

Sygn. akt: KIO 2297/11

Sygn. akt: KIO 2315/11

POSTANOWIENIE
z dnia 2 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu **2 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 24 października 2011 r. przez wykonawcę: Polska Telefonia Cyfrowa S.A. Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa, Sygn. akt: KIO 2297/11,**
- B. w dniu 25 października 2011 r. przez wykonawcę: PTK Centertel Sp. z o. o. ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa, Sygn. akt: KIO 2315/11,**

w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Biuro Informatyki i Przetwarzania Informacji we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, adres do korespondencji: Biuro Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, ul. Senatorska 36, IV p. pok. 10, 00-095 Warszawa, przy udziale wykonawców:**

- A. Polska Telefonia Cyfrowa S.A. Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2315/11, po stronie odwołującego,**
- B. PTK Centertel Sp. z o. o. ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2297/11, po stronie odwołującego,**

C. Polkomtel S.A. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **sygn. akt KIO 2297/11**, po stronie odwołującego,

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt: KIO 2297/11.**
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt: KIO 2315/11.**
3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego: **Polska Telefonia Cyfrowa S.A. Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa, sygn. akt KIO 2297/11**, kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
4. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego: **PTK Centertel Sp. z o. o. ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa, sygn. akt KIO 2315/11**, kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
5. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami w sprawie **sygn. akt: KIO 2297/11**.
6. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami w sprawie **sygn. akt: KIO 2315/11**.

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, poz. 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:

.....

Sygn. akt: KIO 2297/11

Sygn. akt: KIO 2315/11

Uzasadnienie:

W postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług telefonii komórkowej dla Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy, jednostek organizacyjnych M. St. Warszawy wraz z dostawą niezbędnych do tego elementów i urządzeń,” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 października 2011 r. pod numerem 2011/S 199-324577, wobec postanowień ogłoszenia oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały złożone w formie pisemnej odwołania:

A. w dniu 24 października 2011 r. przez wykonawcę: Polska Telefonía Cyfrowa S.A. w Warszawie,

B. w dniu 25 października 2011 r. przez wykonawcę: PTK Centertel Sp. z o. o. w Warszawie,

- w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Sygn. akt: KIO 2297/11

A. Odwołujący Polska Telefonía Cyfrowa S.A. zarzucił zamawiającemu: Miastu Stołecznemu Warszawa, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.

1. art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp oraz art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp, przez określenie, że aktualny wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest dokumentem przedkładanym w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego;

2. naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp, przez określenie, że w ramach oceny ofert według kryteriów oceny ofert rozpatrywane będą oferty złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu;

3. naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez zobowiązanie do dostarczenia fabrycznie nowych telefonów komórkowych obsługujących transmisję danych w technologii CSD i HSCSD;

4. naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp, przez niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówień wykonawczych w zakresie świadczeń gwarancyjnych wykonawcy, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
5. naruszenie art. 351¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, przez określenie obowiązku zapłaty kar umownych w wyniku opóźnienia wykonawcy w wykonaniu świadczeń (to jest niezawinionego przez wykonawcę niewykonania świadczeń w terminie);
6. naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) informacji na temat okresu związania uprawnionych jednostek umowami o świadczenie usług telefonii komórkowej.

Powołując się na interes w zawarciu umowy ramowej i uzyskaniu przedmiotowego zamówienia odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu zmian postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ, w sposób przez siebie postulowany, tj.:

Ad 1) Zmiany postanowienia zawartego w sekcji III.2.1) pkt. 2.2.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. 12.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez określenie, że za spełniających warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 12.1) ppkt. 1) SIWZ zamawiający uzna wykonawców, którzy przedstawia aktualny odpis z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, i jednocześnie wykreślenia z sekcji III.2.1) pkt. 2.2.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. 13.2.3. SIWZ postanowienia, zgodnie z którym w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, należy złożyć aktualny odpis wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W uzasadnieniu podał, że zgodnie z treścią pkt. 12.1) ppkt. 1) SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług w zakresie telefonii komórkowej, w wyniku realizacji umów zawartych na podstawie umowy ramowej wykonawca zobowiązany będzie zatem do świadczenia usług objętych zakresem działalności telekomunikacyjnej. Zgodnie z postanowieniami art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.), działalność telekomunikacyjna jest działalnością gospodarczą regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. W celu potwierdzenia posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówień udzielanych na

podstawie umowy ramowej, zamawiający winien zatem wymagać przedstawienia aktualnego odpisu z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zamawiający tymczasem nie wymaga żadnego dokumentu w celu potwierdzenia posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji umów wykonawczych. Aktualny odpis z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych ma być zaś (zgodnie z treścią pkt. 13.2.3 SIWZ) przedstawiany w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Odwołujący zakwestionował ustalony katalog dokumentów, które należy przedstawić w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wpisanie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie stanowi potwierdzenia, że świadczone usługi spełniają określone wymagania. Wpis stanowi potwierdzenie, że usługi te mogą być świadczone zgodnie z prawem. Odpis z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych powinien być zatem przedkładany w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp i pkt. 12.1. ppkt. 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazywał, iż zamawiający powinien mieć świadomość prawidłowych zasad określania warunków udziału w postępowaniu, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług telefonii komórkowej. W poprzednim postępowaniu o zawarcie umowy ramowej w tym samym przedmiocie, odpis z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prawidłowo określony został jako dokument przedstawiany w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ad. 2) Wykreślenia postanowienia zawartego w części V pkt. 24.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiącego, że w ramach oceny ofert według kryteriów oceny ofert (w II etapie) rozpatrywane będą oferty złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W uzasadnieniu podał, że zgodnie z treścią pkt. 24.2. części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach oceny ofert według kryteriów oceny ofert (w II etapie) rozpatrywane będą oferty złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu. Konsekwencją przyjętych założeń będzie zaniechanie oceny ofert wykonawców podlegających wykluczeniu. Tymczasem przepisy Prawa zamówień publicznych zobowiązują zamawiającego do dokonania oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców - niezależnie od tego, czy zamawiający dokonał pozytywnej, czy negatywnej weryfikacji tych wykonawców pod kątem przesłanek wykluczenia z postępowania. Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej

wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Biorąc pod uwagę zasadę koncentracji czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i środków ochrony prawnej, czynność weryfikacji przesłanek wykluczenia z postępowania i oceny ofert powinna być dokonana przez zamawiającego w odniesieniu do wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Z punktu widzenia wykonawców utrzymanie zapowiedzianej przez zamawiającego metody weryfikacji i oceny ofert oznacza natomiast, że znacząco przedłuża się okres niepewności co do prawidłowości działań zamawiającego i co do ostatecznego rozstrzygnięcia. Jeżeli bowiem zamawiający wykluczy danego wykonawcę, bez weryfikacji merytorycznej jego oferty, to następnie w wypadku skutecznego wniesienia odwołania wobec wykluczenia, zamawiający będzie musiał dokonać oceny merytorycznej oferty i czynność ta ponownie będzie mogła zostać zweryfikowana przez wykonawców, co może doprowadzić do kolejnego odwołania wobec wyboru oferty.

Ad. 3) Rezygnacji z wymagania dostarczenia telefonów komórkowych obsługujących transmisję danych w technologii CSD i HSCSD.

W uzasadnieniu podał, że naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, polega na obowiązku dostarczenia fabrycznie nowych telefonów komórkowych obsługujących transmisję danych w technologii CSD i HSCSD. W opisie wymagań dla aparatów telefonicznych typu A, B i C (str. 33-35 SIWZ) zamawiający wymaga, aby dostarczane telefony obsługiwały transmisję danych przy wykorzystaniu wymienionych w tabeli technologii, m. in. CSD, HSCSD, GPRS, EDGE itd. Jednocześnie w § 1 pkt. 6 wzoru umowy ramowej oraz w pkt. 8.6. opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że dostarczane telefony mają być fabrycznie nowe. Spełnienie tego świadczenia przez wykonawców, jak ocenił odwołujący, nie jest możliwe. Producenci telefonów komórkowych od kilku lat nie oferują telefonów komórkowych obsługujących transmisję danych przy wykorzystaniu technologii CSD i HSCSD. Technologie te zostały zastąpione bardziej nowoczesnymi, które również są wymagane przez zamawiającego - GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA i HSUPA. Skoro dostarczane telefony mają być fabrycznie nowe, możliwe jest wyłącznie zaoferowanie modeli

obsługujących transmisję danych przy wykorzystaniu technologii: GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA i HSUPA.

Ad. 4) Jednoznacznego określenia zakresu świadczeń gwarancyjnych wykonawcy na podstawie umowy wykonawczej.

W uzasadnieniu podał, że we wzorze umowy ramowej, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, zamawiający określił szereg obowiązków gwarancyjnych, które będą ciążyć na wykonawcy w trakcie realizacji umów wykonawczych. Zgodnie z treścią § 6 pkt, 9 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany będzie między innymi do usunięcia awarii: w przypadku awarii usługi - w ciągu 4 godzin od momentu zgłoszenia awarii, a w przypadku awarii urządzenia - w ciągu 24 godzin od momentu zgłoszenia awarii w dni robocze (tj. od poniedziałku do piątku w godz. 8.00 - 18.00). Zamawiający nie określił jednak, co należy rozumieć pod pojęciem awarii. W przypadku usługi telekomunikacyjnej zdefiniowanie awarii jest szczególnie istotne, ponieważ można pod tym pojęciem rozumieć różnego rodzaju problemy z dostępnością usługi. Wskazówką może być co prawda postanowienie paragrafu 7 pkt. 1 ppkt. 3) wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w przypadku nieusunięcia awarii polegającej na braku możliwości wykonywania połączeń z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jednak sprowadzenie pojęcia awarii do braku możliwości wykonywania połączeń jest w dalszym ciągu niewystarczające. Usługa będzie świadczona dla łącznej ilości ponad 7 tys. kart SIM (przewidywana ilość telefonów, które mają być dostarczone w ramach umów wykonawczych), trudno zatem stwierdzić, od jakiego poziomu problem z dostępnością usługi będzie uznawany przez uprawnione jednostki za awarię, i w przypadku niedotrzymania czasu usunięcia awarii skutkować będzie obowiązkiem zapłaty kar umownych. Odwołujący wskazał ponadto na niejednoznaczną relację pomiędzy postanowieniami wzoru umowy ramowej a opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy ramowej, gdyż wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia awarii usługi w ciągu 4 godzin od momentu jej zgłoszenia, natomiast zgodnie z treścią pkt. 9.2. opisu przedmiotu zamówienia (str. 31 SIWZ), wykonawca ma zagwarantować dostępność usług na poziomie 99% w skali roku. Nie wiadomo zatem, w którym momencie będzie się aktualizował obowiązek zapłaty kar umownych, określonych w § 7 pkt. 1 ppkt. 3) wzoru umowy - czy już w momencie nieusunięcia pierwszej awarii, czy też w momencie przekroczenia limitu dopuszczalnej niedostępności usługi (1% w skali roku).

Ad. 5) Dokonania zmiany postanowień § 7 wzoru umowy ramowej poprzez określenie, że wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki (zawinionego przez wykonawcę opóźnienia) w wykonaniu świadczeń określonych w tym paragrafie.

W uzasadnieniu podał, że zgodnie z treścią § 7 pkt. 1 wzoru umowy, wykonawca

zobowiązany będzie do zapłaty kar umownych w przypadku zaistnienia wymienionych w tym paragrafie okoliczności, przy czym tylko w odniesieniu do okoliczności wymienionych w ppkt. 3) i 6) zamawiający wiąże obowiązek zapłaty kar umownych z przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. Opóźnienie w wykonaniu świadczeń wymienionych w ppkt. 1), 2) 4) i 5) wzoru umowy ramowej ma zatem powodować obowiązek zapłaty kar umownych również w przypadku, gdy wynika ono z przyczyn niezależnych od wykonawcy, w tym również - zależnych od zamawiającego (uprawnionej jednostki). Odwołujący podkreślał, że zobowiązanie do przejścia przez wykonawcę ryzyka wszelkich możliwych przyczyn nieterminowego wykonania świadczeń prowadzi do rażącej nierówności stron stosunku prawnego, dla którego podstawą jest umowa w sprawie zamówienia publicznego. W konkretnych okolicznościach realizacji umów wykonawczych dotrzymanie terminów wynikających z umowy może być wręcz z założenia niemożliwe. Dla przykładu, zgodnie z treścią § 6 pkt. 4 wzoru umowy, wykonawca ma obowiązek przyjmować zgłoszenia awarii w działaniu usługi lub urządzenia całodobowo, we wszystkie dni tygodnia, nie wyłączając sobót i dni ustawowo wolnych od pracy. Natomiast zgodnie z treścią § 6 pkt. 9 lit. a) wzoru umowy, czas usunięcia awarii urządzeń wynosi 24 godziny od momentu zgłoszenia awarii w dni robocze (tj. od poniedziałku do piątku w godz. 8.00 -18.00). W przypadku zgłoszenia przez uprawnioną jednostkę awarii urządzenia w ostatni dzień roboczy (piątek), czas na dokonanie naprawy urządzenia skraca się do ilości godzin pozostałych do końca tego dnia roboczego uprawnionej jednostki, a w przypadku dokonania zgłoszenia w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy wykonawca nie ma żadnej możliwości dostarczenia urządzenia zastępczego w wymaganym terminie 24 godzin od przyjęcia zgłoszenia. Nawet przy założeniu, że dotrzymanie terminów wykonania wskazanych świadczeń jest technicznie możliwe, to odwołujący wskazywał na nieracjonalność nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie przyczyny opóźnień. Konieczność uwzględnienia ryzyka związanego z opóźnieniami wynikającymi z okoliczności niezależnych od wykonawców spowoduje znaczący wzrost zaoferowanych w ofertach cen. Korzyść z potencjalnie należnych kar umownych jest zatem pozorna, ponieważ w konsekwencji utrzymania powołanych postanowień uprawnione jednostki będą obciążone kosztem nałożenia na wykonawców obowiązku zapłaty kar w przypadku opóźnienia w wykonaniu świadczeń - skalkulowanym w podwyższonych cenach.

Ad. 6) Uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia przez podanie wykazu umów, wiążących uprawnione jednostki z operatorami telefonii komórkowej, zawierającego informacje na temat zakończenia okresu obowiązywania tych umów.

W uzasadnieniu podał, że z treści postanowień wzoru umowy ramowej można wnioskować, że telefony komórkowe, które będą dostarczane w ramach umów

wykonawczych, są urządzeniami. Jednocześnie zamawiający określił w pkt. 6.5. opisu przedmiotu zamówienia, że cena urządzeń nie może przekroczyć 5 zł. brutto. Wykonawcy zobowiązani są zatem do zaoferowania cen dostarczanych telefonów komórkowych (zaklasyfikowanych do przedziału cenowego 400 zł, 1200 zł. i 2600 zł.) w cenie nie wyższej niż 5 zł. Przyjęty przez zamawiającego system opiera się zatem na rozłożeniu wynagrodzenia wykonawcy za dostarczone telefony w cenach świadczonych usług telekomunikacyjnych. Tego rodzaju mechanizm jest powszechnie stosowany w przypadku standardowych umów, zawieranych na z góry określony czas. Operator telefonii komórkowej ma możliwość przeliczenia potencjalnego przychodu ze świadczonych usług i odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia płatnego przez abonenta na początku obowiązywania umowy (czyli obniżenia ceny telefonu). Nakładając na wykonawców obowiązek określenia ceny telefonu na poziomie maksymalnie 5 zł. brutto zamawiający narzucił wykonawcom zastosowanie takiego samego mechanizmu w umowach zawieranych z uprawnionymi jednostkami. Zamawiający nie określił jednak, na jaki czas mają być zawierane umowy wykonawcze. Zamawiający nie podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia okresów, przez jaki uprawnione jednostki będą związane obecnie obowiązującymi umowami. Informacje na ten temat są w przekonaniu odwołującego, konieczne do ustalenia cen świadczonych usług i skalkulowania w nich rzeczywistej ceny za dostarczane telefony komórkowe. Wskazał, że zgodnie z treścią pkt. 8.6.1. opisu przedmiotu zamówienia (str. 31 SIWZ), wykonawca zobowiązany będzie - przy umowach wykonawczych zawartych na okres ponad 24 miesiące - do dostarczenia zamawiającemu kolejnych fabrycznie nowych telefonów komórkowych po 24 miesiącach od poprzedniej dostawy. Biorąc pod uwagę opisany powyżej obowiązek zaoferowania cen telefonów komórkowych na poziomie nieprzekraczającym 5 zł brutto, zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia nowych telefonów po upływie 24 miesięcy trwania umowy stanowi dla wykonawcy istotne ryzyko braku zwrotu kosztu poniesionego na zakup telefonu w cenie świadczonych usług. Możliwość skalkulowania zaniżonej ceny telefonu w cenie świadczonych usług istnieje tylko w przypadku, gdy wykonawca posiada wiedzę na temat okresu świadczenia tych usług. Zamawiający nie określił natomiast, na jaki okres mają być zawierane umowy wykonawcze. Odwołujący podkreślał również, że nieudostępnienie wykonawcom informacji na temat czasu wygaśnięcia poszczególnych umów wiążących uprawnione jednostki skutkuje naruszeniem zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wiedzę w tym zakresie posiada bowiem operator obecnie świadczący usługi na rzecz uprawnionych jednostek - Polkomtel S.A. Podmiot ten jest potencjalnym wykonawcą w niniejszym postępowaniu, zatem posiadane informacje w tym zakresie, statuuje go na pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców ubiegających się o zawarcie umowy ramowej, ponieważ jest w

stanie skalkulować cenę oferowanych usług w odniesieniu do rzeczywistego czasu ich świadczenia. A zatem - w odróżnieniu od pozostałych wykonawców - nie będzie zmuszony do uwzględnienia w cenie oferowanych usług potencjalnego ryzyka ich świadczenia w krótkim okresie lub wcale. Dlatego też odwołujący wnosił o uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia, przez podanie wykazu umów, wiążących uprawnioną jednostkę z operatorami telefonii komórkowej, zawierającego informacje na temat zakończenia okresu obowiązywania tych umów.

Sygn. akt: KIO 2315/11

B. Odwołujący: PTK Centertel Sp. z o. o. zarzucił zamawiającemu: Miastu Stołecznemu Warszawa, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.

1. art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 99 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez zaniechanie podania:

a) ilości aktywnych kart SIM aktywowanych w związku z umowami częściowymi zawartymi w ramach umowy ramowej, z podziałem na jednostki zawierające te umowy,

b) liczby aparatów i modemów, których zakup stanowił przedmiot umów częściowych, zawartych w związku z realizacją umowy ramowej,

c) harmonogramu określającego koniec obowiązywania umów częściowych, z podziałem na ilości SIM oraz jednostki z jakimi umowy zostały zawarte,

- a przez to uprzywilejowanie wykonawcy dotychczas świadczącego usługi, który posiada te informacje.

2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 99 ustawy Pzp, w związku z art. 61 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), przez żądanie przedłożenia dedykowanego cennika usług świadczonych przez wykonawcę w ramach telefonii komórkowej przygotowanego zgodnie z zasadami wyceny usług dla klientów posiadających co najmniej 1000 aktywacji.

Powołując się na interes w zawarciu umowy ramowej i uzyskaniu przedmiotowego zamówienia odwołujący PTK Centertel Sp. z o.o. wnosił o nakazanie zamawiającemu zmian postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ, w sposób przez siebie postulowany, tj.:

Ad. 1) Podania w SIWZ informacji dotyczących dotychczas świadczonych usług odpowiadających przedmiotowi umowy ramowej, w szczególności:

- a) ilość aktywnych kart SIM aktywowanych w związku z umowami częściowymi zawartymi w ramach umowy ramowej z podziałem na jednostki zawierające te umowy,
- b) liczby aparatów i modemów, których zakup stanowił przedmiot umów częściowych, zawartych w związku z realizacją umowy ramowej,
- c) harmonogramu określającego koniec obowiązywania umów częściowych, z podziałem na ilości SIM oraz jednostki z jakimi umowy zostały zawarte,

W uzasadnieniu podnosił, że zgodnie z art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, w umowie ramowej ustala się "przewidywane ilości" świadczeń, "jeżeli zachodzi taka potrzeba." Zwrot "jeżeli zachodzi taka potrzeba" należy tłumaczyć "jeżeli jest to uzasadnione," "celowe" lub "odpowiednie." Dlatego przewidywany rozmiar świadczeń podaje się w umowie ramowej tylko wtedy, gdy można go oszacować, Brak określenia rozmiaru dostaw, usług lub robót budowlanych - w następstwie prowadzi do wzrostu kosztów, ponieważ wykonawcy mogą w kalkulować tego rodzaju ryzyko w cenę oferty. Z tego powodu należy dokładać starań, aby wszędzie tam, gdzie to tylko możliwe, określać przewidywany rozmiar jednostkowych zamówień. Zdaniem odwołującego, w przypadku przedmiotowego postępowania istnieje możliwość określenia przewidywanego rozmiaru jednostkowych zamówień. Próbę taką podjął zamawiający w szeregu postanowieniach SIWZ: pkt 1 i 12 załącznika nr 1 do umowy, „Opis przedmiotu zamówienia,” załącznik nr 2 do umowy „Przewidywane ilości nabywanych urządzeń,” załącznik nr 3 do umowy dotyczy jednostek uprawnionych do zawierania umów wykonawczych. Powyższe postanowienia w ocenie odwołującego, nie uwzględniają jednak dwóch podstawowych elementów wpływających na szacowanie cen ofertowych w przypadku usług telekomunikacyjnych, tj okoliczności, że:

- liczba i cena usług określana jest zwykle na podstawie danych historycznych dotyczących świadczenia tych usług, która odbiegać może znacznie od liczby planowanych zakupów - gdyż zamawiający nie musi zakupić wszystkich usług planowanych w umowie ramowej,
- usługi mają charakter ciągły, gdzie rozmiar świadczenia określany jest między innymi przez czas świadczenia.

Stąd dla prawidłowego szacowania cen oferty, jak zaznaczał odwołujący, niezbędne są dane dotyczące aktualnie świadczonych usług oraz dane „historyczne,” w tym w szczególności dane dotyczące terminów, w których ekspirują dotychczas zawarte umowy częściowe. W związku z brakiem powyższych danych wykonawcy muszą uwzględnić w swojej ofercie ryzyka związane z;

- zawarciem umów częściowych na krótki okres,

- zawarciem umów cząstkowych dot. niewielkiej liczby usług, nie odpowiadającej liczbie szacowanej przez zamawiającego.

Skutkiem uwzględnienia tych ryzyk, jest konieczność podania odpowiednio wyższych cen usług, co zmniejsza szanse konkurencyjne względem wykonawcy aktualnie świadczącego usługi, który posiada te dane. W przypadku nieuwzględnienia powyżej wskazanego ryzyka w cenach ofertowych, operator musi liczyć się z tym, że cena zawarta w umowie ramowej uniemożliwi mu świadczenie usług za cenę powyżej ponoszonych kosztów. Brak danych dotyczących aktualnie i historycznie świadczonych usług, skutkuje jak argumentował odwołujący, naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż brak jest wszystkich danych niezbędnych do oszacowania cen ofertowych, a nadto narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uprzywilejowanie wykonawcy aktualnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego.

Ad. 2) Zmodyfikowania pkt 12.2.3 lit. b) SIWZ w ten sposób, że wykonawcy zobowiązani będą przedłożyć wraz z ofertą cennik usług telekomunikacyjnych w rozumieniu art. 61 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przeznaczony dla klientów biznesowych, z zastrzeżeniem, że cennik ten będzie wiązał w zakresie niesprzecznym z ofertą, ewentualnie aby zamawiający podał co rozumie przez „przygotowanie cennika zgodnie z zasadami wyceny usług dla klientów posiadających co najmniej 1000 aktywacji,” przy uwzględnieniu, że nie wszyscy operatorzy dysponują cennikiem dla klientów posiadających powyżej 1000 aktywacji.

W uzasadnieniu podał, że w pkt 13. 2.3. lit. b) SIWZ zamawiający wymaga aby oferta składała się między innymi z „Cennika usług świadczonych przez wykonawcę w ramach telefonii komórkowej, przygotowanego zgodnie z zasadami wyceny usług dla klientów posiadających co najmniej 1000 aktywacji. Cennik nie powinien obejmować usług wycenionych formularzu ofertowym o treści zgodnej z określoną we wzorze, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Ceny usług podane w cenniku nie będą brane po uwagę przy ocenie oferty, stanowią jedynie punkt wyjściowy do negocjacji cen tych usług przy zawieraniu umów wykonawczych." Sposób określenia cen szczegółowych usług telekomunikacyjnych odbywa się co do zasady, w ten sposób, że zamawiający określa wzór formularza ofertowego, gdzie wyspecyfikowane są ceny poszczególnych usług. Zwykle też katalog tych usług ma charakter zamknięty, a ceny określone w takim formularzu stanowią podstawę wyliczenia ceny oferty. W zakresie nieuregulowanym w tak skonstruowanej ofercie zastosowanie mają ceny, określone w cennikach świadczenia usług dla klientów biznesowych. Są to cenniki, o których mowa w 61 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.). W takiej sytuacji nie powstają jakiegokolwiek wątpliwości, co do zakresu zastosowania cenników - są one stosowane w zakresie niesprzecznym z ofertą,

specyfikacją istotnych warunków zamówienia i umową. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przyjął odmienny sposób określenia cen oferowanych usług i wymaga przedłożenia cennika dedykowanego tylko na użytek tego postępowania oraz umowy zawartej w wyniku postępowania. W związku z tym powstają zasadnicze wątpliwości, co do konstruowania takiego cennika: Po pierwsze, czy cennik dedykowany powinien uwzględniać wszystkie usługi oferowane klientom biznesowym, z wyłączeniem cen podanych w formularzu ofertowym. Po drugie, w jaki sposób rozumieć zasady wyceny usług dla „klientów posiadających co najmniej 1000 aktywacji.” Ze sformułowania tego nie wynika czy ceny te nie powinny być wyższe niż określone w cenniku dla klientów posiadających powyżej 1000 aktywacji. Ponadto zamawiający nie uwzględnił faktu, że nie wszyscy operatorzy posiadają odrębne cenniki dla klientów posiadających powyżej 1000 aktywacji, W związku z tym powstaje wątpliwość czy można zastosować standardowy cennik dla klientów biznesowych. Kolejną wątpliwość budził fakt, że niektórzy operatorzy posiadają po kilka cenników dla klientów biznesowych, co skutkuje wątpliwością, który z nich można zastosować. W związku z tym za zasadne uznał, aby zamawiający, podobnie jak jest to czynione w większości postępowań prowadzonych w trybie ustawy Pzp, wymagał dołączenia cennika dla klientów biznesowych, który będzie stosowany w zakresie niesprzecznym z treścią oferty. Operatorzy nie będą zmuszeni do modyfikowania cenników powszechnie obowiązujących (przesyłanych do Prezesa UKE). Ewentualnie niezbędne jest opisanie sposobu przygotowania „cennika dedykowanego.”

Sygn. akt: KIO 2297/11, Sygn. akt: KIO 2315/11

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 października 2011 r. do postępowania odwoławczego pismami z dnia 28 października 2011 r., w kopii przesłanymi stronom, zgłosili swoje przystąpienia następujący wykonawcy:

- A. Polska Telefonia Cyfrowa S.A. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2315/11, po stronie odwołującego,
- B. PTK Centertel Sp. z o. o. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2297/11, po stronie odwołującego,
- C. Polkomtel S.A. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2297/11, po stronie odwołującego.

Zgłaszający przystąpienie, powołali się na interes w ukształtowaniu postanowień SIWZ w sposób postulowany w odwołaniach.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w niniejszych postępowaniach, zgłaszających

przystąpienie:

- A. Polska Telefonia Cyfrowa S.A. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2315/11,
- B. PTK Centertel Sp. z o. o. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2297/11,
- C. Polkomtel S.A. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2297/11.

Pismami z dnia 31 października 2011 r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu sygn. akt: KIO 2297/11 oraz w odwołaniu sygn. akt KIO 2315/11. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty obydwu odwołań 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 żądaniami zawartymi w odwołaniach.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowań odwoławczych na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W niniejszym przypadku zachodziły takie właśnie okoliczności, gdyż zgłoszone przystąpienia miały miejsce po stronie odwołujących. Odpowiedzi na odwołania zostały natomiast złożone w dniu 31 października 2011 r. o godzinie 15:00. Wobec czego termin wyznaczonego posiedzenia – 2 listopada 2011 r., godz.10:00 z udziałem stron i uczestników postępowania, nie został zniesiony.

Zgodnie z § 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 i uczestnika, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczonej kwoty wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, inne koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach zaistniałych w niniejszych sprawach - podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

Przewodniczący:

.....

