

Sygn. akt: KIO/2365/10

WYROK

z dnia 10 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 października 2010 roku przez **POLSKĄ TELEFONIĘ KOMÓRKOWĄ – CETNTERTEL Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Najwyższą Izbę Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-156 Warszawa**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **POLSKĄ TELEFONIĘ KOMÓRKOWĄ – CETNTERTEL Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** i kosztami postępowania obciąża **POLSKĄ TELEFONIĘ KOMÓRKOWĄ – CETNTERTEL Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Świadczenie dla Najwyższej Izby Kontroli usług telefonii komórkowej i usług przesyłu danych przez okres 48 miesięcy wraz z dostawą sprzętu do ich świadczenia*” zostało wszczęte przez Najwyższą Izbę Kontroli, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 203-309765) w dniu 19 października 2010 r. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 29 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: POLSKA TELEFONIA KOMÓRKOWA – CETNTERTEL Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego – POLSKEJ TELEFONII KOMÓRKOWEJ – CETNTERTEL Sp. z o.o.:

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800759 z późn. zm.), poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,

poprzez zobowiązanie wykonawcy, który uzyska zamówienie do świadczenia usługi z wykorzystaniem infrastruktury oraz numeracji innego operatora.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ.

Mając na celu uzasadnienie podniesionych przez siebie zarzutów, Odwołujący podnosił, iż z postanowień załącznika nr 6 do SIWZ – pkt. V.1 oraz V.2 lit. b), c), e) i i) – wynika, wymóg utworzenia sieci firmowej (zwanej GZ-NIK).

Zwracał jednocześnie uwagę na fakt, iż możliwość świadczenia przez Wykonawcę usługi GZ-NIK dotyczy numerów telefonicznych posiadanych przez danego operatora, a nie numerów telefonów posiadanych przez podmioty trzecie. Tymczasem Zamawiający wymaga włączenia do GZ-NIK telefonów stacjonarnych Zamawiającego, których operatorem jest podmiot trzeci (Operator telefonii stacjonarnej), nie zobowiązując się jednocześnie do uzyskania zgody tego podmiotu trzeciego (obecnie świadczącego na rzecz NIK usługi telefonii stacjonarnej). W ocenie Odwołującego zgoda ta jest niezbędna, aby pozwolić Wykonawcy na posługiwanie się numeracją należącą do tego podmiotu trzeciego w zakresie wskazanym w postępowaniu. Tym samym niezawarcie przez Wykonawcę z Operatorem telefonii stacjonarnej odpowiedniej umowy pozbawi Wykonawcę możliwości świadczenia usługi opisanej w SIWZ.

Ponadto Odwołujący podnosił, iż Zamawiający wymaga by rozmowy pomiędzy telefonami stacjonarnymi GZ-NIK, a telefonami komórkowymi GZ-NIK (i odwrotnie), były kierowane poprzez łącza podłączone do centrali telefonicznej NIK. Nie zawarł w SIWZ jednak postanowienia stanowiącego o migracji numerów stacjonarnych wskazanych w załączniku nr 6b do SIWZ do sieci Wykonawcy. Zapisy te powodują, że Odwołujący nie może świadczyć swojej usługi w ramach przedmiotu zamówienia, nie może on bowiem posługiwać się numeracją innego Operatora. W świetle art. 126 ustawy Prawo telekomunikacyjne to Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w drodze decyzji przydziela numerację zgodnie z planami numeracji krajowej, a Odwołujący, aby mógł świadczyć usługę, musi wykorzystywać numerację należącą do niego. Ponadto Operator, którego numeracją posłużyłby się Odwołujący, straciłby przychody z tytułu opłat interconnectowych. Może to skutkować dalszymi reperkusjami wobec Odwołującego m. in. ze strony Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazywał, że konieczne jest, aby w przypadku połączeń wykonywanych z numerów stacjonarnych NIK kierowanych na numery komórkowe NIK, łączami zestawionymi przez Wykonawcę na potrzeby świadczenia usługi, Zamawiający

posługiwał się numeracją należącą do Wykonawcy. Centrala PABX powinna wysłać cały numer z przydzielonego zakresu numeracyjnego do łącza Operatora.

Odwołujący zastrzegał jednak, iż w przypadku dokonania postulowanej przez niego zmiany SIWZ, wymóg Zamawiającego, zawarty w załączniku nr 6a do SIWZ pkt. V ppkt 2 i) dotyczący prezentacji połączeń z numeracją stacjonarną NIK należącą do innego Operatora, nie jest możliwy do spełnienia w przypadku połączeń wychodzących z PABX Zamawiającego na komórki NIK łączami zestawionymi na potrzeby usługi.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż w załączniku nr 6 do SIWZ w pkt. V.2 lit. c) Zamawiający wymaga by w przypadku awarii łączy zestawionych w ramach usługi połączenia w ramach GZ-NIK kierowane były poprzez publiczną sieć telekomunikacyjną. Tym samym wymaga on, aby w przypadku awarii, Wykonawca świadczył swoje usługi na zasobach innego Operatora. Sformułował on ponadto zapis, zgodnie z którym kierowanie ruchu w przypadku awarii ma nastąpić odpłatnie. Zamawiający nie doprecyzował jednak kosztów takiej operacji, co stanowi, w ocenie Odwołującego, znaczną przeszkodę dla prawidłowego oszacowania oferty. Odwołujący wykazywał, że pozostawienie kwestionowanego przez niego zapisu SIWZ, zrodzić powinno po stronie Zamawiającego obowiązek uzyskania od Operatora telefonii stacjonarnej zezwolenia, w którym podmiot ten zezwoli na wykorzystanie swoich zasobów. Nie dopełnienie przez Zamawiającego temu obowiązkowi, nakłada na Wykonawcę ciężar zawarcia dodatkowej umowy z innym operatorem telekomunikacyjnym, celem świadczenia usługi opisanej w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił alternatywnie o wykreślenie kwestionowanego postanowienia, albo o zawarcie w SIWZ zapewnienia Zamawiającego, że doprowadzi on do zawarcia porozumienia z jego obecnym Operatorem telefonii stacjonarnej, którego przedmiotem będzie korzystanie z jego łącza, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne awarie, które mogą mieć miejsce na łączu operatora stacjonarnego, albo o zobowiązania Wykonawców w SIWZ do zestawienia łącza zapasowego do centrali telefonicznej Zamawiającego.

Na rozprawie przed Izłą, na pytanie przewodniczącego, jakie zmiany zaszyły w porównaniu do poprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, w którym Odwołujący oświadczył, iż jest w stanie zrealizować usługę zamawianą przez Zamawiającego, Odwołujący wyjaśniał, iż od czasu złożenia oferty w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, które zostało unieważnione we wrześniu

2010 r. zmieniły się jego plany inwestycyjne. Składając ofertę w poprzednim postępowaniu planował zakup odpowiednich urządzeń do wykrywania awarii łącz. Chodzi tu o usługę Biznes Grupa i Platformę Inteligentną. Zestawienie tych dwóch usług umożliwiłoby Odwołującemu prezentację dowolnego numeru podstawionego w miejsce numeru wirtualnego, w tym także numeru telefonu stacjonarnego Zamawiającego. Wyjaśniał również, iż w przypadku połączeń z telefonu komórkowego, nie ma możliwości automatycznego przekierowania do sieci innego operatora, a nie do sieci Zamawiającego. Mechanizm ten byłby zapewniony w przypadku awarii za pomocą usługi Biznes Grupy, nie byłoby wówczas technicznych przeszkód w realizacji usługi opisanej przez Zamawiającego. Zastrzegł jednak, iż składając ofertę w tamtym postępowaniu i wyrażając zgodę na świadczenie usług opisanych w SIWZ, brał pod uwagę ryzyko biznesowe, z którym wiązało się m.in. ryzyko wysunięcia w stosunku do niego roszczeń o zapłacenie opłat interconnectowych.

Stanowisko Zamawiającego – Najwyższej Izby Kontroli:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez POLSKĄ TELEFONIĘ KOMÓRKOWĄ – CETNTERTEL Sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Podnosił on, iż aktualnie jest realizowana, przez inny podmiot niż Odwołujący, na jego rzecz usługa, której przedmiot odpowiada temu, który został opisany w SIWZ. Potwierdza to, w jego ocenie, iż jest to możliwe zarówno pod względem technicznym, jak i prawnym. Podkreślał, iż konieczność zapewnienia świadczenia usługi zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia jest niezbędna ze względu na racjonalność wydatkowania środków budżetowych poprzez optymalizację kosztów połączeń telefonicznych oraz usprawnienie komunikacji pomiędzy pracownikami Zamawiającego poprzez prezentację numerów telefonicznych, które są tym pracownikom powszechnie znane.

Wskazywał również, iż w świetle zapisów SIWZ oczywistym jest, iż w przypadku awarii łącza PRA, Zamawiający przekieruje połączenia komórkowe przez łącza operatora, który świadczy na jego rzecz usługi telefonii stacjonarnej. Koszty tak przekierowanych połączeń będzie ponosił Zamawiający na podstawie umowy z operatorem stacjonarnym. A ponadto stawki interconnectowe nie będą naliczane w trakcie świadczenia usługi, ponieważ zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia nie będzie miało miejsca fizyczne przekazanie połączenia pomiędzy sieciami różnych operatorów.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wykazywał, że zaskarżone w rozpoznawanym przez Izbę odwołaniu, postanowienia SIWZ, stanowią dokładne i dosłowne powtórzenie postanowień zamieszczonych w SIWZ w postępowaniu unieważnionym przez Zamawiającego w dniu 22 września 2010 r. W postępowaniu tym Odwołujący także złożył odwołanie, w którym podnosił przeciwko Zamawiającemu m.in. analogiczne zarzuty jak obecnie. Izba w wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r. (sygn. KIO 1189/10) nie uwzględniła powołanego odwołania w tym zakresie. Pomimo to Odwołujący w powołanym postępowaniu złożył ofertę, w której zobowiązał się do świadczenia usługi na kwestionowanych obecnie warunkach. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie przed Izbą, Zamawiający podnosił również, iż opisując swoje rzeczywiste potrzeby w trakcie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia, nie może odnosić się do polityki inwestycyjnej Wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w odwołaniu, jak też na piśmie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, Izba ustaliła, na podstawie oświadczeń złożonych przez Strony, a także w oparciu o analizę postanowień SIWZ oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r.

(sygn. KIO 1189/10), iż Zamawiający zasadnie podnosił, że zaskarżone w rozpoznawanym przez Izbę odwołaniu, postanowienia SIWZ, stanowią powtórzenie postanowień zamieszczonych w SIWZ w postępowaniu unieważnionym przez Zamawiającego w dniu 22 września 2010 r.

Wobec przyznania na rozprawie przed Izbą przez Odwołującego, iż złożył on ofertę w powołanym postępowaniu, w której zobowiązał się do świadczenia usługi opisanej przez Zamawiającego, Izba uznała, iż okoliczność ta nie jest między stronami sporna.

W ocenie Izby poczynione przez nią ustalenia oraz treść oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie przed Izbą, zgodnie z którym istnieje możliwość świadczenia usługi opisanej w SIWZ na warunkach tam określonych, przy czym w przypadku Odwołującego wymaga to poczynienia inwestycji w odpowiednie oprogramowanie, kwestionuje zasadność twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu, a tym samym zasadność zarzutów przez niego podnoszonych. Na ocenę tę nie wpływa, w żaden sposób, zastrzeżenie, iż Odwołujący na przełomie ostatnich trzech miesięcy zmienił swe plany inwestycyjne, a tym samym nie będzie on mógł świadczyć usługi spełniającej wymagania Zamawiającego. Nie można, w uznaniu Izby, oceniać negatywnie, jako naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, związku między działaniem Zamawiającego polegającym na ogłoszeniu kolejnego postępowaniu o analogicznym do poprzedniego opisie przedmiotu zamówienia, a podjętymi przez Odwołującego decyzjami biznesowymi o powstrzymaniu się od poczynienia odpowiednich inwestycji. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż opisując przedmiot zamówienia powinien się on kierować swoimi rzeczywistymi potrzebami, a nie jest natomiast zobowiązany do uwzględniania w tym procesie polityki inwestycyjnej ewentualnych Wykonawców.

Istotnym, w ocenie Izby, jest fakt, iż Odwołujący wprost przyznał na rozprawie przed Izbą, że istnieje możliwość realizacji usługi na warunkach określonych przez Zamawiającego, nawet przez niego. Tym samym potwierdził on twierdzenia Zamawiającego o istnieniu takich możliwości. Nie kwestionował, również oświadczenia Zamawiającego, iż obecnie jest realizowana na jego rzecz usługa o zakresie odpowiadającym opisanemu w SIWZ. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego, to, że obecnie nie może on spełnić wymogów Zamawiającego, wynika jedynie z tego, iż poniechał on na przestrzeni ostatnich miesięcy poczynienia odpowiednich inwestycji umożliwiających mu świadczenie takiej usługi, a także z faktu, iż nie chce on ponosić ryzyka gospodarczego, w takim stopniu, na jakim oszacował je składając ofertę w poprzednim, unieważnionym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba stoi na stanowisku, iż powołane okoliczności wskazywane przez Odwołującego nie mogą zostać

uznane za stanowiące potwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności powoływanych przez Odwołującego art. 7 i 29 ust. 1 tej ustawy.

Izba uznała, iż z uwagi na okoliczność, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu oparta była jedynie na jego oświadczeniach i nie została poparta żadnymi dodatkowymi dowodami, a oświadczenia te zostały poddane w wątpliwość przez samego Odwołującego, zarzuty podnoszone przez Odwołującego nie mogą zostać uwzględnione i ocenione jako zasadne.

Podobnie na uznanie Izby nie zasługują zarzuty zmierzające do zakwestionowania prawidłowości postanowień pkt V.2 lit. c) załącznika nr 6 do SIWZ., zgodnie z którymi w przypadku awarii łącz PRA połączenia z telefonów komórkowych na telefony stacjonarne (i odwrotnie) będą kierowane odpłatnie poprzez publiczną sieć telekomunikacyjną obsługiwaną przez operatora świadczącego dla Zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej. Izba uznała na zasługujące na jej uznanie stanowisko Zamawiającego. Zgodnie z nim, nie jest jasne, w oparciu o jakie przesłanki Odwołujący przyjął, że Wykonawca, który uzyska zamówienie, będzie zobowiązany świadczyć usługi z wykorzystaniem infrastruktury innego operatora. W przypadku awarii łącz bowiem Wykonawca w ogóle nie będzie zobowiązany do świadczenia usługi do czasu usunięcia awarii. Koszty połączeń do tego czasu zrealizowanych poprzez publiczną sieć telekomunikacyjną obsługiwaną przez operatora świadczącego dla Zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej ponosić będzie Zamawiający.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

.....