

Sygn. akt: KIO 141/12

WYROK
z dnia 2 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

przy udziale:

- A. Wykonawcy **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. Wykonawcy **Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Telekomunikacji Polskiej S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150; 02-642 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie dostępu do sieci publicznej oraz transmisji danych - uruchomienie prefiksu 47 w sieci telekomunikacyjnej administracji państwowej” w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 13 stycznia 2012 roku pod numerem 2012/S 8-012208.

Dnia 23 stycznia 2012 roku wykonawca Telekomunikacja Polska S.A, ul. Twarda 18; 00-105 Warszawa (zwany dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z „Planem numeracji krajowej dla publicznych sieci telefonicznych”, określonym w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 1 czerwca 2011 r. w sprawie planu numeracji krajowej dla publicznych sieci telefonicznych (Dz. U. Nr 131, poz. 765), poprzez samodzielne wydzielenie przez Zamawiającego z przydzielonej numeracji, części przeznaczonej na zakres numeracji mobilnej, bez odpowiednich uzgodnień z właściwym ministrem oraz Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
- 2) art. 29 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez określenie wymogu, że wszelkie sprawy formalne, techniczne i organizacyjne związane z wdrożeniem oraz uruchomieniem numeracji AB=47 spoczywają na wykonawcy, a przez to uniemożliwienie należytego skalkulowania oferty ze względu na brak informacji dotyczącej przychodów z tytułu zakończenia połączeń do sieci AB=47,
- 3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przewidzenie możliwości odstąpienia od umowy w przypadku przerwy w świadczeniu lub nienależytym świadczeniu usług bez określenia liczby dni przerwy, po upływie których Zamawiający może odstąpić od umowy,
- 4) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp, w związku z 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez zawarcie postanowienia, w myśl, którego podstawą wystawienia faktury jest comiesięczny protokół odbioru usług, co stanowi wymóg nadmierny i niezasadniony potrzebami Zamawiającego, a nadto naruszający zasadę równości stron umowy cywilnoprawnej.

Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu, aby wystąpił do UKE o przydział numeracji ruchomej, a następnie do właściwego ministra o wydanie nowego rozporządzenia w sprawie Planu Numeracji Krajowej uwzględniającego te zmiany.
2. Nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, aby wszelkie sprawy formalne związane z podziałem numeracji na część mobilną i stacjonarną, a także rozliczeń stosowanych do tych sieci obciążały Zamawiającego, a w dalszej konsekwencji, aby Zamawiający podał, jakie stawki interkonektowe będą naliczane z tytułu połączeń do sieci AB=47.
3. Nakazanie Zamawiającemu, aby podał liczbę dni przerwy w świadczeniu usług lub nienależytego świadczenia usług, po których będzie mu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy.
4. Nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowienia § 4 ust. 8 wzoru umowy.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 23 stycznia 2012 roku.

Zamawiający, dnia 24 stycznia 2012 roku zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,
- Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutów Nr 1 i 2 Izba stwierdziła, że są one bezzasadne.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w załączniku Nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) podał:

- w rozdziale 2 „Dostęp do sieci stacjonarnej PSTN” w ust. 2.2 pkt 6 Zamawiający wskazał na zakres numeracji dla usług stacjonarnych PNK +48 474000000 - +48 475999999 - numeracja na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 1 czerwca 2011 r.;
- w rozdziale 3 „Świadczenie usług telefonii komórkowej” w ust. 3.2 pkt 4 Zamawiający wskazał na numerację dla usług telefonii komórkowej +48 470500000 - +48 470599999 - numeracja na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 1 czerwca 2011 r.;
- w rozdziale 4 „Świadczenie usług transmisji danych w sieci telefonii komórkowej GSM w ust. 4.2 pkt 8a wskazał na numerację dla usług transmisji danych w sieci komórkowej GSM +48 470600000 - +48 470699999 - numeracja na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 1 czerwca 2011 r.;
- w rozdziale 5 „Dostęp do sieci Internet w sieci komórkowej GSM” w ust. 5 pkt 7a wskazał na numerację dla usług dostępu do sieci Internet w sieci komórkowej GSM +48 470700000 - +48 470799999 - numeracja na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 1 czerwca 2011 r.

W ocenie Izby z przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 1 czerwca 2011 roku w sprawie planu numeracji krajowej dla publicznych sieci telefonicznych, w odniesieniu do wyróżnika sieci WST AB=47, nie wynika jakoby wyróżnik ten przypisany został jedynie do sieci stacjonarnej.

W przedmiotowym rozporządzeniu Minister Infrastruktury w przypadkach, w których widział konieczność określenia sieci z podziałem na stacjonarną bądź ruchomą (mobilną), dokonał stosownego rozróżnienia, np. sieć stacjonarna dla wskaźnika strefy numeracyjnej WSN np. AB= od 12 do 18, czy AB= od 41 do 44, odmiennie zaś dla sieci ruchomej (mobilnej) np. AB= 50, 51, 53 czy 60.

Skoro zatem właściwy minister dla wyróżnika AB=47 takiego rozróżnienia nie wskazał oznacza, iż obejmuje ono zarówno sieci stacjonarne jak i ruchome. Powyższe twierdzenie wynika również z Decyzji Nr DTT-TN/468/2011 Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji z dnia 20 grudnia 2001 roku, w której to decyzji nie zostało wskazane ani też zastrzeżone, aby przyznany MSWiA wyróżnik sieci WST AB=47 mógł być używany jedynie w sieciach stacjonarnych. Jedynym zastrzeżeniem wynikającym z przedmiotowej decyzji jest zastrzeżenie, co do liczby cyfr, z których ma się składać numer.

Odwołujący bezpodstawnie wskazuje na brak możliwości skonstruowania ceny ofertowej z powodu braku wiedzy, według jakich stawek będzie pobierał opłaty od innych operatorów. W ocenie Izby to nie na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazywania, jakie opłaty, w jakiej wysokości będą obowiązywały operatorów w przypadku rozliczania połączeń interkonektowych. Odwołujący, jak i pozostali operatorzy, w tym Przystępujący są uczestnikami rynku usług telekomunikacyjnych od przynajmniej kilkunastu lat (w Polsce) i doskonale znają realia związane z tego typu usługami, jak i sposobem ich rozliczania. Ponadto wskazać należy, że już od dnia opublikowania Ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia operatorzy wiedzą, jaki zakres numeracji będzie przyporządkowany do sieci stacjonarnej, a jaki do ruchomej. Kwestia uzgodnień taryfy rozliczeniowej pozostaje więc po stronie wykonawców (operatorów) i nie może zostać niejako narzucona przez Zamawiającego, gdyż może być krzywdząca dla którejś ze stron i może nie przewidywać wcześniej przyjętych norm współpracy pomiędzy operatorami.

Powyższe statuuje prawo do uznania, iż podział numeracji dokonany przez Zamawiającego, z zakresem odpowiednio dla sieci stacjonarnej i ruchomej został dokonany zgodnie z przepisami, a zarzuty Odwołującego Nr 1 i 2 są niezasadne.

Zarzut Nr 3 odwołania, Izba uznała za zasadny.

Zamawiający w § 6 ust. 3 i § 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (IPU) wskazał, że przewiduje możliwość odstąpienia od umowy w przypadku przerwy w świadczeniu usług lub nienależytego świadczenia usług przez określoną liczbę dni. Zamawiający nie określił liczby dni, po których może odstąpić od umowy, pozostawiając miejsce na wpisanie określonej wartości.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony, powyższą możliwość pozostawia do rozstrzygnięcia po wyborze oferty najkorzystniejszej, na etapie podpisywania umowy.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, kwestie ustalenia terminu, po którym Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy wchodzi w zakres oceny ryzyka i kosztów z tym związanych. Ponadto w przypadku braku porozumienia stron, Zamawiający może, teoretycznie z wykonawcą, który złożył ofertę korzystnie ekonomiczną, nie podpisać umowy, z uwagi na rozbieżne stanowisko stron, co do określenia kwestionowanego terminu.

Zdaniem Izby, każdy z wykonawców winien znać ryzyko i dlatego też Zamawiający zobowiązany jest do dokonania modyfikacji treści wzoru umowy (IPU) poprzez wskazanie terminu, którego wypełnienie skutkować będzie rozwiązaniem umowy.

Jako, że Odwołujący w odwołaniu, jak również na rozprawie nie wskazał, jaki termin byłby dla niego satysfakcjonujący, Izba pozostawiła Zamawiającemu, pod arbitralną decyzję określenie liczby dni, po których Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo odstąpienia od umowy.

Zarzut Nr 4 odwołania, Izba uznała za zasadny.

Zarzut jest zasadny, gdyż w ocenie Izby kwestionowane postanowienia wzoru umowy powodują niepotrzebne utrudnienia, jak i wzrost kosztów po stronie wykonawców, bez wpływu na jakość przedmiotową oferty. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż protokół wg. załącznika Nr 12 jest sporządzany w 1 egzemplarzu, gdyż zgodnie z § 4 ust. 5 wzoru umowy (Istotnych Postanowień Umowy), poszczególnymi Zamawiającymi są instytucje określone w załączniku Nr 3 do umowy, tj. 397 jednostek. Zgodnie z § 4 ust. 8 IPU – podstawę do wystawienia faktury VAT będzie stanowił podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego i wykonawcy miesięczny protokół odbioru usługi wg. załącznika Nr 12.

Izba nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 4 IPU ust. 8, gdyż w ocenie Izby wymóg postawiony przez Zamawiającego jest nadmierny, niedający Zamawiającemu żadnych wymiernych efektów ekonomicznych, prawnych czy gospodarczych. Ponadto Zamawiający nie określił żadnej procedury reklamacyjnej w przypadku braku zgodności, co do treści protokołu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, Izba uznając za zasadne zarzuty odwołania Nr 3 i 4 stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 141/12

Uzasadnienie

.....
.....
.....
.....

Przewodniczący: