

Sygn. akt: KIO 1578/12

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2012r. przez wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - PTK Centertel Sp. z o.o. z Warszawy w postępowaniu w sprawie udzielania zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego - 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z Bydgoszczy w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.] [dalej ustawa Pzp] , którego przedmiotem są „Usługi łączności komórkowej wraz z transmisją danych i dostawa urządzeń”. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem wykonawcy umożliwiają złożenie oferty jedynie jednemu wykonawcy działającemu na rynku krajowym. Wykreślenie lub zmiana poniżej wskazanych postanowień SIWZ umożliwi Odwołującemu złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia. Wykonawca zarzucił naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, polegające na zamieszczeniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań umożliwiających złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy działającemu na rynku krajowym, to jest zapewnienie: a) dostępu do mobilnego Internetu w technologii LTE oraz b) zapewnienia usługi „push to talk”;
- 2) art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ustawy, poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, polegający na: a) braku podania w siwz danych historycznych dotyczących liczby i struktury połączeń realizowanych przez zamawiającego oraz b) żądaniu uruchomienia na jednej karcie SIM dwóch numerów telefonów, z których jeden ma być numerem służbowym z puli wykonawcy, a drugi - numerem prywatnym użytkownika.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób wskazany w odwołaniu. W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:

Ad. 1) a)

W rozdz. III Opis przedmiotu zamówienia, pkt 3.1. 17) Zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił w ramach opłaty abonamentowej dostęp do mobilnego Internetu technologii LTE pozwalającej na transmisję danych z prędkością do 100 Mb/s z gwarancją prędkości do wyczerpania limitu (minimum 9 GB odebranych lub wysłanych danych). Zdaniem wykonawcy to postanowienie ma charakter dyskryminacyjny, jako, że nie wynika z

potrzeb Zamawiającego, a jedynym operatorem świadczącym usługę w tej technologii jest Polkomtel sp. z o.o. W związku z tym wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcie wymogu świadczenia usług w technologii LTE.

Ad. 1) b)

W rozdz. III „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 3.1.16) tiret 3 Zamawiający wymaga, aby w ramach usługi zagwarantowana była transmisja głosu po głosie w trybie jeden do wielu i jeden do jednego w zryczałtowanej opłacie, pozwalającej jednocześnie przy wykorzystaniu jednego przycisku nawiązać połączenie do grup osób (ok. 20 użytkowników). Zamawiający dopuszcza usługi równoważne nie generujące dodatkowych kosztów dla zamawiających lecz czas nawiązywania alternatywnego połączenia ze względu na specyfikę grup użytkowników musi być nie dłuższy niż 30 sekund. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający poprzez żądanie dostarczenia ww. usługi nazywanej powszechnie „naciśnij i mów” (push to talk) naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Przewiduje, bowiem możliwość wykorzystania usługi nawiązania jednego połączenia do wielu osób, z wykorzystaniem pakietowej transmisji danych. Funkcjonalność ta realizowana jest wyłącznie przez usługę „push to talk” i dlatego poprzez powyższe postanowienie Zamawiający dopuścił do sytuacji, w której ofertę złoży wyłącznie jeden wykonawca realizujący tego typu usługę (Polkomtel sp. z o.o.). Żądanie uruchomienia takiej usługi powoduje, że wykonawcy którzy z powodzeniem świadczą usługi telefonii komórkowej pozbawieni zostają możliwości uzyskania zamówienia. Takie działanie ma na celu preferowanie wyłącznie jednego wykonawcy, a tym samym ma charakter dyskryminujący w odniesieniu do pozostałych potencjalnych wykonawców. Wykonawca podniósł jednocześnie, że pprzedstawionej oceny naruszenia art. 7 i 29 ust. 2 ustawy nie zmienia fakt, że Zamawiający „dopuszcza usługi równoważne niegenerujące dodatkowych kosztów dla Zamawiającego”, a następnie stwierdza, że „czas nawiązania alternatywnego połączenia ze względu na specyfikę grup użytkowników „musi być nie dłuższy niż 30 sekund”. Powyższe postanowienie tylko pozornie dopuszcza realizację rozwiązań równoważnych. Na wstępie należy wskazać na priorytety w transmisji danych. Zamawiający pomija milczeniem, że zestawienie połączeń dla „specyficznej grupy użytkowników” ma odbywać się z najwyższym priorytetem w sieci operatora. Transmisja pakietowa ma w sieciach operatorów zawsze niższy priorytet niż transmisja głosu. Oznacza to, że jeżeli w danej chwili w sieci operatora brak zasobów (przeciążenie sieci), to aby zrealizować połączenie z najwyższym priorytetem (głosowe) automatycznie zwalniane są zasoby sieci operatora tak, aby połączenia z najwyższym priorytetem mogły być zrealizowane. Oznacza to, że jeżeli wskutek realizacji połączeń głosowych operator będzie miał zajęte zasoby, to takie połączenie głosowe poprzez sieć pakietową nie zostanie zestawione (ma niższy priorytet niż połączenia głosowe) lub zostanie zestawione, ale z dużym opóźnieniem. W konkluzji stwierdził, że jeżeli Zamawiający uważa, że ta usługa jest dla niego newralgiczna,

ponieważ musi mieć możliwość zestawienia rozmów do wielu osób w sytuacjach awaryjnych to oznacza, że Zamawiający chce wykorzystać do celów związanych z bezpieczeństwem usługę, która nie zapewnia właściwych parametrów jakościowych i nie powinna być wykorzystywana do celów związanych z bezpieczeństwem.

Ad. 2)a)

Zamawiający w załączniku do siwz podał procentową strukturę połączeń do poszczególnych operatorów. Jednocześnie Zamawiający nie podał żadnych danych obrazujących wolumen realizowanych usług (liczba minut połączeń, sms, mms). Dane te chociaż mają charakter historyczny, pozwalają na szacowanie spodziewanego wolumenu zamawianych usług, a więc umożliwiają należyłą kalkulację cen ofertowych. W obecnym stanie rzeczy, wykonawcy inni niż operator aktualnie świadczący usługi, nie są w stanie poprawnie skalkulować swoich ofert. W związku z tym wniósł o nakazanie Zamawiającemu podanie wolumenu połączeń realizowanych przez Zamawiającego w podziale na rodzaje połączeń.

Ad. 2b)

W rozdz. III „Opis przedmiotu zamówienia”, w pkt 3.1. 10) Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca zobowiązany będzie do uruchomienia usługi pozwalającej na zaimplementowanie na jednej karcie SIM dwóch numerów telefonów, tj. numeru służbowego z aktywacją na koncie Zamawiającego i numeru prywatnego z aktywacją na koncie osoby fizycznej, przy czym osobą fizyczną w powyższym zapisie jest użytkownik będący personelem zarządzającym i medycznym, który posiada indywidualną umowę z działającym na rynku operatorem. Uruchomienie usługi nastąpi na 35 kartach SIM zgodnie z załącznikiem do umowy przekazany w chwili podpisania umowy. W myśl powyższego postanowienia wykonawca zobowiązany będzie świadczyć usługę z wykorzystaniem numerów telefonicznych należącym do puli numeracyjnej innych operatorów. Postanowienie to jest niezgodne z przepisami prawa telekomunikacyjnego. Ponadto realizacja tego postanowienia jest niemożliwa również z przyczyn technicznych - nie jest możliwe świadczenie usług dla dwóch różnych operatorów z wykorzystaniem jednej karty SIM należącej do jednego z tych operatorów.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Izba miała na uwadze dyrektywy wynikające z przepisu art. 190 ust.1 oraz art. 192 ust.7 ustawy Pzp. W myśl pierwszego z wymienionych przepisów, strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać

dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a zgodnie z drugim - Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Tak jak wynika z odwołania, zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Pzp, Odwołujący oparł na twierdzeniu, że Zamawiający w pkt 3.1. ppkt 17 i ppkt 16 dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, albowiem zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, w zakresie a) dostępu do mobilnego Internetu w technologii LTE oraz b) zapewnienia usługi „push to talk” umożliwiając tym samym złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy działającemu na rynku krajowym.

Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że Odwołujący nie uprawdopodobnił naruszenia wskazanych przepisów ustawy. W tym przypadku, bowiem wykonawca podnoszony zarzut odniósł wyłącznie do rynku krajowego, pomijając w szczególności, że RP jest krajem członkowskim Unii Europejskiej, a zatem ograniczenia dostępu wykonawców nie można odnosić tylko i wyłącznie do rynku krajowego. Stąd też Odwołujący w żaden sposób nie wykazał dyskryminacyjnego charakteru wskazanych postanowień specyfikacji w odniesieniu do szeroko rozumianego rynku wykonawców. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku krajowego muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, w sytuacji gdy nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach. Odwołujący w toku rozprawy przyznał w tym przypadku, że nie dysponuje usługą nazywaną „push to talk” [także NIM], albowiem jej uruchomienie wymagałoby od wykonawcy znacznych nakładów finansowych z perspektywą ich zwrotu w dłuższym okresie czasu, z uwagi na małe zainteresowanie tą usługą podmiotów krajowych. Także kalkulacje biznesowe wykonawcy nie mogą stanowić, zdaniem Izby, przeszkody dla wymagania przez Zamawiającego usługi o wyższym standardzie, tak jak w tym przypadku dostępu do mobilnego Internetu technologii LTE, pozwalającego na transmisję danych z określoną prędkością oraz korzystania – przy realizowanych zadaniach – z technologii umożliwiającej szybką komunikację w obrębie danej grupy osób. Tym samym wykonawca nie może żądać, aby w miejsce tej usługi o wyższym poziomie technologicznym Zamawiający ograniczył wymagania – w szczególności gdy już korzysta z usługi o tym standardzie - tylko pracy w zakresach częstotliwości HSDPA. Wreszcie Izba stwierdza, że Zamawiający w toku rozprawy uprawdopodobnił, że na rynku krajowym wymaganą usługę w zakresie kwestionowanego ppkt 16 i 17 pkt 3.6 specyfikacji jest w stanie zrealizować, co najmniej dwóch wykonawców, a mianowicie - wskazany przez wnoszącego odwołanie - wykonawca POLKOMTEL spółka z o.o. i cyfrowy Polsat S.A. z Warszawy. Izba stwierdza także, że brak jest dowodu na twierdzenie Zamawiającego, że wskazany wykonawca nie może konkurować w postępowaniu o zamówienie publiczne z wykonawcą POLKOMTEL

spółka z o.o. Tym samym nawet na rynku krajowym istnieje dwóch wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, które to postanowienia – jak ustaliła Izba - nie wskazują na konkretnego wykonawcę. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że chociażby z informacji zamieszczonej na stronie internetowej z dnia 12.01.2012 r. [http://pl.wikipedia.org/Wiki/Push_to_talk] wynika, że kwestionowaną usługę NIM wśród polskich operatorów oferuje także - Plus GSM oraz T- Mobile. W konkluzji Izba podkreśla, że nie wszyscy wykonawcy działający w danej branży w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia, co nie jest równoznaczne z tym, że ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Także zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust.1 oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp - mając na uwadze powoływane już wytyczne z art. 190 ust.1 oraz z art. 192 ust.7 ustawy Pzp - nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku naruszenie wskazanych przepisów wykonawca oparł na twierdzeniu, że przedmiot zamówienia został opisany niejednoznacznie i niewyczerpująco oraz, że w jego opisie nie uwzględniono wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, albowiem w siwz nie podano danych historycznych dotyczących liczby i struktury połączeń realizowanych przez zamawiającego. Drugi zarzut – ze wskazaniem na przepis art. 29 ust.1 ustawy Pzp – wykonawca odniósł do postanowienia pkt 3.1.10 siwz, zawierającego wymaganie uruchomienia na jednej karcie SIM dwóch numerów telefonów, z których jeden ma być numerem służbowym z puli wykonawcy, a drugi - numerem prywatnym użytkownika. W zakresie pierwszego z zarzutów, Izba stwierdziła, że wykonawca nie podał w odwołaniu, z jakiego okresu volumen danych, co do realizowanych dotychczas usług pozwalałby na szacowanie spodziewanego wolumenu zamawianych usług. Nie wskazał także dla kalkulacji, których cen ofertowych wymienionych w formularzu cenowym takie dane byłyby niezbędne, bądź, według którego z kryteriów podanych w pkt 14.1 siwz jego oferta – wobec braku takiej informacji –mogłaby uzyskać obiektywnie nieuzasadnienie niższą punktacją. Tak jak ustaliła Izba Zamawiający tylko w jednym przypadku w formularzu oferty [p.2 tiret] wymaga podania proponowanej ilości minut, jednakże dotyczy to tylko abonamentu za korzystanie z sieci firmowej i nie ma to znaczenia – zdaniem Izby – dla oceny oferty wg ustalonych w siwz kryteriów. Tym samym w tej sprawie ma dodatkowo odpowiednie zastosowanie norma z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którą uwzględnienie zarzutu może mieć miejsce tylko wtedy, gdy ma to wpływ na wynik postępowania. Izba na marginesie zwraca uwagę, że nie odniesienie abonamentu do stosowanego w praktyce obiektywnego parametru takiego, jak np. liczba minut – może prowadzić do wyboru oferty nie zawsze ekonomicznie najkorzystniejszej. Jednakże taki

sposób kalkulacji cen ofertowych nie wynika ze specyfikacji i tym samym – uwzględniając te okoliczności faktyczne - żądane przez wykonawcę dane - zdaniem Izby - pozostają bez wpływu na wymagania wynikające z tej specyfikacji. W odniesieniu do ostatniego z zarzutów dotyczącego pkt 3.1.10 siwz, Izba stwierdza, że każdy zwrot użyty w specyfikacji powinien być przede wszystkim rozważany w kontekście danego stanu faktycznego, a w tym przypadku - także prawnego. Dla rozumienia pewnych niedookreślonych pojęć, nie bez znaczenia jest także okoliczność, że dane zamówienie jest niewątpliwie dedykowane przede wszystkim do profesjonalistów – podmiotów zdolnych wykonać dane zamówienie w wymaganym zakresie. Tak jak stwierdził sam Odwołujący na rozprawie, realizacja uruchomienia usługi pozwalającej na zaimplementowanie na jednej karcie SIM dwóch numerów telefonów – służbowego z aktywacją na koncie Zamawiającego i numeru prywatnego z aktywacją na koncie osoby fizycznej (pracownikiem), który posiada indywidualną umowę z danym operatorem [innym niż Odwołujący] będzie wymagało podjęcia czynności zmierzających do zmiany operatora przy zachowaniu przez klienta – osobę fizyczną – dotychczasowego numeru telefonicznego. Takie działania są dopuszczalne – także zdaniem wnoszącego odwołanie – przepisami prawa i stanowią przy rzeczywistym współdziałaniu zainteresowanej osoby jedyny możliwy sposób realizacji spornego wymagania.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając również 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: