

WYROK
z dnia 21 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Jolanta Markowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLKOMTEL Spółka Akcyjna, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego p.p.u.p. „Poczta Polska”, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 protestu z dnia 15 października 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża POLKOMTEL Spółka Akcyjna, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **POLKOMTEL Spółka Akcyjna, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLKOMTEL Spółka Akcyjna, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii komórkowej i dostawę telefonów komórkowych wraz z akcesoriami komórkowymi na potrzeby Poczty Polskiej* (numer referencyjny C14/67/2008). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 października 2008 r. (S 190-251976). W tym samym dniu opublikowana została specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W dniu 15 października 2008 r. protest na zapisy siwz wniósł Polkomtel S.A., zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy pzp.), w związku z opisaniem przedmiotu zamówienia niezgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp. W dniu 24 października 2008 r. Zamawiający oddalił protest, chociaż jego stanowisko, w ocenie Odwołującego się nie jest jednoznaczne, gdyż w części zarzutów, które zostały uwzględnione uzasadnienie jest sprzeczne z rozstrzygnięciem.

Odwołujący nie zgadza się z rozstrzygnięciem protestu w zakresie maksymalnej stawki za usługi i sprzęt (w szczególności aparaty, karty modemowe oraz abonament inny niż za pakietową transmisję danych) oraz zaniechania odniesienia się w rozstrzygnięciu protestu do innych usług niż pakietowa transmisja danych (protest został odrzucony w zakresie pozostałych zarzutów z punktu 1 protestu). Przedmiotem protestu było żądanie wykreślenia wymagania zaoferowania stawek za sprzęt (karty modemowe, aparaty – 1 zł.) oraz abonament zarówno dla urządzeń FCT jaki nie dotyczący tych urządzeń, nie większy niż kwota ustalona przez Zamawiającego, tj. 5 zł. Ustalenie przez Zamawiającego maksymalnej stawki ogranicza swobodę w kształtowaniu treści oferty. Przy jedynym kryterium ceny ma to negatywny wpływ na zróżnicowanie cen ofertowych, a przede wszystkim jest to niedopuszczalna ingerencja Zamawiającego w określanie cen za usługi. Zamawiający uwzględnił jedynie zarzut ustalenia maksymalnej ceny abonamentu za pakietową transmisję danych poprzez modem do bezprzewodowego dostępu do Internetu i odstąpił w tym zakresie od określania ceny maksymalnej. Nie znajduje zatem, w ocenie Odwołującego uzasadnienia odmienne stanowisko Zamawiającego w przedmiocie cen maksymalnych za abonamenty inne i sprzęt wskazany w pkt 3.2. siwz. Utrzymanie takiego

stanowiska naraża Odwołującego się na zarzut zaoferowania usług poniżej kosztów ich wytworzenia, m.in. z uwagi na konieczność ponoszenia opłat za zakańczanie połączeń u operatora stacjonarnego za połączenia na 24.000 numerów i w konsekwencji na odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Odwołujący kwestionuje również obowiązek wykonawcy wprowadzony w istotnych postanowieniach umowy (§ 2 ust. 6), zapewnienia w ramach abonamentu połączeń pomiędzy wszystkimi numerami aktywowanymi przez Zamawiającego (w grupie aktywacji głosowych Zamawiającego) na wybrane numery stacjonarne Zamawiającego (nie więcej niż 24.000 numerów) zgodnie z załącznikiem nr 12 do umowy przez cały okres obowiązywania umowy. Wskazuje to na rozszerzenie przedmiotu zamówienia o świadczenie usług telefonii stacjonarnej zapewnianych w ramach abonamentu za świadczenie usługi telefonii komórkowej w skali dotychczas niespotykanej (liczba numerów stacjonarnych z którymi miałyby być połączenia z telefonii komórkowej). Zamawiający nie przekazał listy numerów stacjonarnych zastrzegając, że zostanie ona udostępniona wybranemu wykonawcy w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak udostępnienia informacji o podmiotach świadczących usługi stacjonarne dla Zamawiającego, jak również dokładnej liczby numerów stacjonarnych, uniemożliwia dokonanie kalkulacji ceny. Połączenia na numery stacjonarne podlegają opłatom za zakończenie połączeń – tzw. FRT ponoszonym przez wykonawcę, a ich wysokość jest różna u podmiotów świadczących te usługi. Postanowienie umowy stawia w uprzywilejowanej pozycji PTK Centertel Sp. z o.o., który należy do grupy kapitałowej Telekomunikacji Polskiej S.A., świadczącej w dużej części usługi dla Poczty Polskiej. Posiada on zatem wszystkie informacje niezbędne do dokonania kalkulacji ceny, co umożliwi mu zaoferowanie niższych stawek za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Wypełnia to przesłankę z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nierówne traktowanie wykonawców. Nie jest zatem zmuszony do zabezpieczenia się przed ryzykiem biznesowym związanym z wykonywaniem usług ze stratą. Zdaniem Odwołującego koniecznym jest, aby opłaty za połączenia na numery stacjonarne nie były zawarte w abonamencie, a były określone przez wykonawców w ramach ich swobody do kształtowania treści oferty. Zamawiający uznając częściowo zarzut za zasadny nie odniósł się do kwestii błędnego opisanie przedmiotu zamówienia i nie wydzielił opłaty za usługi stacjonarne. Poinformował jedynie, że lista numerów stacjonarnych Zamawiającego zostanie przekazana wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i to w dniu podpisania umowy. Nadal utrzymany został stan, w którym informacje niezbędne do kalkulacji ceny nie będą przekazane wykonawcom przed złożeniem ofert. Wymusza to na Odwołującym zaoferowanie cen wyższych niż te, które Odwołujący mógłby zaoferować znając wszystkie informacje niezbędne, czyniąc jego ofertę niekonkurencyjną. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uznał, iż zależności kapitałowe

pomiędzy operatorem stacjonarnym – Telekomunikacja Polska S.A. oraz spółką PTK Centertel Sp. z o.o. pozostają bez znaczenia dla wyniku postępowania, a usługa bezpłatnych połączeń na wybrane numery stacjonarne jest ogólnie dostępną usługą oferowaną przez operatorów świadczących usługi telefonii komórkowej.

Kolejny zarzut nie uwzględniony przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, dotyczy braku oddzielnej stawki za połączenia dla urządzeń FCT w szczegółowej kalkulacji ceny. Za zakończenie połączenia w innej sieci GSM operator musi zapłacić innemu operatorowi stawkę interconnectową, która obecnie wynosi 0,33 zł. netto za każdą minutę połączenia. W przypadku połączeń z telefonów GSM wysokość stawek za połączenia jest uzależniona od ruchu wychodzącego i przychodzącego. Nieuwzględnienie odrębnej stawki za minutę połączenia dla urządzeń FCT będzie powodowało konieczność zaproponowania wyższych stawek za połączenia do innych operatorów GSM. Brak informacji na temat skali ruchu telekomunikacyjnego wykonywanego z urządzeń FCT i brak zagwarantowania maksymalnej liczby połączeń uniemożliwia ujednoczenie stawek w obszarze połączeń realizowanych bez wykorzystania urządzeń FCT i z wykorzystaniem tych urządzeń (poz. 10 „szczegółowej kalkulacji cenowej”). Zdaniem Zamawiającego nie zachodzi potrzeba uwzględnienia w pozycji 10 tabeli – szczegółowa kalkulacja, oddzielnych stawek za połączenia z urządzeń FCT, ponieważ ruch telekomunikacyjny wygenerowany przez 46 urządzeń FCT stanowić będzie zaledwie kilka procent tej pozycji. W ocenie Odwołującego, brak informacji o skali ruchu z urządzeń FCT wymusi konieczność uwzględnienia wyższej kwoty, czyniąc ofertę mniej konkurencyjną w stosunku do oferty wykonawcy świadczącego aktualnie usługi telekomunikacyjne na rzecz Zamawiającego i posiadającego informacje w tym zakresie. Ujednoczenie stawek w tym obszarze (połączeń realizowanych bez wykorzystania urządzeń FCT i z wykorzystaniem tych urządzeń) zmusza wykonawcę do kompensowania nierentownych połączeń z urządzeń FCT, co w sytuacji braku możliwości precyzyjnego zagwarantowania maksymalnej liczby połączeń sprawia, że ujednoczenie stawek jest praktycznie niemożliwe.

Zamawiający dokonał przedwcześnie modyfikacji specyfikacji w dniu 27 października 2008 r., tj. przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w sposób rażąco naruszając art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp. Zmienił między innymi treść § 2 ust. 6 postanowień umowy, stosownie do rozstrzygnięcia, nie bacząc na ustalenie czy rozstrzygnięcie było prawidłowe. Zamawiający podtrzymał wymóg maksymalnej kwoty abonamentu w kwocie 5 zł.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ocena stanu faktycznego sprawy nie potwierdza naruszenia przez Zamawiającego zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba uznała, iż ustalenie przez Zamawiającego maksymalnej kwoty jednostkowej za urządzenie w wysokości 1 zł. netto (pkt 3.2.siwz) oraz wysokości abonamentu nie większej niż 5 zł. netto (§ 2 ust. 1 załącznika nr 4 do siwz), nie narusza uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wprowadzone przez Zamawiającego zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia, mają na celu ochronę interesów Zamawiającego przez wyłączenie konieczności ponoszenia w ramach abonamentu kosztów darmowych minut, których mógłby on nie wykorzystać w okresie obowiązywania umowy. Wykonawcy mogą koszt zakupu urządzeń uwzględnić w cenie połączenia. Wszyscy wykonawcy mają zatem jednakowe warunki dla przygotowania oferty. Odwołujący zarzucał, iż ograniczenie wysokości opłat prowadzi do naruszenia swobody wyboru przez wykonawcę modelu biznesowego dla kalkulacji ceny. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający miał prawo przyjąć rozwiązanie dla nie korzystniejsze z punktu widzenia ekonomicznego, a także racjonalnego wydatkowania środków pieniężnych, a które nie narusza równowagi wykonawców w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku zapewnienia w ramach abonamentu połączeń na wybrane numery stacjonarne Zamawiającego, Izba uznała, iż nie narusza on zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający uwzględniając w rozstrzygnięciu protestu częściowo zarzut, dokonał modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez dodanie załącznika nr 7, w którym wykazał średniomiesięczny ruch telekomunikacyjny przypadający na jedną aktywację, w rozbiciu na połączenia do operatorów GSM oraz z sieciami stacjonarnymi w Biznes Grupie i poza nią. Zamawiający zaznaczył, iż dane mają charakter szacunkowy i mogą one ulec zmianie w zależności od potrzeb Zamawiającego, a koszty połączeń będą rozliczane zgodnie z ich faktycznym wykorzystaniem i cenami jednostkowymi wskazanymi przez Wykonawcę w formularzu ofertowym – pozycja 10-12. Kwota abonamentu w wysokości 5 zł., nie uwzględnia kosztów połączeń z operatorami sieci komórkowych i stacjonarnych, a jedynie stanowi wynagrodzenie za gotowość świadczenia usługi przez operatora. Tym samym stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu, iż „zasadne jest żądanie modyfikacji SIWZ w ten sposób, by opłaty za połączenia na numery stacjonarne (w tym owe 24.000) nie były zawarte w abonamencie, a były określone przez wykonawców w ramach ich swobody do kształtowania treści oferty”, zostało potwierdzone w treści załącznika nr 7 do siwz. Zamawiający odwołuje się do tego załącznika w treści zmienionego formularza oferty, w tym również w odniesieniu do pozycji dotyczącej „stawki za minutę połączenia do operatora sieci stacjonarnej poza biznes grupą na terenie kraju”. W ocenie składu orzekającego,

Zamawiający będzie rozliczał koszt połączenia z operatorem sieci stacjonarnej w Biznes Grupie, według stawki wskazanej w formularzu ofertowym w pozycji nr 11. Ponadto, Zamawiający dokonując modyfikacji treści siwz, zastrzegł w § 2 ust. 6, iż w dniu podpisania umowy zostanie przekazany wykonawcy załącznik nr 12 z numerami stacjonarnymi Zamawiającego (nie więcej niż 24.000 numerów). W ocenie składu orzekającego, wykonawcy działający na rynku usług telekomunikacyjnych posiadają wiedzę o wysokości opłat za połączenia do operatorów sieci stacjonarnej. Skoro Zamawiający oczekuje podania jednolitej stawki za połączenie (co nie było zaskarżone przez Odwołującego), nie zachodzi konieczność przekazywania szczegółowej informacji o wybranych numerach stacjonarnych Zamawiającego.

Skład orzekający oddalił również zarzut dotyczący braku wydzielenia odrębnej stawki za minutę połączenia dla urządzeń FCT. Jak przyznał sam Odwołujący w treści protestu (strona 4), „Taka konstrukcja SIWZ jest niekorzystna dla Zamawiającego, gdyż stawki za połączenia z urządzeń FCT są wyższe niż stawki za połączenia do operatorów GSM wykonywanych z telefonów komórkowych”. W ocenie składu orzekającego, przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Każdy z operatorów ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego będzie stał przed koniecznością właściwego oszacowania stawki na jednakowych warunkach. Jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego posiadający wiedzę i doświadczenie ponoszą ryzyko związane z podejmowaniem decyzji finansowych. Każdy z wykonawców dokonuje indywidualnej oceny poziomu ryzyka, jakie jest w stanie zaakceptować przy podejmowaniu decyzji gospodarczej. Odwołujący oczekuje od Zamawiającego gwarancji maksymalnej liczby połączeń, jakie będą wykonywane z urządzeń FCT, której Zamawiający nie może udzielić. Zamawiający zamierza ponownie wykorzystać urządzenia przez Niego zakupione, umożliwiające obniżenie kosztów połączeń wykonywanych z telefonów stacjonarnych do sieci operatorów GSM, a z których nie korzystał od ponad roku czasu. Ustalenie maksymalnej ilości połączeń, jakie byłyby wykonywane w okresie trwania umowy, obejmującym 24 miesiące, nie byłoby celowe z punktu widzenia Zamawiającego. To Odwołujący, jak każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje analizy swoich możliwości oraz dokonuje bilansu korzyści i ryzyka z nim związanego. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie może prowadzić do zwiększenia stawki za minutę połączenia do operatora GSM i wiąże się również z ryzykiem ponoszenia wyższych kosztów, które Zamawiający zaakceptował. W ocenie składu orzekającego, postawiony zarzut należy oceniać w kategorii ryzyka biznesowego, a nie naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzutu zgłoszonego w odwołaniu i dotyczącego naruszenia art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp, Izba nie rozpoznała na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy pzp. Odwołujący, skoro nie zgadzał się z modyfikacją siwz dokonaną przez Zamawiającego przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, mógł wnieść protest wobec tej czynności. Odwołujący natomiast podniósł w odwołaniu nowy zarzut, który nie był zawarty w proteście.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zamieścił błędne pouczenie o terminie na wniesienie odwołania. Zamawiający wskazał termin zmieniony ustawą z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), określony w art. 184 ust. 2 ustawy. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy zmieniającej, do protestów wnoszonych od dnia wejście w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI (poświęconego środkom ochrony prawnej), w nowym brzmieniu. Ustawa z dnia 4 września 2008 r. weszła w życie po upływie 30 dni od dnia jej ogłoszenia, tj. 24 października 2008 r. Protest w niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł przed wejściem w życie nowych przepisów, a zatem art. 184 ustawy stosuje się w brzmieniu dotychczasowym. Niezależnie od błędnego pouczenia o dłuższym terminie do wniesienia odwołania, Odwołujący wniósł odwołanie w terminie właściwym, a zatem naruszenie, jakiego dopuścił się Zamawiający pozostawało bez znaczenia dla skutecznego wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy 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*