

WYROK
z dnia 17 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek
Członkowie: Barbara Bettman
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PL 2012 sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdynskie 4, 01-531 Warszawa** protestu z dnia 22 października 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** 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 uiszczanego przez **Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**,
- 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 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – PL 2012 sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych i modemów do odbioru internetu na potrzeby PL 2012 sp. z o.o. i Narodowego Centrum Sportu sp. z o.o.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11.10.2008r.

W dniu 22.10.2008r. protest dotyczący postanowień SIWZ złożył wykonawca Polkomtel Spółka Akcyjna. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał na zapisy SIWZ w pkt II.2 tj. na wskazanie, że podana ilość usług oraz dostaw jest ilością „szacunkową”. „Szacunkowo” podane zostały ilości 195 kart SIM w taryfie głosowej, 25 kart w taryfie głosowej z aktywną usługą typu Blackberry oraz 126 kart w taryfie przeznaczonej do pakietowej transmisji danych. W pkt 1.3 lit. b załącznika nr 1 do SIWZ zawarty został szacunek odnośnie dat, w których zostaną aktywowane poszczególne karty SIM, poprzez wskazanie ile kart SIM w konkretnych wymaganych taryfach zostanie aktywowanych w kolejnych kwartałach obowiązywania umowy, zawartej przez zamawiającego z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Protestujący wskazał następnie na treść pkt 2 lit. b załącznika nr 1 do SIWZ oraz na pkt 2 lit. g załącznika nr 1 do SIWZ podsumowując, że zastrzeżenie prawa do zamówienia ilości mniejszej – szacunkowo o 30%

w stosunku do planowanej łącznej ilości aktywacji oraz wskazanie, że usługi i dostawy urządzeń będą dokonywane sukcesywnie przez cały czas trwania umowy, a ich wielkość

2

w różnych okresach będzie różna i zależna od potrzeb zamawiającego – stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazano następnie, że poprzez określenie wyłącznie szacunkowej ilości usług oraz dostaw sprzętu, jak również poprzez wskazanie wyłącznie szacunkowego okresu, w którym poszczególne karty SIM będą aktywne w sieci wybranego wykonawcy, zamawiający znacznie utrudnia prawidłowe obliczenie rentowności ewentualnej umowy, a tym samym uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty. Wykonawca, chcąc zminimalizować ryzyko związane z ewentualnością zrealizowania przez zamawiającego wyłącznie minimalnej części wskazanego w SIWZ szacunku, byłby zmuszony do kalkulowania swojej oferty, w oparciu o założenie zrealizowania tylko minimalnej ilości kart SIM wskazanej w pkt 1.3 lit a załącznika nr 1 do SIWZ.

W dniu 27.10.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca – Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. Wniósł o uwzględnienie protestu i dokonanie modyfikacji SIWZ żądanych przez protestującego.

W dniu 29.10.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu, oddalając go jako bezzasadny.

W argumentacji wskazał, że podnoszone przez protestującego zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, wskazując maksymalne ilości – aktywacji oraz ilości minut rozmów, jakie mogą zostać wykonane w ramach realizacji przedmiotu umowy. Określenie „szacunkowe” wynikało z faktu, iż nie jest możliwe w horyzoncie 24 miesięcy precyzyjne określenie ilości połączeń i aktywacji, jakie zamawiający zrealizuje. Zamawiający określił również minimalną wielkość zamawianych usług poprzez informację o możliwości ograniczenia do 30% określonych w SIWZ. W ocenie zamawiającego protestujący w treści protestu wskazał, że przyjęty opis przedmiotu zamówienia jedynie utrudnia, a nie uniemożliwia prawidłowe obliczenie rentowności ewentualnej umowy. Zamawiający dodał ponadto, że przepisy Pzp nie nakazują opisywania przedmiotu zamówienia w sposób przerzucający ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie zamawianych usług z wykonawcy na zamawiającego i nie nakazują zamawiania ilości usług większej, niż rzeczywiste potrzeby.

W dniu 3.11.2008r. odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu wniósł Polkomtel S.A. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w taki sposób, aby nie naruszała przepisów Pzp, w szczególności poprzez usunięcie postanowień,

3

iż podana wielkość przedmiotu zamówienia ma charakter szacunkowy oraz przez nakazanie dokładnego i precyzyjnego wskazania liczby kart SIM w poszczególnych taryfach i dokładnego i precyzyjnego wskazania terminów aktywacji kart SIM.

W argumentacji wskazano, że wielkości dotyczące zakresu usług podane w SIWZ są szacunkowe a zamawiający zastrzegł sobie prawo do zamówienia mniejszego wolumenu aktywacji, niż wskazana w SIWZ. W ocenie odwołującego tak sporządzona specyfikacja oznaczała, że na podstawie umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania zamawiający będzie mógł aktywować 1 lub 2 karty SIM lub np. 20 albo 346 kart. Wskazano na treść § 1 ust. 15 załącznika nr 4 do SIWZ gdzie zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmiany ilości wyspecyfikowanych w załączniku nr 1 i załączniku nr 2 do SIWZ. Odwołujący wskazał ponadto na zapis z § 3 ust. 6 projektu umowy, z którego wynikało, że wykonawcy nie przysługuje prawo do roszczeń z tytułu niewykorzystania całości kwoty wartości umowy lub niewykorzystania ilości poszczególnych połączeń, uruchomienia aktywacji, zakupu aparatów telefonicznych określonych w załączniku nr 1 i 2 do SIWZ.

Ponieważ w specyfice rynku telekomunikacyjnego leży, iż operatorzy subsydują ceny sprzętu z opłat za usługi, więc dla należytego przygotowania korzystnej oferty zakres

zamówienia i czas jego trwania ma pierwszorzędne znaczenie. Działanie zamawiającego stanowi zatem przerzucenie na wykonawców ryzyka niewłaściwego szacunku dokonanego przed wszczęciem postępowania. Wskazano, że zamawiający na gruncie przepisów Pzp ma możliwość określenia ilości minimalnej, jaką będzie zamawiał, oraz ewentualne dodatkowe ilości, jakie zamówi.

Odwołujący zacytował następnie stanowisko wynikające z jednego z komentarzy do ustawy Pzp, na potwierdzenie swojej argumentacji i dodatkowo wskazał, że w interesie zamawiającego leży, aby jak najbardziej precyzyjnie określić przedmiot i zakres zamówienia, gdyż ma to bezpośredni wpływ na poziom cen zawartych w ofertach.

Wskazano na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.01.2008r. sygn. KIO/UZP/33/07 na okoliczność stwierdzenia konieczności wskazania minimalnej ilości lub wartości, którą zamawiający na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

4

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wraz z załącznikami zawiera opis przedmiotu zamówienia zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przepisu tego wynika, że 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. Zamawiający w niniejszym postępowaniu opisał przedmiot zamówienia na str. 3 głównej części SIWZ oraz str. 17-32 – załącznika nr 1, jak również w projekcie umowy wraz z załącznikami do niej. Opis ten jest dokładny i obszerny, odnosi się wprost do wielu możliwych aspektów zamówienia, zawiera jednak określenia takie jak „szacunkowa wielkość przedmiotu zamówienia”, „zamawiający szacuje...”. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił jednak wartość maksymalną zamówienia i zastrzegł sobie w treści SIWZ możliwość jej zmniejszenia – dotyczyło to zamówienia mniejszej ilości usług i dostaw oraz dokonywania zmian ilości usług oraz dostaw – vide cz. II pkt 2 SIWZ – str. 3 z 66. Jednocześnie w § 1 pkt 15 projektu umowy – str. 43 z 66 - wskazał, że zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany ilości usług wyspecyfikowanych w załączniku nr 1 i załączniku nr 2. Zapisy te w istocie – mogłyby powodować uzasadnione wątpliwości co do dostatecznej staranności w określeniu zakresu zamówienia – w tym przypadku minimalnej ilości zamawianych usług. Jednak zamawiający w pkt 2 lit. g Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – s. 22 z 66 zastrzegł sobie prawo do zamówienia mniejszej ilości aktywacji z kartą SIM „szacunkowo o 30% w stosunku do planowanej łącznej ilości aktywacji z kartami SIM”. Takie zapisy znalazły się również w załącznikach – nr 1 do umowy – w pkt 5 lit. k – str. 52 z 66 oraz w załączniku nr 2 do umowy – pkt 8 lit. o – str. 61 z 66. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przywołane zapisy SIWZ mają charakter szczegółowy w stosunku do deklaracji zawartych w cz. II pkt 2 SIWZ oraz w § 1 pkt 15 projektu umowy.

Określenie „szacunkowo o 30 %...” - odczytywane osobno, bez uwzględnienia okoliczności przedmiotowego postępowania - mogłoby być podstawą wątpliwości – w okolicznościach przedmiotowego postępowania, wskazuje jednak na ilości usług, które były planowane przez zamawiającego, tj. oszacowane przez niego na użytek niniejszego postępowania, przy uwzględnieniu jego potrzeb i możliwości w tym zakresie .

W podobny sposób należy również traktować określenia „szacunkowa wielkość przedmiotu zamówienia” i „zamawiający szacuje...” – wynikają one ze sposobu, w jaki zamawiający opisał przedmiot zamówienia – tj. na podstawie planu zatrudnienia osób, na rzecz których zamawiane usługi będą świadczone. Argumentem przekonującym w tej kwestii jest okoliczność, iż zamawiający jest podmiotem nowym, którego działalność ma dopiero się rozwinąć, stąd też wyznaczając zakres maksymalny i minimalny zamówienia opierał się on na dokonanym przez siebie szacunku swoich potrzeb. Zamawiający oszacował ilości usług i urządzeń w sposób dokładny – jednoznaczny i precyzyjny, uwzględniając jednak

5

okoliczność, iż jest to podmiot nowy i jego struktury personalne są nadal w rozwoju oraz specyfikę świadczonych usług zamawiający mógł zastrzec sobie możliwość zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia w stosunku do określonej przez siebie wielkości maksymalnej. Określona granica minimalnych zakupów została jednak przez zamawiającego określona w sposób nie stojący w sprzeczności z postanowieniami art. 29 ust. 1 ustawy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej określenia te w stosunku do wykonawców nie powodują możliwości przekroczenia minimalnego progu możliwości odstąpienia od zakresu zamówienia – tj. nie ma niebezpieczeństwa, że zamawiający w trakcie realizacji zamówienia zmniejszy jego zakres o więcej niż 30%, co zamawiający potwierdził na rozprawie. Przyjmując taką argumentację zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że minimalny próg wartości zamówienia został określony. W związku z powyższym – wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mają możliwość oszacowania ilości urządzeń i aktywacji, jakie zamawiający zamówi w okresie trwania umowy – tj. minimalnie 70% wielkości maksymalnej określonej przez zamawiającego. Tym samym mają oni wystarczającą podstawę do kalkulacji oferty i uwzględnienia ryzyka w cenie ofertowej zamówienia wszystkich aktywacji w okresie trwania umowy. Uwzględniając powyższe – Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje na bezzasadność argumentacji odwołującego opartej o możliwość dowolnej zmiany przez zamawiającego ilości zamawianych usług.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

6

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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*

7