odtwarzania wideo.”

Odpowiedź na Pyt.17.

Odpowiedź w zakresie wniosku o przesunięcie terminu składania ofert zostanie udzielona w dniu jutrzejszym.

Odpowiedź dot. OPZ w zakresie grupy IV telefonów:

Zamawiający określił pojemność akumulatora na podstawie ogólnodostępnych stron internetowych opisujących pojemności akumulatora w wymienionych w Załączniku nr 2 do umowy telefonach komórkowych.

W załączeniu: Załącznik nr 2 do umowy /doprecyzowany/

Pyt.18.

„OPZ lit A. pkt 1 ppkt a -oraz par. 2 ust. 1 lit a wzoru umowy Stosownie do treści OPZ, Wykonawca ma zagwarantować dostęp do sieci telefonii komórkowej na poziomie nie mniejszym niż 90 %. W celu stworzenia warunków dla rzeczywistej realizacji powyższego wymogu, a także możliwości dokonania autoweryfikacji zdolności wykonawców do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca wnosi o doprecyzowanie lit A. pkt 1 ppkt a poprzez przyjęcie, że dostępność sieci i usług dla użytkowników będzie zgodna z mapami zasięgu dostępnymi na stronach WWW Wykonawcy? „

Odpowiedź na Pyt.18.

Zamawiający potwierdza, iż dostępność sieci i usług dla użytkowników będzie zgodna z mapami zasięgu dostępnymi na stronach WWW Wykonawcy.

Pyt.19.

„Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że używany przez Zamawiającego w treści § 2 ust.3 wzoru umowy, termin „cesja” należy interpretować zgodnie z art. 509 § 1 KC, co oznacza że na podmiot trzeci przejdą prawa i obowiązki wynikające z danej (jednostkowej) umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, przy czym czynność ta będzie dokonywana na wniosek Zamawiającego, po weryfikacji przez Wykonawcę dopuszczalności zawarcia cesji (weryfikacji potencjalnego abonenta, tj. dopuszczalności zawarcia przez operatora telekomunikacyjnego ze wskazanym przez Zamawiającego podmiotem trzecim umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, zgodnie z przepisami prawa telekomunikacyjnego)? Ponadto, Wykonawca podkreśla, że cesja jest czynnością cenotwórczą po stronie każdego operatora telekomunikacyjnego, ujmowaną w poszczególnych cennikach, stąd Wykonawca wnosi o wskazanie w której pozycji formularza cenowego powinna być ujęta, względnie Wykonawca wnosi o zmodyfikowanie treści formularza ofertowego.”

Odpowiedź na Pyt.19.

Zamawiający zapisał w załączniku nr 1 do SWZ w pkt A ppkt 3 iż:

„Wszystkie zobowiązania wynikające z umowy do dnia dokonania cesji będą uregulowane przez zamawiającego. Od dnia dokonania przeniesienia praw i obowiązków wszystkie zobowiązania wobec Wykonawcy ponosi Cesjonariusz” .

Pyt.20.

„Par. 8 ust. 9 wzoru umowy - Mając na uwadze wyrok Sądu Najwyższego z 12 lipca 1996 r. (sygn. akt II CRN 79/96), zgodnie z którym: "(..) w rozliczeniach bezgotówkowych za chwilę otrzymania zapłaty przez wierzyciela uważać trzeba chwilę uznania jego rachunku bankowego", Wykonawca wnosi o przyjęcie, że dniem zapłaty będzie dzień wpływu należności na

konto Wykonawcy. Jak potwierdza bowiem powyższe orzeczenie Sądu Najwyższego, za spełnienie świadczenia pieniężnego uważa się postawienie środków pieniężnych do dyspozycji wierzyciela, co w przypadku płatności bezgotówkowej oznacza, że datą spełnienia świadczenia jest dzień, w którym świadczenie zasililo jego rachunek bankowy.

Odpowiedź na Pyt.20.

Zamawiający nie zmienia zapisów umowy w Par. 8 ust. 9 projektu umowy.

Pyt.21.

„Par. ust. 9 wzoru umowy - Czy Zamawiający wyraża zgodę aby regulowanie należności następowało na konto bankowe Wykonawcy w terminie 30 dni od daty wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT, przy czym Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia faktury w ciągu 7 dni od daty jej wystawienia? Zauważyć należy, iż z punktu widzenia Wykonawcy, jak i przepisów podatkowych określenie terminu płatności na 30 dni od daty wpływu faktury do siedziby Zamawiającego nie pozwala ustalić prawidłowej daty powstania obowiązku podatkowego, co w konsekwencji naraża Wykonawcę na sankcje skarbowe z tytułu nieterminowego odprowadzenia podatku VAT i podatku dochodowego od osób prawnych (art. 19 ust. 13 pkt 16 ustawy z dnia 05.04.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.) oraz art. 12 ust. 3d pkt 16 ustawy z dnia 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm.)). Wykonawca wskazuje ponadto, że Zamawiającego jako podatnika VAT również dotyczą zapisy ustawy o podatku od towarów i usług, tzn. zgodnie z art. 86 ust. 10 pkt 3 oraz art. 86 ust. 11 tej ustawy prawo do obniżania kwoty podatku należnego o podatek naliczony powstaje w rozliczeniu za okres, w którym przypada okres płatności lub w miesiącu następnym. W tym stanie rzeczy zauważyć należy, iż takie ukształtowanie warunków umowy naraża Wykonawcę na istotne niebezpieczeństwo błędnego określenia powyższych terminów, co w konsekwencji doprowadzić może do nieprawidłowego wyliczenia kwot należnych podatków. Podkreślić należy, iż jedynym rozwiązaniem takiej sytuacji może być wyłącznie uzależnienie terminu płatności od daty wysta-

wienia faktury VAT (z punktu widzenia Wykonawcy jest to data pewna), nie zaś od daty jej otrzymania przez Zamawiającego.”

Odpowiedź na Pyt.21.

Zamawiający nie zmienia zapisów umowy w Par. 8 ust. 9 projektu umowy.

Pyt.22.

„Par. 9 ust. 7 wzoru umowy – czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie zastrzeżenia, że dochodzenie odszkodowania ponad wysokość zastrzeżonych kar umownych jest możliwe na zasadach ogólnych, ale z wyłączeniem utraconych korzyści ?”

Odpowiedź na Pyt.22.

Zamawiający nie zmienia zapisów umowy w Par. 9 ust. 7 projektu umowy.

Pyt.23.

„Stosownie do treści art. 59 ust. 1 oraz 60a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych zobowiązany jest doręczyć Abonentowi regulamin świadczenia usług. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wprowadzenie do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego regulacji stanowiącej, iż regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych Wykonawcy stanowi załącznik do przedmiotowej umowy, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że będzie miał on zastosowanie jedynie w zakresie niesprzecznym z umową.”

Odpowiedź na Pyt.23.

Zamawiający doprecyzowuje powyższy zapis w SWZ w XVII pkt 3, iż Wykonawca dołączy Szczegółowy cennik usług roamingowych i międzynarodowych zgodny z regulacją Unii Europejskiej w tym zakresie, który będzie miał zastosowanie jedynie w zakresie niesprzecznym z umową i będzie stanowił załącznik Nr 3 do umowy.

WW. doprecyzowanie ma swoje odzwierciedlenie w Formularzu ofertowym pkt. 4 ppkt a).

W załączeniu: Formularz ofertowy /doprecyzowany/

Pyt.24.

„Wniosek nr 1 (1) Przedmiotem udzielanego zamówienia jest świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą telefonów. Zgodnie z treścią SWZ uruchomienie usług telekomunikacyjnych nastąpi w dniu 24.09.2023r. o godz. 00:00:00. Zamawiający w treści OPZ zastrzegł obowiązek dostarczenia w terminie najpóźniej do dnia 1 września 2023 roku kart SIM do migracji w ilości 1052 szt. oraz 100 sztuk telefonów. Zamawiający zarazem w dokumentacji przetargowej nie zawarł żadnych postanowień gwarantujących wykonawcy rozsądny czas na rozpoczęcie wykonywania usług telekomunikacyjnych po zawarciu umowy. (2) Należy podkreślić, iż zgodnie z treścią art. 426 pkt 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna zwierać planowany wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W ocenie Prezesa UZP zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy². W przypadku usług telekomunikacyjnych takie zastrzeżenie ma szczególne znaczenie. Zgodnie bowiem z bogatym i utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odnoszącym się do usług telekomunikacyjnych, Zamawiający winien tak określić termin na rozpoczęcie wykonywania świadczeń, by dać szansę realizacji przedmiotu zamówienia zarówno każdoczesnemu obecnemu usługodawcy telekomunikacyjnemu, jak i alternatywnym świadczeniodawcom. Innymi słowy termin rozpoczęcia wykonywania usługi winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego jak i alternatywnym operatorom. (3) Z powyższych względów orzecznictwo oraz praktyka kontrolna Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie 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 przeznaczonego 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. (4) Należy także podkreślić, iż od wykonawców nie można oczekiwać ponoszenia kosztów wykonywania zamówienia jeszcze przed zawarciem samej umowy. Jak wskazuje się w piśmiennictwie odnosząc do umowy w sprawie zamówienia publicznego⁵: 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. (...) 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”. Nieuzasadnione jest ewentualne oczekiwanie, aby potencjalni wykonawcy zamówienia dokonywali wydatków uwzględniających szczególne wymagania zamawiającego na zapas, nie wiedząc, czy mają szanse na wykonanie zamówienia⁶. Jak dodaje KIO⁷: Początek realizacji zamówienia

co do zasady ma miejsce z chwilą zawarcia umowy i zamawiający nie może wymagać, aby wykonawca rozpoczął swoje czynności jeszcze przed podpisaniem umowy. Oznacza to jednocześnie, że zamawiający nie może określać terminu realizacji zamówienia w taki sposób, aby w celu jego dotrzymania wykonawca musiał podjąć działania wcześniej niż z chwilą zawarcia umowy. Innymi słowy wykonawca dopiero po zawarciu będzie dokonywał niezbędnych wydatków związanych z wykonywaniem zamówienia.

(5) W odniesieniu do powyższego warto także podkreślić, iż zachowaniem należytej staranności przez Zamawiającego jest odpowiednio wcześniejsze wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawcy nie mogą być obarczani konsekwencjami zbyt późnego wszczęcia postępowania przetargowego. Obowiązkiem zamawiającego jest działanie z należytą starannością, która w odniesieniu do zabezpieczenia zaspokajania potrzeb zamawiającego od oznaczonego terminu powinna się przejawiać w odpowiednio wczesnym wszczęciu postępowania z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących w tym postępowaniu wystąpić. Podobnie Komisja Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych: wszczęcie postępowania przetargowego w marcu 2015 r., podczas gdy realizacja zamówienia miała rozpoczynać się w połowie czerwca 2015 r., czyli właściwie w minimalnym czasie koniecznym na przeprowadzenie procedury przetargowej dla postępowania powyżej progów unijnych, nie można uznać za zachowanie przez zamawiającego należytej staranności, która pozwalałaby uznać, że zaistniały stan faktyczny był sytuacją wyjątkową i niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Główna Komisja Orzekająca nie widzi też podstaw do uznania, że zamawiający z przyczyn obiektywnych nie mógł wszcząć postępowania przetargowego wcześniej. Warto podkreślić, iż przeciętny czas trwania postępowania o wartości powyżej progów unijnych prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przekracza 90 dni.

(6) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o ustanowienie co najmniej 14 dniowego terminu na niezbędne dostawy po dacie zawarcia umowy. Ponadto wnosimy o wyjaśnienie, jak zostanie określony termin dostaw w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta po

dnia 1 września 2023 roku? Jakim czasem będzie dysponował wykonawca na wykonanie dostaw?”

Odpowiedź na Pyt.24.

W odpowiedzi na zapytanie w ww. Wniosku Zamawiający doprecyzowuje zapis w SWZ pkt VI „Termin Wykonania zamówienia” na:

„od dnia zawarcia umowy do dnia 23.09.2025 r. jednakże nie później niż od dnia 14.08.2023 r. do dnia 23.09.2025 r.

W sytuacji przedłużającej się procedury przetargowej termin realizacji ulegnie przesunięciu z zachowaniem okresu 24 miesięcy.”

Pyt.25.

„Wniosek nr 2 (1) Zamawiający w treści SWZ ustanowił dwa cenowe kryteria oceny ofert:

☐ Cena oferty - 50%

☐ Cena abonamentu karty SIM w taryfie głosowej - 10%

Zwracamy uwagę na to, że zgodnie z treścią art. 239 ust. 2 Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca (a) najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub (b) oferta z najniższą ceną lub kosztem. W piśmiennictwie oraz orzecznictwie zamówień publicznych podkreśla się, iż tym samym zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia może – obok ewentualnych kryteriów pozacenowych – zastosować jedno kryterium ceny (lub kosztu), nie zaś kilka kryteriów cenowych. Ustalenie bowiem dwóch lub więcej odrębnie ważonych kryteriów cenowych (kosztowych) byłoby nie tylko niezgodne z ustawą, ale i prowadziło do utraty porównywalności ekonomicznej składanych ofert. Przykładowo¹¹: 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 ce-

nę. Przy tak skonstruowanym kryterium, ocenie podlega w istocie sposób skalkulowania ceny, a nie rzeczywista wartość prac oferowanych przez wykonawcę. Podobnie¹²: 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. Podobnie¹³: 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. (2) Ustanowienie dwóch lub więcej odrębnie ważonych kryteriów cenowych (kosztowych) prowadzi w praktyce do możliwości zmanipulowania wyniku postępowania. Bowiem ofertą najkorzystniejszą może być oferta z odpowiednio ukształtowanymi cenami jednostkowymi, nie zaś oferta obiektywnie najtańsza. Orzecznictwo zamówień publicznych wielokrotnie odnosiło się do takich przypadków¹⁴: Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 wrze-

śnia 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. (...) Zatem ustalenie przez zamawiającego, że wykonawcy wbrew dobremu obyczajom dopuścili się manipulowania cenami w celu uzyskania wyższej punktacji przerzucając koszty pomiędzy usługami obligowało zamawiającego do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podobnie¹⁵: W treści wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż wartość całkowitego wynagrodzenie przewidzianego dla niego wynosi 129,636,00 zł netto (tj. 159.452,28 zł brutto). Na wynagrodzenie to, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia składają się dwie pozycje: „świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I na warunkach określonych w SIWZ” oraz „jednorazowa opłata instalacyjna”. Wynagrodzenie Odwołującego w ramach pierwszej z wymienionych pozycji wynosi miesięcznie 1,00 zł netto, co w całkowitym okresie obowiązywania umowy obejmującym 36 miesięcy oznacza 36,00 zł netto (tj. 44,28 zł brutto). Pozycje te tworzy abonament za świadczenie usług dostępu do Internetu we wskazanej lokalizacji. Z kolei w odniesieniu do drugiej pozycji wynagrodzenie wynosi 129.600,00 zł netto (tj. 159.408,00 zł brutto). (...)Zamawiający zarzucił Odwołującemu czyn nieuczciwej konkurencji poprzez niezgodne z dobrymi obyczajami ukształtowanie oferty w sposób nieodpowiadający faktycznej wartości rynkowej jej składowych. (...)Sposób ukształtowania przez Odwołującego wynagrodzenia jest także niezgodny z przyjętą na rynku praktyką, zgodnie z którą podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne starają się raczej unikać sytuacji, w której klienci musieliby płacić wysokie opłaty instalacyjne, aby nie zniechęcać ich do zawarcia umowy, zmiany operatora itd. Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, uzasadniają, dlaczego Zamawiający uznał, że jego interes jako klienta został zagrożony działaniem Odwołującego (okoliczność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nie-

uczciwej konkurencji). (3) Biorąc pod uwagę powyższe, ustanowienie dwóch kryteriów cenowych jest nie tylko niezgodne z ustawą Pzp, ale i skutkować może przyznaniem najwyższej ilości punktów za cenę ofercie, która nie będzie najtańsza. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający podtrzymuje obecnie brzmienie kryteriów oceny ofert.”

Odpowiedź na Pyt.25.

Zamawiający podtrzymuje obecne brzmienie kryteriów oceny oferty określonych w SWZ.

Pyt.26.

„Wniosek nr 3 (1) Zamawiający w rozdziale SWZ pod tytułem – INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIE MUSZĄ ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO – zawarł obowiązek dostarczenia najpóźniej w dniu zawarcia umowy m.in.

- ☐ do wyboru modele fabrycznie nowych telefonów komórkowych różnych producentów w kompletach handlowych producenta,
- ☐ do wyboru modele fabrycznie nowych routerów bezprzewodowych LTE/5G.

Wnosimy o potwierdzenie, że powyższe informację mają być dostarczone po zawarciu umowy i nie są dodatkowym badaniem zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami przetargowymi.

(2) Zgodnie z treścią art. 134 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp specyfikacja warunków zamówienia zawiera między innymi informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy. Jak słusznie zauważa Prezes UZP omawiając, na czym mogą polegać „formalności” poprzedzające zawarcie umowy¹⁶: Formalność zaś to, zgodnie z definicją słownikową, „czynność wykonywana według przepisów, sprawa łatwa do załatwienia”, jak np. przedstawienie umowy konsorcjalnej, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp. Jak dodaje Prezes UZP¹⁷: zamawiający nie może uzależniać zawarcia umowy od spełnienia przez wykonawcę, którego ofer-

ta została wybrana, dodatkowych obowiązków, poza obowiązkiem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tak też Izba w wyroku z dnia 29 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 113/13: w ocenie Izby, zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów do przeprowadzenia postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, które potencjalnie mogą uniemożliwić mu zawarcie umowy z zamawiającym. Skoro mamy do czynienia z ważnie wybraną ofertą najkorzystniejszą, Zamawiający nie może podejmować jakichkolwiek dodatkowych czynności warunkujących zawarcie samej umowy (jak badanie zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami).

Odpowiedź na Pyt.26.

Zamawiający w odpowiedzi na ww. Wniosek informuje, że Wykonawca jest obowiązany jest w dniu zawarcia umowy (dokładnie: po jej podpisaniu) do dostarczenia sprzętów, o których mowa w Dziale XVII SWZ pkt 3 ppkt b) i c).

Powyższa czynność nie jest dodatkowym badaniem zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami przetargowymi. Zamawiający nie uzależnia zawarcia umowy od spełnienia ww. wymogu.

Zamawiający doprecyzowuje treść pkt. 4 Formularza ofertowego w następujący sposób:

„4. Oświadczam, że ~~najpóźniej w chwili~~ w dniu zawarcia umowy:

- a) dostarczę Zamawiającemu szczegółowy cennik usług roamingowych i międzynarodowych zgodny z regulacją Unii Europejskiej w tym zakresie, który będzie miał zastosowanie jedynie w zakresie niesprzecznym z umową i będzie stanowił załącznik nr 3 do umowy
- b) przedstawię Zamawiającemu do wyboru modele fabrycznie nowych telefonów komórkowych różnych producentów w kompletach handlowych producenta, wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2022 roku, z dostępem do funkcji i o parametrach określonych w Załączniku nr 3 do SWZ, według grup w ilościach:
 - w grupie I - minimum 2 modele,
 - w grupie II - minimum 2 modele,

- w grupie III - minimum 2 modele,
- w grupie IV - minimum 3 modele,

c) przedstawię Zamawiającemu do wyboru modele fabrycznie nowych routerów bezprzewodowych LTE/5G określonych w Załączniku nr 2 do SWZ, poz. 31,32 , w ilościach:

- minimum po 2 modele.

~~Jestem świadom tego, że jeżeli nie dostarczę powyższych dokumentów lub modeli telefonów Zamawiający potraktuje to jako uchylanie się od podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie.~~

W załączeniu: Formularz cenowy /doprecyzowany/

Pyt.27.

„Wniosek nr 4 (1) Zamawiający w treści Opisu przedmiotu zamówienia zastrzegł, że oferowane telefony powinny posiadać:

- ☐ procesor SNAPDRAGON– jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Qualcomm Incorporated 18
- ☐ procesor Dimensity – jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Mediatek Inc. 19
- ☐ procesor EXYNOS – jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Samsung Electronics Co., Ltd.20
- ☐ procesor A16 Bionic - jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Apple Inc.21
- ☐ system operacyjny Android – jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Google LLC22
- ☐ system operacyjny IOS - jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Apple Inc.23

Należy przy tym podkreślić, że dla pewności zamawiający obok nazw procesorów podał także wprost nazwę producenta (przykładowo Apple A16 Bionic). Ponadto wprost w dokumencie wymieniono konkretne modele telefonów producentów Samsung oraz Apple. W tabeli zamieszczono także dwa dodatkowe zastrzeżenia dotyczące procesorów:

☐ Wszystkie powyższe parametry wymienione w poz. 1-7 są parametrami minimalnymi wymaganymi przez Zamawiającego, tzn. że zaoferowany przez Wykonawcę model telefonu komórkowego może te parametry „przewyższać”.

☐ Procesor/rodzaj / częstotliwość / typu lub równoważny / nie gorszej jakości niż:

Zwracamy uwagę na to, iż zgodnie z treścią art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych. Jak podkreśla W.Dzierżanowski Ochrona konkurencji w przepisach o zamówieniach publicznych to nie tylko ochrona wywołująca skutek wobec podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, ale również wobec producentów, których towary są sprzedawane lub używane w celu wykonania zamówienia publicznego. Metody sporządzania opisu przedmiotu zamówienia czy też warunki udziału w postępowaniu (ani żadne inne czynności) nie mogą ograniczać prawa do przedstawiania konkurencyjnych wobec siebie rozwiązań²⁴. Innymi słowy wskazanie nazwy konkretnego producenta jest na gruncie ustawy Pzp zakazane: Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt)²⁵. (2) Co istotne, w przypadku użycia w opisie znaku towarowego zamawiający winien dopuścić także rozwiązania równoważne (art. 99 ust. 5 Pzp) oraz wskazać kryteria stosowane w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 Pzp). W dokumentacji przetargowej brak jest jednak kryteriów równoważności dla oferowanych procesorów. W praktyce (co zostanie dalej szerzej omówione dalej) mamy do czynienia z możliwością zawężenia złożenia oferty do kilku konkretnie wskazanych modeli telefonów Samsung oraz Apple. Takie działanie jest rażąco sprzeczne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych. (3) Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 641/17, w którym Izba wskazała: Zamawiający, dopuszczając równoważność produk-

tów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 PZP i równego dostępu do zamówienia publicznego (tak też KIO w wyroku z dnia 10 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2638/18). Podobnie Prezes UZP: opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania. Doniosłe znaczenie będzie miało właściwe ujęcie przez zamawiającego cech równoważnych. Co do zasady przedmiot zamówienia składać się może z całego zbioru cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia²⁶. Obecnie brak jest w dokumentacji przetargowej wskazania jakichkolwiek kryteriów pozwalających na zastosowanie innego procesora niż wprost nazwany. (4) Bez znaczenia przy tym pozostaje użycie przez Zamawiającego zwrotu „nie gorszej jakości” czy podobne. Nie określono bowiem na czym ma polegać możliwość zaoferowania rozwiązań „nie gorszej jakości”. Brak jest podania jakichkolwiek kryteriów równoważności. Jak słusznie podkreślała Izba w wyroku o sygn. akt: KIO 1150/11: analiza przywoływanej odpowiedzi prowadziła do wniosku, że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktu o parametrach nie gorszych. Nie określił przy tym, co rozumie przez pojęcie „parametry nie gorsze. W wytycznych Krajowej Izby Odwoławczej słusznie wskazuje się, iż²⁷: wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu re-

ferencyjnego prowadziłoby do konieczności zaproponowania produktów o identycznych parametrach /według Zamawiającego nie gorszych/, a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czyniłby to postanowienie iluzorycznym. Stąd niezwykle istotne jest podanie przez Zamawiającego, na etapie SIWZ parametrów które jego zdaniem są istotne dla oceny, czy dany produkt jest produktem równoważnym /to jest nie gorszym/. Zamawiający winien określić dla danego przedmiotu zamówienia, jakie konkretne rozwiązania będzie uważał za nie gorsze, jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. (5) Należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną okoliczność. Zgodnie z art. 99 ust. 5 przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych tylko jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. Prezes UZP wskazuje na możliwość stosowania tej normy wyłącznie w drodze wyjątku i tylko z zachowaniem ścisłej wykładni²⁹. W przypadku procesorów taka sytuacja nie zachodzi. Telefony komórkowe to przenośne urządzenia łączące w sobie funkcje telefony oraz komputera³⁰. Zatem w zakresie wskazania co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia użytecznym może być odwołanie się do Rekomendacji Prezesa UZP wydanych w marcu 2021 roku w zakresie udzielania zamówień na dostawy komputerów³¹. Jak wskazuje się w dokumencie: specyfikowanie szczegółowych parametrów konstrukcji urządzenia, takich, jak częstotliwości taktowania procesora, wielkości pamięci podręcznych, czy innych parametrów budowy wewnętrznej procesora niesie ze sobą ryzyko dyskryminacji któregoś z producentów. Dlatego właściwym jest w ocenie Prezesa UZP określenie wymagań poprzez uzyskanie wyniku w wymaganym teście aplikacyjnym. Zamawiający nie tylko takich wymagań nie określił, ale nie odwołując się nawet do parametrów konstrukcji procesora wprost wskazał na procesory konkretnych producentów i to bez opisanie kryteriów równoważności. Mamy do czynienia z najdalej idącym naruszeniem zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. (6) Warto podkreślić jeszcze jedną okoliczność. Obecne brzmienie OPZ przykładowo tylko pozornie dopuszcza inne systemu operacyjne niż

iOS dla telefonów w grupie IV. Zwracamy w tym zakresie na pogląd Prezesa UZP wyrażony w postępowaniu kontrolnym dotyczącym zamówienia w którym wskazano wprost na system operacyjny Microsoft Windows: W odniesieniu do powyższych zapisów, biegły wskazał, że powodują one, iż w rzeczywistości zamawiający nie dopuszcza innego oprogramowania niż produkty firmy Microsoft. Zdaniem biegłego, umieszczenie bardzo ogólnych i lakonicznych zapisów dotyczących równoważnego systemu operacyjnego, takich jak „posiadający co najmniej te same funkcjonalności” oraz „kompatybilny z oprogramowaniem przeznaczonym dla ww. systemów” bez podania szczegółów funkcjonalności i obszarów kompatybilności powoduje, że systemy operacyjne innych firm nie będą spełniały oczekiwań zamawiającego. Zwracamy uwagę, że w przypadku ewentualnej kontroli Prezesa UZP biegły będzie dokonywał badania możliwości zaoferowania w tym postępowaniu innych urządzeń niż tylko wprost wskazywane w dokumentacji przetargowej jako przykładowe. (7) Powyższe wymagania w praktyce ograniczyły możliwość ofertowania do konkretnych modeli telefonów, jak wskazywane przez Zamawiającego Samsung Galaxy A23 5G, Samsung Galaxy S23, Apple iPhone 14 Pro. Mamy do czynienia z przetargiem tylko pozornie konkurencyjnym w odniesieniu do modeli oferowanych urządzeń, pomimo że na rynku jest znacząco większa liczba potencjalnych dostawców (jak OPPO, Huawei, Motorola, Xiaomi, realme, Vivo, czy Alcatel). (8) Biorąc pod uwagę powyższe, działając w związku z treścią art. 99 ust. 6 ustawy Pzp wnosimy o określenie kryteriów stosowanych w tym postępowaniu w celu oceny równoważności procesorów producentów Qualcomm, MediaTek oraz Apple oraz wymaganych systemów operacyjnych.”

Odpowiedź na Pyt.27.

W odpowiedzi na pytania we wniosku nr 4 Zamawiający aktualizuje załącznik nr 3 do SWZ (Parametry techniczne fabrycznie nowych telefonów komórkowych z podziałem na grupy).

Pyt.28.

„Wniosek nr 5 (1) Zamawiający w treści OPZ określił wymagania dotyczące dostarczanych telefonów. W tabeli zamieszczono także dwa dodatkowe zastrzeżenia dotyczące procesorów:

☐ Wszystkie powyższe parametry wymienione w poz. 1-7 są parametrami minimalnymi wymaganymi przez Zamawiającego, tzn. że zaoferowany przez Wykonawcę model telefonu komórkowego może te parametry „przewyższać”.

☐ Procesor/rodzaj / częstotliwość / typu lub równoważny / nie gorszej jakości niż:

Wskazywane zastrzeżenia tylko pozornie dopuszczają możliwość zaoferowania innych niż wprost opisane parametry. Na czym bowiem ma polegać możliwość zaoferowania parametru przewyższającego przekątną ekranu 6.6” czy 6.7”. Czy to ma być telefon o większej czy o mniejszej przekątnej? Jaka ma być wartość graniczna? Podobnie w odniesieniu do konkretnie wskazywanych pojemności akumulatorów czy wielkości pamięci RAM oraz wewnętrznej. (2) Należy przypomnieć, iż działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia³³. Jak podkreśla się w orzecznictwie: Sama chęć zamówienia tylko niektórych spośród urządzeń typowych sama w sobie nie stanowi jeszcze o naruszeniu uczciwej konkurencji. Jednakże zamawiający w takiej sytuacji powinien co najmniej przedstawić argumentację, która uzasadniałaby dlaczego rozwiązanie odwołującego, choć typowe i efektywne, to jednak nie spełnia wymagań zamawiającego. W ocenie Prezesa UZP: zamawiający ułatwiają sobie czynność opisaną przedmiotu zamówienia spisując parametry i wymogi z gotowych broszur, katalogów czy stron internetowych danych producentów. Niektórzy dopuszczają przy tym możliwość zaoferowania produktów równoważnych, co jednak przy bardzo szczegółowym opisie parametrów, czyni tę możliwość iluzoryczną. (3) Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pa-

rametrów „przewyższających” wskazywaną wielkość wyświetlacza, pojemność akumulatora, częstotliwość procesora, czy wielkość pamięci.

Zwracamy uwagę na to, iż niniejsze postępowanie może być zgodnie z treścią art. 607 ust. 1 ustawy Pzp poddane kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wszczętej z urzędu lub na wniosek w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.”

Odpowiedź na Pyt.28.

W odpowiedzi na pytania we wniosku nr 5 Zamawiający aktualizuje załącznik nr 3 do SWZ (Parametry techniczne fabrycznie nowych telefonów komórkowych z podziałem na grupy).

Pyt.29.

„Załącznik nr 1 do SWZ OPZ pkt A ppkt 2

Wnosimy o potwierdzenie, iż warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli zamiast konsoli, która jest nie potrzebna w tej usłudze będzie otrzymywał raporty od Wykonawcy. Usługa ta jest niezarządzana i nie jest do niej potrzebna konsola. Czy Zamawiający potwierdza powyższe?”

Odpowiedź na Pyt.29.

Warunek zostanie uznany za spełniony jeśli zapis z Załącznika nr 1 do SWZ OPZ pkt A ppkt 2 będzie miał zastosowanie, tzn:

„Zamawiający w ramach limitu 30 kart SIM może dowolnie włączać ochronę decydując, na których kartach będzie ona aktywna”.

Pyt.30.

„Załącznik nr 1 do SWZ OPZ pkt A ppkt 7

Czym Zamawiający chce zarządzać z poziomu panelu administratora?

Usługa API nie wymaga panelu administratora. Wnosimy o wyjaśnienie zapisu.”

Odpowiedź na Pyt.30.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ OPZ pkt A ppkt 7 nie wymaga dostępu do panelu administratora. Treść Załącznik nr 1 do SWZ OPZ pkt A ppkt 7 brzmi:

„Wykonawca w ramach abonamentu w zakresie usługi masowej wysyłki SMS z API (abonament poz. 6 Załącznika Nr 2 do SWZ) musi zapewnić max 25 000szt. SMS w trakcie trwania umowy. Usługa będzie wykorzystywana przez Miejskie Biuro Wyborcze. Masowa wysyłka SMS obejmuje sieci na terenie Polski. Maksymalna ilość sztuk oznacza, że ilość sztuk nie może przekroczyć określonej liczby, jednakże w zależności od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego ilość ta może być mniejsza. Zamawiający nie przewiduje zawarcia odrębnej umowy na usługę masowej wysyłki SMS”.

Pyt.31.

Załącznik nr 1 do SWZ OPZ pkt A ppkt 7

Czy klient posiada własną aplikację do wysyłki SMS czy tylko zamawia API?

Odpowiedź na Pyt.31.

Zamawiający posiada własną aplikację. Realizacja wysyłki SMS poprzez API.

Załączniki do pisma:

- Załącznik nr 2 do Projektu umowy /doprecyzowany/ będący załącznikiem nr 3 do SWZ (Parametry techniczne fabrycznie nowych telefonów komórkowych z podziałem na grupy);
- Formularz oferty /doprecyzowany/