

Sygn. akt: KIO/UZP 742/08

WYROK
z dnia 31 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polską Telefonię Komórkową Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową 4198, 00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9/13** protestu z dnia 03 lipca 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie w przedmiocie zamówienia publicznego na usługę telefonii komórkowej i dostępu do Internetu bezprzewodowego wraz z dostawą telefonów komórkowych i kart modemowych nr 20/2008,

2. kosztami postępowania obciążyć Jednostkę Wojskową 4198, 00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9/13 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 **Polską Telefonię Komórkową Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Jednostkę Wojskową 4198, 00-909**

Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9/13 na rzecz **Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 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 **Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę telefonii komórkowej i dostępu do Internetu bezprzewodowego wraz z dostawą telefonów komórkowych i kart modemowych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE nr 2008/S 119–158480 z 20.06.2008 r.), w dniu 4 lipca 2008 r. został złożony protest a następnie odwołanie przez Polską Telefonię Komórkową Centertel Sp. z o.o. z Warszawy.

Protest został wniesiony na ogłoszenie oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 20 czerwca 2008 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu – Jednostce Wojskowej nr 4198 z Warszawy naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655):

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek sprzecznego z ustawą określenia warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ustawy przez niezgodne z ustawą postawienie wymogu dostarczenia oznaczonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 29 ust. 2, art. 82 i art. 140 przez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - opisanie wymaganych cech aparatu telefonicznego przez podanie nazwy produktu,
 - wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą

- konkurencję, niejednoznacznie, nie podanie wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty,
- wskutek wprowadzenia przez Zamawiającego możliwości zakupu usług nie określonych w ofercie wykonawcy.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego i brak możliwości złożenia oferty na warunkach określonych w wadliwej specyfikacji.

Uzasadnienie zarzutów Odwołującego przedstawiało się następująco.

1. W zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp, a także w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z 12 października 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej (Dz. U. nr 207, poz. 1736), oraz którzy wniosą wadium. Zdaniem Odwołującego warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp mają charakter wyczerpujący i nie jest dopuszczalne ustanawianie jakichkolwiek innych.

Żądanie wniesienia wadium o ocenie Odwołującego nie powinno stanowić warunku udziału w postępowaniu. Opis warunków udziału zawarty w § 3 SIWZ został rozszerzony w stosunku do podanych w ogłoszeniu, ponieważ oprócz wyżej wskazanych Zamawiający wymagał:

- akceptacji terminu płatności w ciągu 30 dni od dostarczenia oryginału faktury,
- akceptacji wykonania usługi na podstawie opisu przedmiotu zamówienia,
- 24 miesięcznego terminu wykonania usług od dnia rozpoczęcia ich świadczenia do Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Powietrznych w Warszawie,
- udzielenia minimum 24 miesięcznej gwarancji na aparaty GSM (z bateriami) i modemy.

2. W zakresie żądanych dokumentów.

Wymaganie w § 11 ust. 2 SIWZ kopii aktualnej umowy ramowej, o której mowa w powołanym wyżej rozporządzeniu z dnia 12 października 2005 r., zawartej z Ministrem Obrony Narodowej w ocenie Odwołującego jest nieuprawnione. Wykracza poza katalog dokumentów określonych przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605). Zdaniem Odwołującego powołane rozporządzenie MON z 12.10.2005 r. reguluje wykonywanie działalności telekomunikacyjnej przez określone jednostki Sił Zbrojnych, a nie dotyczy operatorów telefonii komórkowej i nie ma zastosowania do zawierania przez Zamawiającego

umów o świadczenie usług przez innych operatorów telekomunikacyjnych. Dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków przez oferowane usługi, zostały podane w SIWZ razem z dokumentami na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

3. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

- a) w punkcie II.2 zał. Nr 1 do SIWZ właściwości aparatów telefonicznych, podano nazwę aparatu „Nokia.” Opisanie przedmiotu zamówienia przez użycie nazwy producenta i nazwy produktu, stanowi naruszenie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- b) w załączniku nr 1 do SIWZ pkt V Zamawiający wymaga aby koszty przeniesienia numerów, nie będących własnością wykonawcy zostały uwzględnione w cenie oferty. W przekonaniu Odwołującego obowiązek poniesienia przez wybranego wykonawcę kosztów zmiany operatora prowadzi do sytuacji, w której dotychczasowy operator będzie w stanie złożyć ofertę bardziej korzystną z uwagi na nie poniesienie kosztów związanych z przeniesieniem numerów telefonicznych, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji i zarazem stwarza warunki preferencyjne dla obecnego operatora,
- c) w § 17 wzoru umowy Zamawiający żąda aby wykonawca w ofercie przedstawił pełen cennik świadczonych pozostałych usług telekomunikacyjnych, ale nie podał opisu usług, które mają się znaleźć w tym cenniku. Może to spowodować, że wykonawcy opiszą różny zakres usług, co skutkować będzie nie porównywalnością ofert, a cena oferty zostanie wyliczona tylko w oparciu o elementy kalkulacyjne wskazane przez Zamawiającego.
- d) w § 7 pkt 3 wzoru umowy i pkt V zał 1 do SIWZ – Zamawiający wymaga umożliwienia mu blokady rozmów wychodzących, nie podaje w jakich okolicznościach będą stosowane, czy zmniejszą ilość usług świadczonych przez wykonawcę. W § 15 wzoru umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo bezwarunkowej cesji praw do numerów,
- e) wzór umowy w § 7 pkt 6 wymaga zobowiązania się wykonawcy do świadczenia wszelkich dostępnych usług telefonii komórkowej do wszystkich pakietów kwotowych, zatem zakres usług nie został ściśle określony.

Odwołujący wniósł o dokonanie zmian kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub o unieważnienie postępowania, w przypadku gdyby zmiany nie były dopuszczalne przepisami Prawa zamówień publicznych.

Pismem z dnia 11 lipca 2008 r., doręczonym 14 lipca 2008 r. Zamawiający odrzucił protest, na tej podstawie, że został podany numer referencyjny nadany postępowaniu 56/2007, natomiast postępowanie toczy się pod numerem 20/2008.

W odwołaniu wniesionym w dniu 18 lipca 2008 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskiem o ich merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący alternatywnie wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia protestu oraz o nakazanie Zamawiającemu rozstrzygnięcia protestu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami umowy ramowej zawartej między Odwołującym a MON, informacji o wyborze oferty Odwołującego w postępowaniu nr 17/PN/2008.

Nadto rozważył stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Zgodnie z postanowieniami sekcji IV.3.8 Ogłoszenia i § 16 SIWZ, termin składania ofert w tym postępowaniu został wyznaczony na 30 lipca 2008 r. Pismem z dnia 25 lipca 2008 r. Zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 12 sierpnia 2008 r., zatem możliwa była ocena zarzutów Odwołującego zarówno w aspekcie zmian w SIWZ jak i podstaw unieważnienia postępowania.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdza, że przepisy art. 183 ust. 1 i 2 Pzp wprawdzie nakładają obowiązek rozstrzygnięcia protestu. Jednakże brak rozstrzygnięcia protestu jak stanowi art. 183 ust. 3 Pzp jest równoznaczny z jego oddaleniem. Z tych względów Krajowa Izba Odwoławcza nie może nakazać Zamawiającemu merytorycznego rozpatrzenia protestu. Brak rozpatrzenia protestu w terminie ustawowym, bądź bezzasadne odrzucenie protestu z przyczyn formalnych, otwiera wykonawcy drogę do odwołania i wnioskowania o merytoryczne rozpatrzenie zarzutów przez Izbę.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie podzielił stanowiska Zamawiającego, ażeby zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania z tej tylko przyczyny, że Odwołujący błędnie podał numer referencyjny nadany sprawie to jest 56/2007 zamiast 20/2008 r., nawet gdy specyfikacja wymagała aby wszelka korespondencja powoływała się na właściwe oznaczenie przetargu. W treści protestu został wskazany prawidłowy numer ogłoszenia o

zamówieniu, prawidłowa data opublikowania SIWZ, zatem wystarczające czynniki, pozwalające zidentyfikować postępowanie, którego dotyczył protest.

Wobec zarzutów Odwołującego zawartych w proteście, podtrzymanych w całości w odwołaniu i na rozprawie Zamawiający zajął następujące stanowisko.

Ad 1. Podstawę dla żądania dokumentów uprawniających do wykonywania usług jest art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, mówiący o uprawnieniach do wykonywania działalności. Rozporządzenie MON z 12 października 2005 r. zostało wydane na podstawie art. 5 prawa telekomunikacyjnego, w którym Min Obrony Narodowej został upoważniony do wydania rozporządzenia określającego szczegółowe warunki wykonywania działalności telekomunikacyjnej, o której mowa w art. 4 pkt 1 prawa telekomunikacyjnego. Z kolei w art. 4 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego wskazuje się komórki organizacyjne i jednostki organizacyjne podległe MON, lub przez niego nadzorowane – dla własnych potrzeb. Paragraf 9 ust. 1 pkt 1 podanego rozporządzenia przewiduje zawieranie umów ramowych z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, wskazanymi z w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2007 w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym w sprawach:

- a. połączeń sieci,
- b. udostępniania łączy, traktów analogowych i kanałów cyfrowych telekomunikacyjnej sieci użytku publicznego do budowy wojskowego systemu telekomunikacyjnego i jego rozbudowy,
- c. współpracy służb technicznych w zakresie eksploatacji urządzeń telekomunikacyjnych oraz przepływu informacji w celu zapobiegania i minimalizacji skutków awarii.

Zamawiający powołał się na § 2 umowy ramowej zawartej z Odwołującym w dniu 19 marca 2003 r., aneksem przedłużonej do 18 marca 2009 r., gdzie mówi się, że umowa ta umożliwia zawieranie umów szczegółowych dotyczących m.in. świadczenia usług telekomunikacyjnych i świadczenia usług telefonicznych. W ust. 4 tegoż § 2 postanawia się, że warunki i zakres usług wymienionych w ust. 1 określać będą szczegółowo umowy zawierane pomiędzy PTK Centertel, a poszczególnymi jednostkami MON.

Zamawiający przyznał, że przedmiot zamówienia jest objęty odrębnymi kodami CPV, czyli, że w zakres podanego kodu CPV na usługi telefonii komórkowej nie wchodzi zakup telefonów komórkowych, jednakże stwierdził, że jeżeli zakupi usługę razem z telefonem od wybranego operatora, to uzyska lepsze warunki cenowe.

Ad 2. Zamawiający podniósł, że w ogłoszeniu zawarł wszystkie informacje wymagane art. 41 Pzp, natomiast w specyfikacji zostało to doprecyzowane. Zdaniem Zamawiającego miał prawo podać wymagania odnośnie wadium, akceptacji terminu płatności, akceptacji usługi

na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oraz udzielenia minimum 24 miesięcznej gwarancji na aparaty. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że dokonał jakiegokolwiek modyfikacji warunków udziału w postępowaniu czy warunków świadczenia usługi, a ponadto podniósł, że przyjęta systematyka jest prawidłowa i nie narusza przepisów Pzp. Podkreślił, że miał prawo żądać wniesienia wadium, a jeżeli wadium nie zostało by wniesione, to skutkowałoby to wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zatem jest związek pomiędzy wadium a udziałem w postępowaniu.

Ad 3.

a) Odnosząc się do zarzutu podania konkretnej nazwy aparatu Nokia z zaznaczeniem, że dopuszcza się aparat równoważny o parametrach równych lub lepszych, to Zamawiający podniósł, że tylko przykładowo podał nazwę, natomiast nie żąda, żeby przedmiotem oferty był akurat aparat Nokia. Właściwości, cechy techniczne i parametry graniczne zostały opisane w zał. nr 1 do specyfikacji. Telefon komórkowy Nokia jest powszechnie dostępny i znany. W ocenie Zamawiającego każdy z operatorów telefonii komórkowej taki model telefonu oferuje. Zamawiający oświadczył, że według jego rozeznania łączne parametry i właściwości podane dla wymienionych modeli Nokii spełniają również aparaty produkcji Motorola i Sony Ericsson.

b) W odniesieniu do skalkulowania w koszcie oferty kosztów związanych z migracją numerów Zamawiający przyznał, że gdyby wybrać operatora dotychczasowego dla wykonywanego zamówienia, to faktycznie znajdzie się on w uprzywilejowanej pozycji, ale gdyby był wybrany inny operator to po okresie umowy, w przypadku wybrania następnego operatora, również i on będzie miał prawo do opłaty za przeniesienie numerów. Właścicielem numeru stanie się wybrany wykonawca, zatem będzie miał możliwość odzyskania tych opłat w związku z dalszą migracją numerów.

c) Odnośnie zarzutu, że Zamawiający wymaga przedstawienia pełnego cennika usług, Zamawiający podniósł, że w cenach abonamentów skalkulował usługi podstawowe za: połączenia wewnątrz sieci wykonawcy, połączenia wewnątrz sieci firmowej, połączenia do pozostałych sieci komórkowych, połączenia do sieci stacjonarnych, cenę transmisji 100 kB danych dostępu do Internetu, cenę za 1 SMS-a, cena za jednego MMS-a. Zamawiający chciałby mieć możliwość korzystania z innych usług danego wykonawcy, np. połączeń międzynarodowych - roamingu itp., na podstawie osobnych zleceń i za osobną odpłatnością. Usługi takie będą uruchamiane przez wybranego operatora zgodnie z jego cennikiem. Zamawiający podniósł, że te dodatkowe usługi nie wchodzą w opis przedmiotu zamówienia i nie są w żaden sposób oceniane w wyborze oferty. Podał, że operatorzy posiadają cenniki, ponieważ świadczą w tym zakresie usługi ogólnodostępne.

d) Odnośnie zarzutu, bezprawnej gwarancji możliwość blokady rozmów wychodzących. Zamawiający podniósł, że w ramach ustalonych abonamentów kwotowych miesięcznych,

obowiązany jest kwotę abonamentu zapłacić niezależnie od zakresu wykorzystania i gdyby nawet zablokował ileś telefonów na określone rozmowy wychodzące, to i tak zapłaci pełne koszty zakontraktowanych abonamentów i nie dojdzie do zmniejszenia zakresu usługi. Zamawiający podniósł, że w ofercie ogólnodostępnej też jest możliwość blokowania połączeń na określone numery i każdy z operatorów posiada taką opcję.

Dalej wyjaśnił, że dostępność cesji numerów jest mu niezbędna z uwagi na to, że są to numery pozostające w gestii ogólnej Sił Zbrojnych, natomiast płatnikami są różni dysponenci środków budżetowych. W ramach oddelegowań, czy reorganizacji użytkownicy tych numerów mogą zmieniać siedzibę jednostki. Zamawiający przyznał, że przeniesienie numeru telefonu również jest przewidziane na osoby fizyczne. Stwierdził, iż w tym przypadku z samego określenia cesji wynika, że osoba taka wstępuje w prawa i obowiązki Zamawiającego i będzie zobowiązana kontynuować korzystanie z usługi do końca okresu zawarcia umowy. Dalsze korzystanie z preferencyjnej taryfy na połączenia wewnątrz sieci firmowej, nie powinno spowodować istotnego uszczerbienia dochodów operatora.

d) Zamawiający podkreślił, że zakres usług abonamentowych został zdefiniowany, w sposób możliwy dla sporządzenia oferty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Do Ad. 1. Przedłożony przez Zamawiającego dowód z umowy ramowej między MON a Odwołującym, o której mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 przywołanego rozporządzenia MON z dnia 12 października 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej, nie podaje jednoznacznie zakresu usług telekomunikacyjnych, czy telefonicznych, które na tej podstawie mogą być świadczone. Odwołujący, jako strona tej umowy kwestionuje, że przedmiot zamówienia (usługi telefonii komórkowe i dostępu do Internetu) są objęte przedmiotową umową. Nie stanowi jednoznacznego dowodu potwierdzenie, że w innym postępowaniu 17/PN/2008 Odwołujący nie kwestionował warunków przetargu, gdy Odwołujący konsekwentnie utrzymuje, że umowy ramowe dotyczą świadczenia usług wewnątrz systemu sieci łączności wojskowej. Rolą Krajowej Izby Odwoławczej nie jest rozstrzygnięcie sporów na tle wykonywania umów cywilno – prawnych, gdyż w tym zakresie zachodzi wyłączna kognicja sądów powszechnych, której umowa nie wyłącza.

Przetargów na usługi telekomunikacyjne dla jednostek organizacyjnych Sił Zbrojnych RP z procedur zamówień publicznych nie wyłącza też przepis art. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołane rozporządzenie MON zostało wydane z delegacji art. 5 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171, poz. 1800 ze zm.), który to przepis upoważnia Ministra Obrony Narodowej do określenia w drodze rozporządzenia szczegółowych

warunków wykonywania działalności telekomunikacyjnej, o której mowa w art. 4 pkt. 1 i 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, a zatem przez komórki organizacyjne i jednostki podległe Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowane w zakresie działalności telekomunikacyjnej oraz używania urządzeń radiowych dla własnych potrzeb.

Paragraf 5 wymienionego rozporządzenia stanowi, że wojskowy system telekomunikacyjny zapewnia wykonywanie działalności telekomunikacyjnej w sposób ciągły poprzez wykorzystanie sieci telekomunikacyjnych własnych i innych działów administracji rządowej a także sieci przedsiębiorców telekomunikacyjnych na podstawie umów czy decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W § 9 rozporządzenia przewidziano, że organizator wojskowego systemu telekomunikacyjnego zawiera umowy ramowe i szczegółowe z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi wskazanymi w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z 9 listopada 2007 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo – obronnym (Dz. U. nr 214 poz. 1571) w sprawach:

- a) połączeń sieci (budowy punktów styku sieci),
- b) udostępniania łączy, traktów analogowych i kanałów cyfrowych w telekomunikacyjnej sieci użytku publicznego do budowy i rozbudowy elementów wojskowego systemu telekomunikacyjnego,
- c) współpracy służb technicznych w zakresie eksploatacji urządzeń telekomunikacyjnych oraz przepływu informacji w celu zapobieżenia i minimalizacji skutków awarii.

Zatem przepisy powyższe stanowią upoważnienie ustawowe do zawierania umów ramowych ze wskazanymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 9 listopada 2007 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo – obronnym operatorami, gdzie między innymi pod pozycją 166 załącznika figuruje Odwołujący, ale w zakresie ściśle oznaczonym. Paragraf 11 rozporządzenia z 12 października 2005 r., który zezwala na zawieranie umów szczegółowych wyłącznie z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, z którymi organizator wojskowego systemu telekomunikacyjnego zawarł umowy ramowe odnosi się do zakresu upoważnienia cytowanego wyżej i podanego w § 9 rozporządzenia MON z 12 października 2005 r.

Gdyby nawet uznać, że usługi telekomunikacyjne wszelkiego typu też wchodzą w zakres wymienionych umów ramowych, to bez wątplenia nie wchodzi w zakres tych zamówień zakup telefonów komórkowych i modemów. Nie jest dozwolone takie konfigurowanie przedmiotu zamówienia aby wyłączyć spod działania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych rzeczy, które powinny być nabywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybach konkurencyjnych. Zamawiający rozpiął przetarg nieograniczony, a więc adresowany do nieoznaczonego kręgu wykonawców, czym zaprzecza swoim twierdzeniom, że na dany przedmiot zamówienia - usługi telefonii komórkowej, dostępu do

Internetu bezprzewodowego, wraz z dostawą telefonów i modemów mógł zawrzeć umowy tzw. szczegółowe, o których mowa w § 11 rozporządzenia MON z dnia 12 października 2005 r. jedynie z przedsiębiorcami, stronami umów ramowych z MON. Wówczas umowy szczegółowe mogły by być zawierane jedynie przez złożenie ofert przez wykonawców, stron umów ramowych o czym stanowi art. 101 ust. 2 Pzp. Przedmiot zamówienia został opisany odrębnymi kodami CPV 642112000-5 i CPV 32250000-0. Dla świadczenia usług telefonii komórkowej dostępu do Internetu bezprzewodowego nie jest konieczne jednoczesne zakupienie aparatów telefonicznych od dostawcy usług. Zamawiający przewidział też w § 6 SIWZ zamówienia uzupełniające tak w zakresie dodatkowych pakietów kwotowych usług, jak i zakupu sprzętu.

Usługi telefonii komórkowej, dostępu do Internetu bezprzewodowego i dostawy telefonów komórkowych jest w stanie zapewnić wielu przedsiębiorców, działających w tym obszarze. Zatem zawężanie kręgu podmiotów, które są zdolne wykonać przedmiotowe zamówienie bez wykazania dostatecznych ku temu podstaw prawnych i faktycznych, także związanych z ochroną interesów obronnych Państwa nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów ani nie wskazał podstaw prawnych, że dostawę telefonów komórkowych może wykonać tylko podmiot, który ma zawartą umowę ramową z MON, które dawało by Krajowej Izbie Odwoławczej podstawę do przyjęcia, iż jest to szczególny rodzaj reglamentowanej działalności, a więc Zamawiający mógł ograniczyć dostęp do zamówienia do tych wykonawców, którzy wykażą się stosownymi uprawnieniami i dokumentami, czego podstawę stanowią przepisy art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 25 Pzp i przepisy § 1 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Nie jest tu argumentem rozstrzygającym, że w sprzedaży pakietowej telefony sprzedawane są taniej.

Wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, o którym mowa w art. 10 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego jest dla świadczenia usług telekomunikacyjnych wymagany, jako działalności regulowanej, ale i dostępny dla przedsiębiorców, którzy nie mają zawartych umów ramowych z MON.

Z przedstawionych względów zarzut Odwołującego ustalenia nieprawidłowych warunków udziału, w zakresie wymagań aby wykonawca był stroną umowy ramowej z MON i przedłożył wymienioną umowę Izba uznała za trafny.

Skład orzekający Izby nie podzielił natomiast stanowiska Odwołującego, że nie dozwolone było żądanie akceptacji przez złożenie stosownego oświadczenia przez wykonawcę; terminu płatności w ciągu 30 dni od dostarczenia oryginału faktury, wykonania usługi na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, 24 miesięcznego terminu wykonania usług od dnia rozpoczęcia ich świadczenia do Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Powietrznych

w Warszawie, udzielenia minimum 24 miesięcznej gwarancji na aparaty GSM (z bateriami) i modemy. Wymagania takie znajdują uzasadnienie w przepisach art. 25 Pzp i nie jest istotne, że zostały zawarte w części SIWZ opisującej wymagania czy dokumenty podmiotowe.

Bezsprzecznie wymagania odnoszą się do przedmiotu zamówienia, sposobu spełnienia świadczenia nie musiały znaleźć się w ogłoszeniu, którego zawartość podaje art. 41 Pzp. Ich określenie w SIWZ nie stanowi niedopuszczalnej modyfikacji i rozszerzenia warunków podanych w ogłoszeniu.

Do Ad 2. Zarzut Odwołującego sprowadza się do naruszenia przez Zamawiającego prawidłowej systematyki i umieszczenia w sekcji III.2.1 ogłoszenia oraz w § 3 SIWZ wymagań, oświadczeń i dokumentów, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału i dokumentów stricte odnoszących się do przedmiotu zamówienia, czy też obowiązku wniesienia wadium. W ocenie składu orzekającego Izby, oprócz naruszenia formalnej systematyki, taki opis nie czyni istotnej wady postępowania, wymagającej korekty specyfikacji bądź unieważnienia postępowania. Brak wymaganych dokumentów powoduje skutek wykluczenia z postępowania stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a brak wniesienia wadium eliminuje wykonawcę przez wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Finalnym rezultatem wykluczenia wykonawcy postępowania zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp jest również odrzucenie oferty.

W ocenie Izby, istotna jest nie tyle okoliczność w jakiej części SIWZ i ogłoszenia wymieniony został wymagany dokument, ale czy ogóle były podstawy do żądania przedłożenia dokumentu, czy wykazania przez wykonawcę spełnienia opisanych warunków udziału, bądź przez oferowane usługi i dostawy oznaczonych parametrów oraz czy opis jest wystarczająco jasny i precyzyjny. Podniesione uchybienia można zatem oceniać w kategoriach porządkowych – formalnych, a nie merytorycznych. Zarzut nie znajduje uzasadnienia w kontekście zgłoszonych wniosków o modyfikację SIWZ względnie o unieważnienie postępowania.

Do Ad. 3 Opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu należy uznać w części za nieprawidłowy:

- a) w części zał. nr 1pkt II SIWZ, gdzie Zamawiający podaje nazwę konkretnego produktu to jest telefonu „Nokia” model E – 51(270 sztuk) i model N-958GB (30 szt.). W tym zakresie skład orzekający KIO w pełni podziela stanowisko Odwołującego, że telefony komórkowe są przedmiotem szerokiej i zróżnicowanej oferty rynkowej. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że zachodziły okoliczności podane w art. 29 ust. 3 Pzp, umożliwiające podanie nazwy

zamawianego produktu, gdy inaczej nie można opisać przedmiotu zamówienia. Tej wadliwości nie może konwalidować dopuszczenie wyrobów równoważnych do opisanych modeli aparatu „Nokia,” spełniających parametry równe lub wyższe od wskazanych w specyfikacji technicznej. Zastosowany opis urządzenia prowadzi do sytuacji, gdzie łącznych parametrów technicznych nie będzie w stanie spełnić inny model telefonu z oferowanych na rynku. Wprawdzie Zamawiający podał, że są aparaty Motorola i Sony Ericsson, które spełniają równoważne wymagania, lecz w żaden sposób nie udokumentował tego twierdzenia przez złożenie dowodów. W przekonaniu składu orzekającego Izby, opis parametrów technicznych telefonu musi zostać tak dobrany, aby zapewnić realną konkurencję przy składaniu ofert. Zamawiający nie wykazał dowodowo, że są inne aparaty spełniające wszystkie parametry techniczne telefonów komórkowych AT - 1 model „Nokia” E-51 i AT – 2 model „Nokia” N -958 GB podane w § 8 SIWZ.

- b) koszty przeniesienia numerów telefonów nie są zapłatą za usługę stanowiącą przedmiot tego zamówienia. Dlatego koszty zachowania tych samych numerów telefonów, jeżeli skutek wyboru najkorzystniejszej oferty dojdzie do zmiany operatora, winien opłacić bezpośrednio Zamawiający, bez angażowania w to wybranego wykonawcy. Podstawy do obliczenia ceny oferty muszą być podane jednolicie. W przeciwnym bowiem przypadku, ceny oferowanych usług stają się nieporównywalne, gdyż dotyczą zróżnicowanego zakresu świadczeń. Oczywiście jest, że w sytuacji wyboru oferty dotychczasowego operatora, numery telefonów pozostaną takie same, bez uwzględnienia kosztów migracji. W punkcie V zał. Nr 1 do SIWZ Zamawiający zaznaczył, że udzieli wykonawcy pełnomocnictwa do reprezentowania go w procesie przeniesienia numerów. Stanowi to jednoznaczne potwierdzenie okoliczności, że w zakres usług stanowiących przedmiot zamówienia, nie wchodzi przeniesienie posiadanych numerów telefonów, zatem nie ma podstaw, aby ewentualne koszty z tym związane wliczać w cenę oferty. Zarzut Odwołującego znajduje uzasadnienie,
- c) w § 17 SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawca załączył do oferty pełen cennik pozostałych świadczonych usług telekomunikacyjnych. Zamawiający opisał pakiety siedmiu grup abonamentowych o wartości od 20 do 200 zł. netto, pakiet dostępu do Internetu bezprzewodowego oraz dostępu do usługi Black Berry. Określił aparaty telefoniczne i karty modemowe które mają być przedmiotem oferty cenowej. Sposób obliczenia ceny zawiera § 21 SIWZ i obejmuje usługi i urządzenia opisane w SIWZ. Z powyższych ustaleń wynika, że żądanie pełnego cennika pozostałych świadczonych usług przez wybranego operatora ma charakter

informacyjny, nie podlegających żadnej ocenie w ustalaniu rankingu ofert. Z tych względów zarzut należy uznać za niezasadny. Koszt usług nie objętych pakietami abonamentowymi zlecanych odrębnie i doraźnie będzie rozliczany na podstawie podanych stawek z cennika ogólnego wykonawcy.

- d) żądanie przez Zamawiającego w punkcie V zał. Nr 1 do SIWZ umożliwienia kontroli z poziomu administratora i dysponowania bezpłatnej blokady rozmów wychodzących nie stanowi naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych. Abonamenty kwotowe ustalone są za okresy miesięczne i tak rozliczane. Zastosowanie blokad nie wpływa na zakres gwarantowanych rozliczeń. Zamawiający nie może być pozbawiony możliwości korzystania z usługi aktualnie do potrzeb i korygowania jej w 24 miesięcznym okresie obowiązywania umowy. Jakie połączenia mogą być blokowane podano w punkcie V zał. nr 1 do SIWZ. Nie stanowi naruszenia przepisów art. 82 ust. 3 i 140 ust. 1 Pzp zastrzeżenie warunku cesji praw do numeru telefonu na inny podmiot czy osobę, gdyż zagwarantowane jest przejęcie wszelkich zobowiązań z zawartej umowy.
- e) żądanie w § 7 pkt 6 wzoru umowy dostępu do wszelkich usług danego operatora oznacza, że za usługi zakontraktowane umową będzie realizowana odpłatność wg ustalonego zestawu usług i cen abonamentów podanych w ofercie. Natomiast pozostałe usługi, które wybrany operator ma w swojej ofercie rynkowej, będą mogły być realizowane na odrębne zlecenia i za dodatkową odpłatnością według ogólnego cennika taryfowego, czy też ze środków niewykorzystanych z abonamentów. Skoro inne usługi nie zostały objęte przedmiotem zamówienia, Odwołujący nie może wymagać aby w takim przypadku zostały podane podstawy wyceny pozostałych usług zamieszczonych w cenniku wykonawcy.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził trafność zarzutów Odwołującego, w szczególności odnoszących się do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zakresie w jakim ogranicza dostęp do zamówienia dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych stron umowy ramowej z MON, bez dostatecznego wykazania, że przedmiot usługi a w szczególności przedmiot dostawy, jest objęty umowami ramowymi z mocy przepisów podanego wyżej rozporządzenia MON z 12 października 2005 r. oraz w następstwie naruszenia art. 25 Pzp przez żądanie przedłożenia wymienionej umowy ramowej.

W ocenie składu orzekającego Izby usługi telefonii komórkowej i zakup aparatów telefonicznych nie stanowią nierozłącznej całości użytkowej. Nie ma podstaw do połączenia usług telekomunikacyjnych z zakupem telefonów w jednym postępowaniu z udziałem

jedynie wąskiej grupy wykonawców posiadających umowy z MON, skoro Zamawiający utrzymuje, że wszelkie usługi telekomunikacyjne na rzecz wojska podlegają tej procedurze.

Naruszenie przepisów art. 29 ust. 2, i 3 stanowi opisanie przedmiotu zamówienia przez bezpodstawne podanie nazwy i modelu telefonu „Nokia,” gdyż można było opisać przedmiot dostawy jedynie za pomocą wyspecyfikowania właściwości, którymi ma się charakteryzować wraz z podaniem parametrów mierzalnych. Włączenie do podstawy obliczenia ceny oferty kosztów przenoszenia numerów telefonów między operatorami sieci, narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający KIO mając na względzie kwalifikowany rodzaj naruszeń podanych przepisów ustawy, działając w oparciu o art. 191 ust. 2 pkt 3 Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, stosownie do postanowień art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Kontynuowanie postępowania w istniejącym stanie prowadzi do nieważności umowy, przewidzianej art. 146 ust. 1 pkt 6, gdyż materiał dowodowy potwierdza, że doszło do istotnego naruszenia przepisów ustawy, które rzutuje na jego wynik.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp uwzględniła odwołanie i unieważniła postępowanie przetargowe, prowadzone przez Zamawiającego pod numerem 20/2008.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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*