

Warszawa, 29 kwietnia 2022 roku

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

**Zamawiający:**

Miasto Poznań - Urząd Miasta Poznania  
Biuro Zamówień Publicznych  
Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań  
e-mail: [zpb@um.poznan.pl](mailto:zpb@um.poznan.pl)

**Wykonawca:**

Polkomtel Sp. z o.o.  
ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa  
osoba do kontaktów: Jacek Kubański  
e-mail: [jacek.kubanski@plus.pl](mailto:jacek.kubanski@plus.pl)

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 – 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm. zwana daje „ustawą Pzp” ) składam niniejszym odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań na dostawę telefonów i tabletów bez kart SIM oraz świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z kartami SIM lub e-SIM. Nr postępowania: ZPb-II.271.34.2022.MC.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- **art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia na dostawę telefonów i tabletów w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący, bez

poprawnego określenia cech zamawianych urządzeń, a także w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

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

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

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

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

#### **I. Ogłoszenie o zamówieniu.**

W dniu 19 kwietnia 2022 roku zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 076-207096 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy Pzp o wartości powyżej progu unijnego na dostawę telefonów i tabletów bez kart SIM oraz świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z kartami SIM lub e-SIM. Nr postępowania: ZPb-II.271.34.2022.MC.

#### **II. Legitymacja do wniesienia odwołania.**

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. Wadliwie sporządzona dokumentacja przetargowa godzi w nasze

uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości złożenia oferty. Tym samym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania.

### III. Termin na wniesienie odwołania.

Dokumentacja przetargowa została opublikowana na stronie postępowania w dniu 19 kwietnia br. Odwołujący wniósł zatem niniejsze odwołanie z zachowaniem 10 - dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

## Uzasadnienie

### I. Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dostaw urządzeń (telefony i tablety).

- (1) Przedmiotem udzielanego zamówienia jest m.in. dostawa 934 sztuk telefonów oraz 13 sztuk tabletów. Przy czym Zamawiający faktycznie odstąpił od opisanego przedmiotu zamówienia poprzez określenie cech oferowanych urządzeń, a zamieścił w OPZ następujące postanowienie (na przykładzie telefonu z grupy 1):

*„Telefon 1” to telefon wybrany przez Zamawiającego spośród wszystkich ofert Wykonawcy dostępnych na oficjalnej stronie internetowej lub w miejscach sprzedaży sprzętu i usług Wykonawcy (decyzję o wyborze oferty ze strony internetowej czy z miejsc sprzedaży Wykonawcy podejmuje każdorazowo Zamawiający), którego cena netto w dniu złożenia zamówienia obowiązująca poza promocjami i bez aktywacji nie przekracza kwoty 800,00 zł, z zastrzeżeniem, że za dany telefon Zamawiający zapłaci kwotę zaoferowaną przez Wykonawcę w Formularzu cenowym.*

Powyższe postanowienie zostało powielone dla wszystkich pięciu grup telefonów (z podziałem na półki cenowe) oraz dla zamawianych tabletów. Innymi słowy Zamawiający będzie uprawniony do wyboru dowolnego urządzenia oferowanego na stronie internetowej wykonawcy lub w miejscach sprzedaży wykonawcy, z odwołaniem się do cennika publicznie dostępnego jako punktu odniesienia dla określenia jego ceny.

- (2) W naszej ocenie takie rozwiązanie ma dwie wady: jest niezgodne z zasadami sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia określonymi w ustawie Pzp, a także nie uwzględnia istotnych okoliczności właściwych dla rynku usług telefonii komórkowej.

(3) Po pierwsze zgodnie z treścią art. 99 ust. 2 Pzp zamawiający winien określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy nabywanych dostaw. Przedmiotem zamówienia są tablety oraz telefony, przy czym w przypadku tych ostatnich ponad 95% sprzedaży rynku stanowią tzw. smartfony. Zatem w obu przypadkach są to urządzenia multimedialne łączące w sobie funkcja telefonu komórkowego oraz komputera przenośnego<sup>1</sup>. 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 komputerów<sup>2</sup>. Dokument ten m.in. wprost odnosi się do zakupów tabletów. W treści Rekomendacji zauważono, iż **podstawową zasadą opisu przedmiotu zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych powinno być specyfikowanie właściwości użytkowych urządzeń**, przy czym zbiór wymaganych parametrów użytkowych winien wynikać ze specyfiki dziedziny zastosowań, dla której urządzenia komputerowe są zamawiane. Wskazano m.in. w tym zakresie na potrzebę określenia takich parametrów jak wydajność procesora, pamięć operacyjna, wielkość i parametry wyświetlacza, parametry pamięci masowej, wymagania dotyczące baterii, czy waga (strona 9 – 10 Rekomendacji). Każdy z tych parametrów może być i jest stosowany do opisu przedmiotu zamówienia na telefony komórkowe oraz tablety. Należy bowiem podkreślić, iż **standardem dla zamówień na dostawy telefonów komórkowych jest obecnie podawanie specyfikacji technicznych minimalnych wymagań stawianych przez zamawiających**. Poniżej przykładowe zestawienie wszystkich przetargów o wartości powyżej progów unijnych obejmujących nabycie telefonów komórkowych lub tabletów prowadzonych w Polsce w okresie styczeń – kwiecień 2022 roku. W każdym z tych postępowań przedmiot zamówienia opisano poprzez określenie specyfikacji technicznych nabywanych urządzeń:

- Poczta Polska S.A. Zakup i świadczenie usług telefonii komórkowej oraz usług bezprzewodowej transmisji danych dla Poczty Polskiej S.A.<sup>3</sup>
- Polska Akademia Nauk - Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe. Dostawa telefonów komórkowych<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> <https://pl.wikipedia.org/wiki/Smartfon>

<sup>2</sup> Opubl. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/nowe-rekomendacje-dotyczace-zamowien-na-zestawy-komputerowe-marzec-2021>

<sup>3</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:219802-2022:TEXT:PL:HTML&src=0>

<sup>4</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:200424-2022:TEXT:PL:HTML&src=0>

- Komenda Główna Straży Granicznej. Zakup urządzeń końcowych<sup>5</sup>.
- Komenda Wojewódzka Policji we Wrocławiu. Świadczenie usług telefonii komórkowej dla jednostek Policji woj. dolnośląskiego wraz z dostawą 1207 szt. aparatów telefonicznych<sup>6</sup>.
- Szpital Copernicus w Gdańsku. Świadczenie usługi telefonii komórkowej, usługi bezprzewodowej transmisji danych, dostawa fabrycznie nowych telefonów komórkowych, modemów LTE, aktywnych i skonfigurowanych kart SIM<sup>7</sup>.
- Uniwersytet Łódzki. Dostawy urządzeń komputerowych, notebooków, monitorów, tabletów, drukarek, sprzętu sieciowego i infrastruktury sieciowej, serwerów, oprogramowania dla Uniwersytetu Łódzkiego<sup>8</sup>.

Jedynym krajowym przetargiem wszczętym poprzez publikację w TED w tym roku na zakup telefonów komórkowych, w którym odstąpiono od sporządzenia specyfikacji technicznej jest przetarg prowadzony przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej na świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej wraz z dostawą urządzeń GSM<sup>9</sup>. W przetargu tym wykonawca T-Mobile Polska S.A. wniósł odwołanie domagając się uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o wymagania minimalne w zakresie parametrów urządzeń. Zamawiający bowiem zastosował rozwiązanie analogiczne do rozwiązania opisanego przez Miasto Poznań (wydzielenie grup cenowych urządzeń z referowaniem do aktualnego cennika wykonawcy). Odwołanie zostało przez Zamawiającego uwzględnione<sup>10</sup>. Zamawiający zobowiązał się do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o zestawienie parametrów zamawianych telefonów.

- (4) Dla przykładu można także wskazać na obecnie wykonywane zamówienie udzielone przez m.in. Urząd Zamówień Publicznych w następstwie postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej<sup>11</sup>. Zamawiający zamieścił w dokumentacji przetargowej szczegółowe specyfikacje techniczne zamawianych urządzeń.

<sup>5</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:127267-2022:TEXT:PL:HTML&src=0>

<sup>6</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:115881-2022:TEXT:PL:HTML&src=0>

<sup>7</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:72006-2022:TEXT:PL:HTML&src=0>

<sup>8</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:29261-2022:TEXT:PL:HTML&src=0>

<sup>9</sup> <https://portal.smartpzp.pl/pazp/public/postepowanie?postepowanie=25837649>

<sup>10</sup> <https://www.uzp.gov.pl/kio/informacje-o-toku-postepowania-odwolawczego?kio=990%2F22>

<sup>11</sup> <https://zamowienia.gov.pl/open-preview-auction.html/228987/swiadczenie-uslug-telefonii-ruchomej-wraz-z-dostawa-telefonow-komorkowych-modemow-i-kart-sim-na-potrzeby-jednostek-administracji-panstwowej-1>



- (5) W naszej ocenie poprawnie sporządzony opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać cechy nabywanych urządzeń, zaś wykonawcy po zaznajomieniu się z tymi cechami dopasowywaliby określone urządzenia oraz określali ich cenę sprzedaży. Odstąpienie przez Zamawiającego od sporządzenia specyfikacji technicznej urządzeń czyni składane oferty nieporównywalnymi. Będziemy bowiem mieć do czynienia z porównaniem cen w składanych ofertach nie tyle za takie same urządzenia (spełniające takie same wymagania), co z porównaniem cen odnoszących się do dowolnie kształtowanych przez wykonawców cenników. Co więcej, cenniki takie zgodnie z dokumentacją przetargową będą miały zmienny charakter w czasie. Zgodnie z OPZ zamawiający wybierze urządzenie spośród wszystkich ofert wykonawcy dostępnych na oficjalnej stronie internetowej lub w miejscach sprzedaży sprzętu i usług w dniu złożenia zamówienia. To samo urządzenie może być przez jednego wykonawcę przypisane do grupy cenowej drugiej, zaś przez innego do czwartej (różnica dla tych grup to kwota 200 zł). Należy podkreślić, iż z jednej strony opis przedmiotu zamówienia umożliwia realizację potrzeb zamawiającego, a z drugiej winien gwarantować porównywalność ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co służy wyborowi oferty najkorzystniejszej<sup>12</sup>. W naszej ocenie taka porównywalność nie zostanie zachowana.
- (6) Należy także podkreślić, iż podobne postanowienia były już przedmiotem oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą<sup>13</sup>: *„Izba wskazuje, że zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ opisał przedmiot zamówienia w zakresie dostawy telefonów komórkowych w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący. Wymagania dotyczące realizacji zamówienia w zakresie dostaw telefonów komórkowych zostały opisane za pomocą trzech przedziałów cenowych w załączniku nr 1 a do siwz ( grupa A – telefony do 1499 zł, grupa B – od 1500 do 2 499 zł, grupa C – od 2 500 zł). **Zamawiający nie podał w siwz żadnych minimalnych parametrów technicznych dla telefonów komórkowych, które mają być dostarczone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.** Brak w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego informacji o minimalnych wymaganiach w stosunku do przedmiotu zamówienia dotyczącego dostaw telefonów komórkowych, powoduje, że ocena zamawiającego wybranych próbek modeli telefonów, będzie oparta wyłącznie o kryteria subiektywne, nie opisane w siwz. Tymczasem obowiązkiem zamawiającego*

<sup>12</sup> Wyrok KIO z dnia 15 września 2017 r. sygn. akt KIO 1809/17

<sup>13</sup> Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO 1189/10

*jest dokonanie oceny spełnienia wymagań technicznych oferowanego sprzętu wyłącznie w oparciu o kryteria i warunki podane wcześniej w siwz. Określenie przedmiotu zamówienia wyłącznie przez wskazanie przedziałów cenowych nie gwarantuje zamawiającemu uzyskania najlepszych efektów z posiadanych nakładów finansowych”.*

- (7) Istnieje także jeszcze jeden powód dla którego przyjęte rozwiązanie nie może zostać uznane za zgodne z ustawą Pzp. W treści kwestionowanego postanowienia Zamawiający zastrzegł, iż przedmiotem dostawy będzie telefon wybrany przez Zamawiającego spośród wszystkich ofert wykonawcy:

- dostępnych na oficjalnej stronie internetowej lub
- w miejscach sprzedaży sprzętu i usług wykonawcy

zaś decyzję o wyborze oferty ze strony internetowej czy z miejsc sprzedaży wykonawcy podejmuje każdorazowo Zamawiający. Takie rozwiązanie w sposób zasadniczy oparte jest na nieznajomości rynku telefonii komórkowej, świadczy o braku wiedzy Zamawiającego o specyfice działania operatorów telekomunikacyjnych. Wyjaśnienia bowiem wymaga, iż zgodnie z informacjami Urzędu Komunikacji Elektronicznej<sup>14</sup> jest obecnie trzech wiodących operatorów sieci telefonii komórkowej w Polsce, to jest przedsiębiorstwa Orange Polska S.A., Polkomtel Sp. z o.o. oraz T-Mobile Polska S.A. W przypadku każdego z tych operatorów znacząca część salonów sprzedaży oparta jest na aktywności podmiotów trzecich, przedsiębiorstw prawnie i właścicielsko odrębnych od danego operatora. Mamy w tym zakresie do czynienia z umowami o współpracy, czy umowami franczyzowymi<sup>15</sup>. Przykładowo jesienią 2019 roku Orange Polska dysponowało siecią placówek na którą składało się 718 salonów, w tym 194 własne i 524 franczyzowe<sup>16</sup>. Najwięksi krajowi przedsiębiorcy prowadzący salony sprzedaży operatorów telekomunikacyjnych to przedsiębiorstwa Eurotel (usługi dla T-Mobile i Play) oraz OEX (usługi dla Orange, T-Mobile i Plussem)<sup>17</sup>. Przykładowo na koniec II kwartału 2019 r. grupa Eurotel prowadziła 102 salony sprzedaży T-Mobile, zaś grupa OEX prowadziła 347 salonów dla operatorów telekomunikacyjnych<sup>18</sup>. Zatem w

<sup>14</sup> Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2020 roku, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Warszawa, czerwiec 2021 rok

<sup>15</sup> <https://allebiznes.pl/franczyza-abmi-group-orange/> <https://franchising.pl/franczyza/1995/t-mobile/> [https://franczyzowo.pl/estate\\_property/t-mobile/](https://franczyzowo.pl/estate_property/t-mobile/)

<sup>16</sup> <https://www.rp.pl/biznes/art981341-orange-stawia-na-e-obsluge>

<sup>17</sup> <https://www.telko.in/plus-zbudowal-najwieksza-siec-salonow>

<sup>18</sup> J.w.

przypadku znaczącej liczby „miejsc sprzedaży sprzętu i usług wykonawcy” (określenie Zamawiającego) mamy do czynienia z salonami podmiotów trzecich, które łączy umowa o współpracy z operatorem telekomunikacyjnym. **Zatem ewentualna dostępność określonego urządzenia w takim salonie pozostaje bez znaczenia dla dostępności urządzeń u danego operatora telekomunikacyjnego.** Operator nie posiada wiedzy na temat takiej dostępności, ani nie gwarantuje dostępności danego telefonu lub tabletu tylko dlatego, że podmiot z nim współpracujący nadal jeszcze takie urządzenie oferuje. Możemy mieć do czynienia z urządzeniami już niedostępnymi w dystrybucji producenta. Stąd wymaganie zapewnienia ich dostępności na podstawie danych z salonów sprzedaży jest błędem.

- (8) Podobnie, oficjalna strona internetowa wykonawcy może także nie być wiarygodnym punktem odniesienia dla określania przez Zamawiającego dostępności konkretnych urządzeń. Żadne bowiem z operatorów ogólnopolskich nie podaje na stronie internetowej informacji na temat liczby dostępnych urządzeń:

- <https://www.plus.pl/bez-umowy/telefony>
- <https://www.orange.pl/esklep/telefony-i-urzadzenia>
- <https://www.t-mobile.pl/sklep/kategoria/telefony/lista/produkty>

Zamawiający nie może zatem oczekiwać, iż wybrane przez niego urządzenie będzie dostępne w liczbie wymaganej dla danej grupy asortymentowej. Nie może także wymagać, by taka dostępność występowała dłużej niż tylko w momencie dokonywania sprawdzenia na stronie internetowej.

- (9) Tym samym wymaganie, by wykonawca miał obowiązek dostarczenia określonych urządzeń w określonej liczbie (przedmiot zamówienia obejmuje 934 sztuk telefonów) tylko dlatego, że Zamawiający zauważył takie urządzenie w jednym z salonów sprzedaży lub na stronie internetowej, świadczy o niezrozumieniu zasad działania ogólnopolskich operatorów telekomunikacyjnych. Zamawiający ma prawo określić swoje wymagania, jednak winien zrównoważyć swoje oczekiwania oraz możliwości rynku na którym dokonuje zamówienia<sup>19</sup>: *„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*

<sup>19</sup> Wyrok KIO z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt KIO 371/17, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 1/2017



*skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi”. Zaproponowany opis przedmiotu zamówienia pomija oczywiste uwarunkowania dla rynku telefonii komórkowej.*

- (10) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o nakazanie przez Izbę wykreślenia obecnego brzmienia opisów zamawianych telefonów dla grup I – V oraz opisu modemu zawartych na stronach 5 – 6 Opisu przedmiotu zamówienia. Wnosimy o równoczesne zobowiązanie Zamawiającego do zamieszczenia specyfikacji technicznej zamawianych telefonów oraz tabletów dla każdej z wyodrębnionych grup asortymentowych. Powyższe rozwiązanie zabezpieczy interesy Zamawiającego. Pozwoli także wykonawcy na dobranie i zabezpieczenie w dacie zawarcia umowy sprzętu, który będzie dostępny w trakcie wykonywania umowy.

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

#### **Wykaz załączników:**

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