

Sygn. akt: KIO 1196/12

POSTANOWIENIE

z dnia 19 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **19 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 czerwca 2012 r.** przez wykonawcę: **Polską Telefonię Komórkową Centertel Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Centralny Zarząd Służby Więziennej Biuro Kwatermistrzowsko - Inwestycyjne ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa,**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego **Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa**, kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, późn. zm.759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług telefonii komórkowej” (Dz. Urz. UE 2012/S 101-168681 z 30 maja 2012 r.), w dniu 8 czerwca 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: Polską Telefonię Komórkową Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną także SIWZ), opublikowanej w dniu 30 maja 2012 r. Odwołujący uznał, że zamawiający: Centralny Zarząd Służby Więziennej Biuro Kwatermistrzowsko – Inwestycyjne Zespół Zamówień Publicznych w Warszawie naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), tj.: art. 29 ust. 1 oraz art. 7 tej ustawy, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający określenie rozmiaru i treści świadczenia, do którego spełnienia zobowiązany będzie wykonawca, a także zastrzeżenie prawa dowolnego określenia zakresu zamówienia oraz warunków jego realizacji po udzieleniu zamówienia.

Powołując się na naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zmian wskazanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób przez siebie postulowany, gdyż niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, polegający na zastrzeżeniu możliwości modyfikacji przez zamawiającego przedmiotu zamówienia już po zawarciu umowy, uniemożliwia należyłą kalkulację ceny oferty, a także może skutkować nieprzewidzianymi stratami w trakcie realizacji umowy. Wykreślenie lub zmiana powyższych postanowień umożliwi natomiast odwołującemu złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu wniosków o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ, odwołujący przytoczył następujące zarzuty:

Zarzut 1. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ich dowolnej zmiany po udzieleniu zamówienia. Zgodnie z utrwalonym poglądem, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją zamawiającego.

Wykonawca kalkulując ceny ofertowe bierze pod uwagę dane oznaczone w SIWZ, w szczególności wolumen zamówienia, czas trwania umowy oraz wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na zmianę zakresu (ilości) realizowanych świadczeń. W „Opisie przedmiotu zamówienia,” stanowiącym załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanym dalej OPZ), zamawiający zawarł szereg postanowień, które powodują, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie może być uznany za jednoznaczny i wyczerpujący. Na str. 22 OPZ ust. 9 zamawiający zastrzegł „*możliwość wystąpienia zmian w numerach telefonicznych i datach zakończenia dotychczasowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych JOSW*”. Postanowienie to odwołujący odnosił do dat wygaśnięcia dotychczasowych umów o świadczenie usług telefonii komórkowej, określonych w załączniku nr 7 do SIWZ. Tym samym też, w przekonaniu odwołującego, wskazane postanowienie powoduje, że daty podane w załączniku nr 7 mają charakter jedynie orientacyjny i mogą być dowolnie modyfikowane przez zamawiającego. Ponadto w treści załącznika nr 7 nie podano, w jakim terminie zostaną rozwiązane umowy zawarte na czas nieokreślony. Przy obecnym kształcie tego załącznika, umowy zawarte na czas nieokreślony mogą zostać wypowiedziane w bliżej nieokreślonym terminie, np. za 30 miesięcy. Powyższe postanowienia w ich obecnym brzmieniu oznaczają, że wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania nie są w stanie należycie oszacować wartości oferty, skoro nieznany jest okres świadczenia usług. Odwołujący przy tym zwrócił uwagę, że zobowiązanie ma charakterze ciągły, gdzie rozmiar świadczenia określany jest między innymi przez czas jego świadczenia. Powyższych niejednoznaczności nie usunęły odpowiedzi na pytania wykonawcy nr 1 i 3 z dnia 6 czerwca 2012 r., w których określono, że liczba aktywacji może wzrosnąć lub zmaleć, do dnia podpisania umowy jedynie o 15 sztuk. Jednak równocześnie zawarto stwierdzenie o „dynamicznym charakterze postanowień załącznika nr 7”. Zamawiający uchylił się również od potwierdzenia, że daty wygaśnięcia umów określone w załączniku nr 7 mają charakter wiążący.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykreślenie z OPZ postanowienia o „możliwości wystąpienia zmian w numerach telefonicznych i datach zakończenia dotychczasowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych JOSW”,
- 2) wyraźne zastrzeżenie, że daty wygaśnięcia dotychczasowych umów podane w załączniku nr 7 mają charakter wiążący,
- 3) określenie w załączniku nr 7 terminów, w jakich zostaną wypowiedziane umowy zawarte na czas nieokreślony, na czas nieokreślony.

Zarzut 2. Na stronie 22 OPZ w ust. 7 zawarte jest postanowienie następującej treści: *„Zamawiający przewiduje utrzymanie wszystkich dotychczasowych numerów telefonicznych tj. 1509 aktywacji, natomiast jako planowany zakup przewiduje zwiększenie o 2048 aktywacji. Wykonawca musi wziąć pod uwagę, że za planowane niezakupione aktywacje nie będzie przysługiwało wynagrodzenie. W przypadku wyboru oferty firmy świadczącej usługi telefonii komórkowej innej niż dotychczasowa, proponuje się do wyboru dwa rozwiązania związane z przejściem do innego operatora: - wykonawca w ustalonym terminie przejmie wszystkie dotychczasowe zobowiązania zamawiającego dotyczące realizacji zawartych umów. Wykaz terminów wygaśnięcia dotychczasowych zobowiązań JOSW zostanie podany w załączniku nr 7; - wykonawca przejmował będzie sukcesywnie świadczenie usług telefonii GSM na rzecz JOSW w momentach wygaszania zobowiązań dla dotychczasowego operatora.”* Z powyższego postanowienia wynika, zdaniem odwołującego, że zamawiający przyznaje sobie prawo opcji w odniesieniu do aktywacji powyżej 1509 sztuk. Określając prawo opcji zamawiający nie określił, kiedy najpóźniej skorzysta z prawa opcji. Oznacza to, że nie jest znany minimalny okres świadczenia usługi objętej prawem opcji. W konsekwencji wykonawca, który zobowiązany jest dostarczyć urządzenia do świadczenia opcjonalnej usługi, nie może oszacować, czy koszt dostarczonych urządzeń zostanie zrównoważony poprzez przychody ze świadczonej usługi. Odwołujący zaznaczył, że nie można abstrahować od powszechnej praktyki rynkowej operatorów telefonii komórkowej, polegającej na finansowaniu kosztów aparatów przychodami z usług. Opisanej niejednoznaczności nie usuwa odpowiedź na pytanie nr 4 z 6 czerwca 2012 r., która sugeruje, że nie zachodzi prawo opcji, lecz zamówienie uzupełniające.

W związku z powyższym, odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 4) określenia, czy aktywacje ponad 1509 sztuk stanowią prawo opcji, czy zamówienie uzupełniające,
- 5) jeżeli zamawiający zastrzegł sobie prawo opcji określenie, że skorzystanie z prawa opcji nastąpi najpóźniej do 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, co pozwoli na właściwą kalkulację ceny oferty.

W odniesieniu do pierwszego z przedstawionych modeli świadczenia usługi zamawiający zastrzegł, że *„wykonawca w ustalonym terminie przejmie wszystkie dotychczasowe zobowiązania zamawiającego dotyczące realizacji zawartych umów”*. Z odpowiedzi na pytanie nr 4 udzielonej 6 czerwca 2012 r. wynika, że przez zobowiązania te rozumieć należy koszty związane z rozwiązaniem dotychczasowych umów, w tym koszty kar umownych. W związku z tym odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu przedstawienia

wszelkich potencjalnych kosztów związanych z rozwiązaniem tych umów (kar umownych).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 czerwca 2012 r. zamawiający podał, że „jego intencją jest uwzględnienie wniosków zawartych w przedmiotowym odwołaniu, a więc:

- wykreślenie z opisu przedmiotu zamówienia postanowienia o możliwości wystąpienia zmian w numerach telefonicznych i datach zakończenia dotychczasowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla poszczególnych jednostek organizacyjnych Służby Więziennej (JOSW) oraz wyraźne zastrzeżenie, że daty wygaśnięcia dotychczasowych umów podane w załączniku nr 7 mają charakter wiążący;
- określenie w załączniku nr 7 terminów, w jakich zostaną wypowiedziane umowy zawarte na czas nieokreślony, oraz
- określenie, czy aktywacje ponad 1509 sztuk stanowią prawo opcji, czy zamówienie uzupełniające;
- jeżeli zamawiający zastrzegł sobie prawo opcji określenie, że skorzystanie z prawa opcji nastąpi najpóźniej do 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, co pozwoli na właściwą kalkulację ceny oferty.

Zamawiający przewiduje utrzymanie wszystkich dotychczasowych numerów telefonicznych, których ilość modyfikuje się z 1509 na ostateczną liczbę 1497. Daty wygaśnięcia poszczególnych umów abonenckich, zawarte w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mają charakter wiążący. W przedmiotowym załączniku podano dokładne okresy wypowiedzenia wszystkich abonenckich umów zawartych na czas nieoznaczony. Poszczególne jednostki organizacyjne Służby Więziennej zobowiązane będą do zawarcia indywidualnych umów z wyłonionym wykonawcą nie później niż w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia ich przedłożenia, a ponadto w terminie do 14 dni zobowiązane będą, po zawarciu tej umowy, do złożenia wypowiedzenia umowy dotychczasowemu operatorowi. Wyjaśniam jednocześnie, że żadna z umów nie zawiera klauzuli naliczenia kar umownych z tytułu wypowiedzenia, pod warunkiem jednakże dotrzymania terminu ich wypowiedzenia. Załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poprawionej i uzupełnionej postaci w dniu 15 czerwca 2012 r. został zamieszczony na stronie internetowej zamawiającego pod adresem www.zp.sw.gov.pl. Zamawiający nie przewiduje skorzystania z prawa opcji, natomiast zgodnie z pkt. XVIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających.”

W dniu 18 czerwca 2012 r., za pośrednictwem faksu, odwołujący złożył oświadczenie, o następującej treści: „W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania PTK Centertel Sp. z o. o. w postępowaniu w sprawie udzielania zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telefonii komórkowej (...), wnosimy o umorzenie postępowania

odwoławczego.”

Na posiedzeniu Izby, z udziałem stron, zamawiający potwierdził do protokołu, że jego pismo z dnia 15 czerwca 2012 r. należy rozumieć jako „uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu” w znaczeniu tego terminu, określonym przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i podtrzymał wniosek o umorzenie postępowania. Odwołujący potwierdził, że wprowadzone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia modyfikacje, wyczerpują zarzuty i wnioski złożonego odwołania, zatem wnosił również o umorzenie postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 czerwca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Pismo zamawiającego z dnia 15 czerwca 2012 r., obejmuje oświadczenie złożone ze skutkiem prawnym, w którym uwzględniono zarzuty odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sposób, o jakim stanowi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do „całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.” W takim przypadku, zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż przy braku przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez innego wykonawcę, w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba umarza postępowanie odwoławcze. W takiej sytuacji zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do postanowień § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przed rozpoczęciem wyznaczonego posiedzenia Izby z udziałem stron, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczzonego wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp inne koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach, zaistniałych w niniejszej sprawie, podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

Przewodniczący:

