

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polkomtel S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Mazowiecki Oddział śandarmerii Wojskowej, 01-163 Warszawa, ul. J. Ostroroga 35** protestu z dnia 30 czerwca 2008 roku.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Polkomtel S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polkomtel S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polkomtel S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Oddział śandarmerii Wojskowej zamierza udzielić w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na usługę łączności telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych i modemów. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DUUE w dniu 25.06.2008 roku pod numerem 2008/S 121-162183, specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz) była dostępna na stronie internetowej Zamawiającego www.zw.wp.mil.pl.

W dniu 30.06.2008 roku Polkomtel S.A. wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu nadanie swiz treści niezgodnej z przepisami prawa. Podnosząc zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13, art. 142 ust. 1, art. 145 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) – dalej: Pzp - oraz art. 365 i kodeksu cywilnego wniósł o dokonanie modyfikacji siwz.

Zamawiający w dniu 18.07.2008 roku rozstrzygnął protest uwzględniając część jego zarzutów. Zamawiający oddalił zarzuty protestu dotyczące:

1. treści pkt VII.1.7, XVI.3 siwz oraz pkt 30 Załącznika nr 4 do siwz jako niezgodnej z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż sformułował istotne warunki umowy, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut 1 protestu);
2. zawartego w pkt XII.1 siwz wymagania, aby oferta została przygotowana w sposób czytelny i logiczny, co nie znajduje uzasadnienia w świetle zapisów Pzp, a ocena spełnienia tego wymogu ma charakter subiektywny i może prowadzić do naruszenia

- zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut 2 protestu);
3. pkt XV.2 siwz oraz Załącznika nr 3 do siwz nie zawierających informacji, według jakiej stawki wykonawca będzie świadczył usługi poza abonamentem – t.j. braku

2

wskazania m.in. ceny za minutę połączenia, ceny za SMS i MMS, cen za przesyłanie danych. Zamawiający stwierdził, że w skład opłaty abonamentowej nie wchodzi wyłącznie koszt aktywacji karty SIM oraz, że poprawi oczywistą omyłkę pisarską nadając właściwy tytuł kolumnie 16 formularza cenowego – „Wartość brutto całości zamówienia (kol. 13+15)”. Zamawiający wskazał również, że w pkt 5 Załącznika Nr 4 do siwz wymaga od wykonawców zapewnienia rozdzielnosci opłat za: abonament połączeń głosowych i pozostałe usługi tzn. ponoszenia przez Zamawiającego wyłącznie opłat abonamentowych wynikających z połączeń głosowych. Pozostałe opłaty, w tym również za usługi dodatkowe użytkownik ma ponosić osobiście. Zamawiający wywiódł ponadto, że wymagał bezpłatnej obsługi rozdzielnosci opłat (pkt 6), przedstawienia w ofercie sposobu postępowania przy rozdzielnosci opłat (pkt 7) oraz zapewnienia wymiennosci minut (wchodzących w skład abonamentu i pozaabonamentowych) na wiadomości tekstowe typu SMS (pkt 11) oraz bezpłatne włączanie/wyłączanie usług oferowanych przez wykonawcę (pkt 13) – zarzut 3 protestu;

4. pkt 5 Załącznika Nr 4 do siwz, wg którego wykonawca ma zapewnić rozdzielnosc opłat powodującą możliwość (i obowiązek) ponoszenia części opłat za usługi przez „poszczególnych użytkowników”. Zamawiający odmówił dokonania żądanej modyfikacji siwz – wykreślenia pkt 5 i 6 Załącznika Nr 4, gdyż wartość zamówienia została przez niego oszacowana z uwzględnieniem wartości abonamentowych i tylko w tym obszarze nastąpi wydatkowanie środków publicznych. Zamawiający oświadczył również, że formę zapłaty za usługi nie objęte abonamentem pozostawia do ustalenia przez wykonawcę (zarzut 11 protestu);
5. pkt 14 Załącznika Nr 4 do siwz - zapewnienia w okresie trwania u wykonawcy promocji cenowej dla ogółu klientów biznesowych na zakup aparatów komórkowych i akcesoriów, możliwości korzystania przez Zamawiającego z tejże promocji, jeśli warunki promocji są korzystniejsze od warunków umowy”. Zamawiający oświadczył, że postanowienie to dotyczy pierwszego okresu po podpisaniu umowy, zatem wykonawca powinien znać promocje przeznaczone dla rynku biznesowego, w których Zamawiający chciałby uczestniczyć (zarzut nr 12 protestu).

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem w dniu 23.07.2008 roku z zachowaniem warunku jednoczesności przekazania kopii Zamawiającemu Polkomtel S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty 3, 11 i 12 protestu. W uzasadnieniu Odwołujący się podniósł, że:

3

1. rozstrzygnięcie protestu odnośnie zarzutu 3 – brak precyzyjnych stawek dotyczących opłat za usługi telekomunikacyjne (m.i.n cen połączeń do sieci własnej, sieci innych operatorów sieci komórkowych i sieci stacjonarnych) powoduje, że siwz narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 Pzp, gdyż została sformułowana w sposób nie pozwalający na wyczerpujące określenie w ofercie (a konsekwencji w umowie) wszystkich elementów składających się na zobowiązanie Zamawiającego z tytułu świadczonych usług. Skutkować to może brakiem możliwości wyegzekwowania tych opłat od Zamawiającego. Ponadto Zamawiający w pkt 1 Załącznika Nr 4 do siwz mówiąc o „cenach obowiązujących dla klientów biznesowych bez względu na porę dnia” nie podał z jakiej daty cennik ma być uwzględniany przy wykonywaniu umowy. Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz przez uwzględnienie w formularzu ofertowym wysokości opłat za wszystkie usługi świadczone na mocy umowy w sprawie zamówienia publicznego;
2. rozstrzygnięcie protestu odnośnie zarzutu 11 - pkt 5 Załącznika Nr 4 do siwz wg którego wykonawca ma zapewnić rozdzielnosc opłat. Odwołujący wskazał, że te postanowienie siwz narusza art. 3 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 12 i 13 Pzp przez

przyjęcie, że świadczenie usług na rzecz osób fizycznych nie zobowiązanych do stosowania Pzp podlega jej przepisom, co skutkuje wymaganiem przez Zamawiającego, by usługi stanowiące przedmiot postępowania były świadczone na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego zarówno na rzecz Zamawiającego, jak i osób fizycznych nie zobowiązanych do stosowania Pzp. Odwołujący się podniósł, że szacowanie wartości zamówienia jedynie na podstawie usług abonamentowych rodzi wątpliwości co do zadośćuczynienia wymogom art. 32 ust. 1 Pzp, co wywiódł w oparciu o opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący się wskazał również, że wykonawca powinien znać drugą stronę umowy w momencie jej zawarcia, a przed zawarciem umowy powinien mieć możliwość zweryfikowania wiarygodności płatniczej osoby fizycznej. Odwołujący się wywiódł ponadto, że ukształtowanie postanowień siwz uniemożliwia mu skorzystanie z uprawnień zawartych w art. 57 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku – Prawo telekomunikacyjne oraz, że ewentualna odmowa świadczenia usług na rzecz osoby fizycznej skutkowałaby albo koniecznością utraty wadium albo naraziłoby go na ew. (przy przyjęciu, że usługi na rzecz pracownika są świadczone na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego) na sankcje umowne z tytułu nienależytego wykonania umowy. Odwołujący się wskazał również, że na gruncie postanowień siwz nie jest jasne, czy osoba fizyczna miałaby zawrzeć z wybranym wykonawcą umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych (art. 56 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego

4

przewiduje formę pisemną takiej umowy), ile faktur miałby wystawiać wykonawca, jaki byłby termin płatności jego należności, oraz brak jest wskazania (czego nie może uczynić samodzielnie wykonawca z uwagi na treść art. 82 ust. 3 Pzp) wg jakich stawek i na jakich zasadach miałyby być świadczone usługi na rzecz użytkowników - osób fizycznych nie będących klientami biznesowymi. Zdaniem Odwołującego się nie są to wymagania dotyczące „wyłącznie formy zapłaty” jak stwierdził Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu. Powołując się na te okoliczności Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz przez wykreślenie pkt 5 i 6 Załącznika Nr 4 i w konsekwencji rezygnację z „rozdzielności opłat”;

3. rozstrzygnięcie zarzutu 12 protestu - pkt 14 Załącznika Nr 4 do siwz - zapewnienia w okresie trwania u wykonawcy promocji cenowej dla ogółu klientów biznesowych na zakup aparatów komórkowych i akcesoriów. Odwołujący się wskazał, że na rynku telefonii komórkowej brak jest promocji dotyczących cen wyłącznie za aparaty lecz związane są one z zawarciem umowy na świadczenie usług na określony okres czasu, który może być dłuższy niż okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skorzystanie z takiej promocji mogłoby stanowić zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, co powinno być oceniane zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp. Nie można ustalić również zakresu świadczenia wykonawcy, co narusza art. 140 ust. 1 Pzp, a nieznanomość warunków wykonywania umowy na etapie składania ofert prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz przez wykreślenie pkt 14 Załącznika Nr 4 do siwz.

Na podstawie dowodu z dokumentacji postępowania i po wysłuchaniu na rozprawie oświadczeń pełnomocników stron Izba ustaliła, że:

W Załączniku Nr 4 do siwz *ab initio* Zamawiający określił, że zamawiana przez niego usługa telekomunikacyjna ma zapewnić łączność głosową, tekstową (SMS), multimedialną (MMS), dostęp do zasobów Internetu oraz inne oferowane usługi dedykowane dla wyznaczonej mobilnej grupy użytkowników. (...) Uruchomienie kart SIM będzie odbywało się na pisemny wniosek zamawiającego w okresie od daty podpisania umowy z zamawiającym do dnia 31.12.2008 roku. W Załączniku Nr 4 Zamawiający wymagał, również aby wykonawca składając ofertę zapewnił:

1. zasięg sieci telefonii komórkowej na obszarze całego kraju na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosu i danych w GPRS oraz usług oferowanych w trakcie umowy

5

zgodnie z cenami obowiązującymi w cenniku dla klientów biznesowych bez względu na porę dnia (pkt 1);

2. rozdzielnosc opłat: abonamentu za usługę połączeń głosowych i pozostałe usługi, w taki sposób, aby Zamawiający ponosił wyłącznie opłaty abonamentowe związane z realizacją połączeń głosowych a pozostałe opłaty ponosił użytkownik osobiście (również abonamenty za usługi dodatkowe – pkt 5) z zastrzeżeniem zapewnienia bezpłatnej obsługi rozdzielnosci opłat oraz pozostawienia wykonawcom sposobu postępowania przy obsłudze rozdzielnosci opłat (pkt 6 i 7);

3. wymiennosc minut (wchodzących w skład abonamentu i pozaabonamentowych) na wiadomości tekstowe typu SMS (pkt 11);

4. możliwość korzystania przez Zamawiającego z promocji dla ogółu klientów biznesowych na zakup aparatów komórkowych i akcesoriów.

Zamawiający wymagał również od wykonawcy, aby dostarczył projekt umowy zgodny z siwz (pkt 30).

W formularzu cenowym (oferty) stanowiącym Załącznik Nr 3 do siwz Zamawiający żądał wskazania m. in. wartości abonamentu miesięcznego netto oraz ilości minut w abonamencie miesięcznym. Zamawiający nie żądał wskazania wartości wynagrodzenia wykonawcy, w tym również wartości abonamentu, za pozostałe usługi.

W pkt XIV.3 siwz Zamawiający wskazał, że cena określona przez wykonawcę w ofercie zostanie ustalona na okres ważności umowy i nie będzie podlegała zmianom w toku realizacji przedmiotu zamówienia za wyjątkiem ustawowej zmiany podatku VAT.

W pkt XV. 2 Zamawiający jako kryteria oceny ofert wskazał cenę oferty oraz ilość minut w abonamencie.

Izba zważyła, że:

Odwolujący się, jako podmiot domagający się modyfikacji treści siwz i podnoszący zarzuty jej niezgodności z przepisami Pzp posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby uszczerbek w interesie prawnym może wyrażać się w tym, że przez brak wystarczającej jednoznaczności przy formułowaniu postanowień siwz nie jest możliwe ustalenie treści zobowiązania wykonawcy, które zostanie zawarte w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym prawidłowe przygotowanie oferty w postępowaniu. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający formułując postanowienia siwz, w szczególności opisując przedmiot zamówienia w Załączniku Nr 4 do siwz uczynił to w sposób umożliwiający wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty oraz obliczenie jej ceny.

6

Wbrew zarzutom odwołania w okolicznościach sprawy brak wymagania podania stawki za świadczone usługi w tym ceny połączeń do sieci własnej, sieci operatorów komórkowych oraz sieci stacjonarnych nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 Pzp. Zamawiający zastrzegł, że cena ofertowa jest niezmienna w całym okresie obowiązywania umowy a wykonawcy konkurować mają ilością minut w ramach wskazanego w poszczególnych abonamentach przedziału minut, nie zaś wysokością stawek za usługi telekomunikacyjne. Przy takim ukształtowaniu postanowień siwz chybione jest żądanie podania przez Zamawiającego, z jakiej daty cennik ma obowiązywać przy realizacji umowy – obowiązują ceny zawarte w ofercie i samodzielnie skalkulowane przez wykonawców dla potrzeb postępowania. Jak wielokrotnie podkreślała doktryna oraz orzecznictwo wykonawca formułując ofertę ma prawo do ukształtowania proponowanych warunków w sposób inny od powszechnie przez niego stosowanych, w tym również odmienny od upublicznionych na stronach internetowych.

Wbrew stanowisku Odwołującego się ponoszenie przez Zamawiającego wyłącznie opłat za połączenia głosowe w ramach abonamentu z zastrzeżeniem możliwości korzystania z innych usług bądź z połączeń głosowych przekraczających ilość minut ujętą w abonamencie przez użytkowników nie godzi w postanowienia Pzp oraz ustawy o finansach publicznych.

Przeciwnie, Zamawiający zastrzegł sobie, iż na realizację zamówienia wyda środki w zaplanowanej wysokości i przez zastrzeżenie „rozdzielności usług” wprowadził mechanizm chroniący go przed niekontrolowanymi wydatkami.

Trafnie podnosi Zamawiający, że sugerowanie sposobu realizacji „rozdzielności usług” mogłoby być poczytane za preferowanie wykonawców, którzy z tego sposobu korzystają i

naruszałby zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego a zawierający szerszy katalog usług niż te, za które zobowiązał się zapłacić Zamawiający, należy w ocenie Izby rozumieć w ten sposób, że wykonawca wymaga od wykonawców gotowości doświadczenia usług dla swoich pracowników, którzy mogą z nich skorzystać w zależności od indywidualnych potrzeb, natomiast zobowiązaniem Zamawiającego jest opłata abonamentowa za połączenia głosowe, co zostało w sposób jednoznaczny i logiczny zapisany w siwz. Nietrafnie wskazuje Odwołujący się na niezgodne z art. 32 ust. 1 Pzp oszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, że twierdzenie Zamawiającego w tym punkcie odnosi się do przewidywanych przez niego wydatków i zadośćuczynia wymaganiom Pzp.

Argumentacja Odwołującego się dotycząca naruszenia art. 3 ust. 1 oraz art. 2 pkt 12 i 13 Pzp nie może się ostać, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego w wyniku zakończenia badanego postępowania została zawarta między zamawiającym a wybranym wykonawcą i dotyczyć będzie jasno określonego przedmiotu. Nie budzi wątpliwości Izby, że

7

dopuszczalne jest zawarcie umów bezpośrednio między użytkownikami – pracownikami Zamawiającego oraz, że umowy te *ex definitione* nie będą podlegać przepisom Pzp. Warto nadto zważyć, że wobec stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, które nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego się, iż możliwe jest dostarczenie listy użytkowników, możliwość realizacji przez wykonawców uprawnień przyznanych im przepisami Prawa telekomunikacyjnego m.in. do weryfikacji możliwości płatniczych użytkowników, bądź zachowanie wymogu pisemności umowy (jeśli taką formę „rozdzielności usług” wybierze wykonawca) nie wydaje się być zagrożone. Na podkreślenie zasługuje również, że wobec treści pkt XVIII siwz p.n. „Istotne dla stron postanowienia umowy” Wykonawcom została pozostawiona znaczna sfera swobody w kształtowaniu w ramach porządku prawnego sposobu realizacji przez nich „rozdzielności usług” wymaganej przez Zamawiającego, w tym podnoszonych w odwołaniu kwestii, ile faktur miałby wystawiać wykonawca, jaki byłby termin płatności jego należności, stawek za usługi realizowane na rzecz użytkowników oraz sposobów przeliczania wartości minuty połączenia na SMS. Zatem nawet przy przyjęciu, że art. 3 ust. 1 oraz art. 2 pkt 12 i 13 Pzp mogą być samodzielną podstawą prawną zarzutu, to ich naruszenie w badanym postępowaniu nie nastąpiło. Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie uczestnictwa Zamawiającego w promocjach adresowanych do klientów biznesowych. Nie ma podstaw do przyjęcia, że wymaganie to uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty, gdyż rodzi niepewność co do treści zobowiązania wykonawcy. Za przekonujące uznała Izba stanowisko Zamawiającego, że oczekuje on uczestnictwa w promocjach do dnia 31.12.2008 roku, które znajduje oparcie w opisie przedmiotu zamówienia dokonane w Załączniku Nr 4 do siwz *ab initio*. Swoje ewentualne wątpliwości co do szczegółów realizacji tego wymagania powinien Wykonawca wyjaśnić zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, czego zaniechał.

Norma art. 144 ust. 1 Pzp nie zostałaby naruszona przez uczestnictwo Zamawiającego w promocjach, gdyż nawet przy przyjęciu, że skutkowałoby to koniecznością zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, to niewątpliwie umowa taka byłaby korzystna dla Zamawiającego. Zatem zmiana umowy dokonana w skutek korzystania z promocji zadośćuczyniłaby dyspozycji przepisu art. 144 ust. 1 Pzp.

Reasumując, żaden z zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia. Izba zważyła ponadto, że podnosząc zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący się nie wskazał na czym w istocie miałyby polegać złamanie zasady równości i uczciwej konkurencji, ani też twierdził swoich nie poparł żadnym dowodem, co winien był uczynić stosownie do art. 188 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby okoliczność, że wymagania Zamawiającego, jednakowe dla wszystkich wykonawców, są trudne do spełnienia lub na ich podstawie nie można przewidzieć poziomu

8

cen ofert innych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu, nie może stanowić dostatecznego uzasadnienia stawianych zarzutów.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

9

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego
w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

10