

Sygn. akt: KIO/UZP 993/08

WYROK
z dnia 02 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Stanisław Sadowy**
 Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: **Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Inspektorat Sanitarny, ul. Długa 38/40, 00-238 Warszawa** protestu z dnia 27 sierpnia 2008r.

przy udziale wykonawcy XXX zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy XXX zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **PTK Centertel Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Główny Inspektorat Sanitarny, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi telekomunikacyjne telefonii mobilnej dla Państwowej Inspekcji Sanitarnej”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 13 sierpnia 2008 r., nr 2008/S 156-211230.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na:

1. wyborze trybu udzielenia zamówienia,
2. określeniu liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu, w liczbie mniejszej niż przewidziana w ustawie Pzp,
3. sporządzeniu ogłoszenia o zamówieniu publicznym w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w szczególności poprzez narzucenie treści dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług,

4. sporządzeniu ogłoszenia o zamówieniu publicznym w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, z uwagi na żądanie nieodpłatnego świadczenia usług telefonii komórkowej,
5. sporządzeniu ogłoszenia o zamówieniu publicznym w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, powodującego ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 10 oraz art. 60a i następnych ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z prowadzeniem postępowania o udzielnie przedmiotowego zamówienia w trybie innym niż podstawowe tryby udzielania zamówienia,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ustawy Pzp oraz przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z narzuceniem treści dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 60d ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z określeniem liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu w liczbie mniejszej niż przewidziana w ustawie Pzp,
4. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 139 ust. 1, art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez żądanie nieodpłatnego świadczenia usług telefonii komórkowej,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 oraz art. 82 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający wykonawcę co do sposobu przygotowania oferty i spełnienia świadczenia,
6. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 oraz art. 82 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, powodującego ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu oraz:

1. doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp oraz stosowną modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu,
2. ewentualnie w sytuacji braku możliwości modyfikacji treści ogłoszenia o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż:

1. w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki, które uzasadniałyby zastosowanie do udzielenia zamówienia publicznego trybu dialogu konkurencyjnego (nie zachodzi przesłanka z art. 60b ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający w sposób szczegółowy opisał potrzeby i wymagania w stosunku do usług będących przedmiotem zamówienia, w tym prawidłowo dokonał opisu przedmiotu zamówienia);
2. Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu zawarł wymóg przedłożenia referencji posiadających określoną treść, a co jest sprzeczne z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, z którego wynika, iż listy referencyjne mogą jedynie potwierdzić należyte wykonanie zamówienia,
3. Zamawiający w treści ogłoszenia zawarł postanowienie, iż zaprasza do dialogu konkurencyjnego trzech wykonawców, podczas gdy zgodnie z przepisami ustawy Pzp zobowiązany jest zaprosić nie mniej niż pięciu wykonawców,
4. zażądał nieodpłatnego świadczenia usług telefonii komórkowej (powyższe wynika z treści załącznika nr 3 „Opis potrzeb i wymagań Zamawiającego”, w którym zobowiązuje wykonawców do zaoferowania bezpłatnej taryfy głosowej dla usług telefonii komórkowej, będących przedmiotem zamówienia, a co stanowi nadużycie pozycji ekonomicznej Zamawiającego i jest sprzeczne z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp oraz ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem),
5. opisu przedmiotu zamówienia dokonano w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, ograniczając wykonawcę co do sposobu przygotowania oferty i spełnienia świadczenia, tj.:
 - a) poniesienia przez wykonawcę kosztów zmiany operatora, tym samym preferowanie obecnego operatora,
 - b) pokrycia zobowiązań finansowych Zamawiającego wynikających z kar umownych nie zakończonych umów częściowych z dotychczasowymi operatorami,
 - c) sprzedaży zamawiającemu akcesoriów do aparatów telefonicznych za cenę 1 zł,
6. ograniczył krąg wykonawców, poprzez postawienie wymogu zapewnienia usługi łączności głosowej w czasie rzeczywistym, opartej na technologii przesyłu danych (np. GPRS), która może być realizowana wyłącznie przez usługę „naciśnij i mów”, a tego rodzaju komercyjną usługę świadczy tylko jeden wykonawca.

W dniu 29 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, zamieścił kopię protestu na stronie internetowej www.gis.gov.pl oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 1 września 2008 r. wykonawca Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie).

Pismem z dnia 5 września 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego:

- uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 3, dotyczącego treści pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, tj. sprostowanie treści ogłoszenia, poprzez wpisanie w ww. punkcie wyrazów: „przewidywalna minimalna liczba: 5”,
- oddalenie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 4, 5 i 6.

W uzasadnieniu do oddalenia protestu Zamawiający podniósł:

1. w zakresie zarzutu nr 1, iż wszyscy wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego mogą do tego postępowania przystąpić, będą równo traktowani, a wymagania przedmiotowe zostaną ostatecznie określone dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz”, po rozmowach z wykonawcami spełniającymi warunki podmiotowe. Zastosowanie dialogu konkurencyjnego uzasadnia:
 - brak u Zamawiającego specjalistów w dziedzinie objętej przedmiotem zamówienia,
 - możliwość dialogu ze specjalistami wykonawców, którzy tego rodzaju usługi już wykonywali, a tym samym zapewnienia konkurencyjność i pełne ujęcie potrzeb Zamawiającego,
 - opracowanie ostatecznej wersji „opisu potrzeb i wymagań Zamawiającego” dopiero po przeprowadzeniu dialogu ze specjalistami,
 - złożony charakter zamówienia powodujący brak możliwości opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który uwzględniłby potrzeby usługobiorców i jak największą liczbę wykonawców, a także niemożność określenia uwarunkowań prawnych i finansowych wykonania zamówienia.
2. w zakresie zarzutu nr 2, iż nie narzuca treści składanych dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, a żąda jedynie przedłożenia referencji lub innego dokumentu; żądanie dodatkowych danych (określenie wartości minimalnej usług, dat wykonania) ma jedynie dyscyplinować Zamawiającego, aby ocena wniosków nie była dowolna. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów w § 1 ust. 2 nie ogranicza się jedynie do dopuszczenia stwierdzenia należytego wykonania dostaw lub usług ale wskazuje także na dookreślenie przez Zamawiającego cech dostawy (usługi), która ma być należyście wykonana,

3. w zakresie zarzutów nr 4-6, iż są one bezpodstawne, gdyż miały być przedmiotem dialogu konkurencyjnego,

Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 10 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego tej samej dacie wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 września 2008 r.), podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Natomiast cofnął na rozprawie zarzut 3, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 60d ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z określeniem liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu w liczbie mniejszej niż przewidziana w ustawie Pzp, gdyż zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego. Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 10 września 2008 r.

Pismem z dnia 12 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, zamieścił kopię odwołania na swej stronie internetowej (Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przedmiotowe pismo otrzymała w tej samej dacie) oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania. Przedmiotowe postępowanie istotnie zostało unieważnione, ale unieważnienie nie jest jeszcze prawomocne. Termin na składanie protestów upływa bowiem w dniu 2 października 2008 r., a Odwołujący jeszcze nie wie czy złoży środek odwoławczy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 10 oraz art. 60a i następnymi ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z prowadzeniem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie innym niż podstawowe tryby udzielania zamówienia, nie potwierdził się.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (nr 2008/S 156-211230) zamieścił ogłoszenie o zamówieniu „Usług

telekomunikacyjnych telefonii mobilnej dla Państwowej Inspekcji Sanitarnej”, wskazując iż przedmiotowe postępowanie zostanie przeprowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego (sekcja IV: Procedura, IV.1) rodzaj procedury; IV.1.1) rodzaj procedury).

Odwołujący w proteście, jak i w odwołaniu, zakwestionował prawidłowość zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego.

Zamawiający, uzasadniając zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego w rozstrzygnięciu protestu (w dokumentacji przetargowej poza wskazanym dokumentem oraz zapisem w protokole postępowania brak jest innych dokumentów, które zawierałyby informacje o podstawach wszczęcia postępowania w kwestionowanym trybie), a także na rozprawie, wskazał na: brak w kadrze pracowniczej Zamawiającego specjalistów w dziedzinie objętej przedmiotem zamówienia, możliwość dialogu ze specjalistami wykonawców, którzy tego rodzaju usługi już wykonywali, zapewnienie konkurencyjności i pełnego ujęcia potrzeb Zamawiającego, możliwość opracowanie pełnej (ostatecznej) wersji „opisu potrzeb i wymagań Zamawiającego” po przeprowadzeniu konsultacji (dialogu) ze specjalistami w dziedzinie objętej zamówieniem, a także złożony charakter zamówienia. Zamawiający wskazywał też na okoliczność braku możliwości obiektywnego określenia uwarunkowań prawnych i finansowych wykonania zamówienia

Art. 10 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Poza powyższymi trybami, których zastosowanie nie wymaga zaistnienia dodatkowych przesłanek, art. 10 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zastosowania trybów pozostałych, ale tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednym z takich trybów stosowanych w przypadkach wskazanych w ustawie jest dialog konkurencyjny. Dla jego zastosowania, zgodnie z art. 60b ustawy Pzp, muszą zaistnieć łącznie dwie przesłanki, tj.:

1. nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia,
2. cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Bezspornym jest, iż druga przesłanka wskazana w tym przepisie (art. 60b ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) w niniejszym postępowaniu faktycznie zaistniała. Kwestią sporną pomiędzy stronami postępowania było natomiast istnienie przesłanki pierwszej (art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Aby można było mówić o istnieniu powyższej przesłanki musi wystąpić nie tylko niemożność udzielenia zamówienia w trybie przetargowym, ale zamówienie musi mieć złożony charakter, w konsekwencji czego niemożliwym jest opis przedmiotu zamówienia

zgodnie z art. 30 i 31 lub musi wystąpić niemożność określenia uwarunkowań prawnych lub finansowych udzielenia zamówienia.

Tak więc przedmiotem zamówienia musi być przedmiot, co do którego „nie przyjęto jednolitych standardów, czy to w drodze normatywnej, czy też faktycznej przez działanie rynku, jak również obiektywna niemożność dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymaganych parametrów i cech jakościowych, ale także obiektywnego opisu funkcjonalnego (...) niemożność ta nie może wynikać jedynie z przyczyn subiektywnych, zależnych od zamawiającego” (M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 239). Jednocześnie przywołany przepis art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje alternatywną przesłankę, tj. brak obiektywnej możliwości określenia uwarunkowań prawnych lub finansowych związanych z wykonaniem zamówienia.

Dokonując oceny spełnienia powyższej przesłanki należy więc ustalić, czy dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest możliwe przez Zamawiającego z uwzględnieniem jego działalności i możliwości organizacyjnych oraz charakteru zamówienia.

Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, przed wszczęciem postępowania o przedmiotowe zamówienie przeprowadził rozpoznanie rynku, mimo to uzyskana wiedza nie była na tyle szeroką na temat objęty przedmiotem zamówienia, aby mógł określić jednoznacznie przedmiot zamówienia, w tym wskazać konkretne kwestie związane z ukształtowaniem warunków finansowych zamówienia w konsekwencji przeprowadzić postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Dlatego też podjął decyzję o wszczęciu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, aby mieć możliwość przeprowadzenia dialogu z wykonawcami działającymi w branży, a tym samym uzyskania profesjonalnej wiedzy na temat objęty przedmiotem zamówienia, przy czym nie wykluczył z racji zastosowanego trybu i możliwości jaki dają przepisy ustawy Pzp w tym zakresie, modyfikacji swych wymagań, w następstwie dialogu z wykonawcami, w sporządzonej siwz.

Jak słusznie podkreślił Zamawiający na rozprawie, zgodnie z art. 60c ust. 1 ustawy Pzp, istotnym elementem ogłoszenia o wszczęciu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego jest wskazanie opisu potrzeb i wymagań Zamawiającego, celem umożliwienia przygotowania się wykonawców do udziału w dialogu.

Zdaniem Izby zamieszczone przez Zamawiającego ogłoszenie zawiera na tyle wyczerpujące informacje, iż na ich podstawie wykonawcy mogą podjąć decyzję o ewentualnym przygotowaniu się do dialogu z Zamawiającym, a następnie podczas dialogu przedstawić proponowane rozwiązania, w tym w zakresie związanym ze sposobem finansowania i określenia ceny oferty usługi oraz kwestii prawnych związanych z zawieraniem kolejnymi umowami w związku z alternatywną realizacją tej usługi. Rozwiązania te Zamawiający może przyjąć i uwzględnić w siwz. Tym bardziej, iż Zamawiający zadeklarował zarówno w rozstrzygnięciu protestu, jaki na rozprawie, iż możliwa jest

rezygnacja przez niego z wymogu świadczenia niektórych usług, jak również innych wymogów, o ile w trakcie dialogu okaże się, iż może je zrealizować tylko jeden wykonawca. Wiedzę taką Zamawiający jest jednak w stanie pozyskać dopiero w wyniku przeprowadzenia dialogu konkurencyjnego.

Istotą dialogu konkurencyjnego jest bowiem możliwość modyfikowania wymagań co do przedmiotu zamówienia, na podstawie wiedzy uzyskanej w trakcie dialogu, które zostają określone w następnie sporządzonej siwz.

Dodatkowo należy podnieść, iż Odwołujący jest niekonsekwentny w formułowaniu zarzutów. W uzasadnieniu do zarzutu powyższego (zarzutu nr 1) podnosi, iż „zamawiający w sposób szczegółowy opisał potrzeby i wymagania w stosunku do usług będących przedmiotem zamówienia, w tym dokonał opisu przedmiotu zamówienia”. Natomiast w uzasadnieniu do zarzutów nr 4-6 zakwestionował właśnie opis przedmiotu zamówienia, jednocześnie powołując się na konkretne (wskazane w uzasadnieniu do poszczególnych zarzutów) zapisy.

Skład orzekający Izby nie znalazł więc podstaw do uznania, iż do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania tryb dialogu konkurencyjnego jest niedopuszczalny. Podkreślenia wymaga i to, iż także Odwołujący przyznał na rozprawie, że jest możliwym zastosowanie kwestionowanego przez niego trybu, o ile zostaną uwzględnione pozostałe podniesione przez niego zarzuty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ustawy Pzp oraz przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z narzuceniem treści dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług, nie potwierdził się.

Zamawiający w treści ogłoszenia zawarł postanowienia: „Do wykazu usług należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie każdej pozycji wykazu, (...), w postaci referencji, protokołu odbioru lub innych dokumentów wykazujących należyte wykonanie zamówienia. Informacje dotyczące daty zrealizowania usługi mogą być zawarte w fakturach z opisem, czego i której części usługi dotyczą” oraz „Referencje lub inne dokumenty wykazujące należyte wykonanie każdej pozycji wpisanej do wykazu usług”.

Odwołujący zakwestionował powyższe zapisy, wskazując iż Zamawiający żąda referencji zawierających ściśle określoną treść, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami.

Skład orzekający Izby uznał, iż z analizy treści ogłoszenia jednoznacznie wynika, iż Zamawiający nie narzuca wykonawcom treści referencji lub innych dokumentów. Wskazuje jedynie, iż mają one potwierdzać należyte wykonanie usług objętych przedmiotem

zamówienia (III.1.4A4 ogłoszenia o zamówieniu) wskazanych przez wykonawcę w wymaganym wykazie usług. Natomiast z treści wskazanego przez Odwołującego zapisu, jak i treści ogłoszenia, wynika, iż istotnie referencje mają potwierdzać wykonanie usługi z należytą starannością, a dodatkowo treść referencji lub innych dokumentów może także potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż kwestionowany zapis należy czytać w powiązaniu z całością warunków stawianych wykonawcom. Wskazanie konkretnych dokumentów (referencji, protokołu odbioru) ma charakter przykładowy poprzez stwierdzenie Zamawiającego, że dopuszcza również inne dokumenty wskazujące na należyte wykonanie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 139 ust. 1, art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez żądanie nieodpłatnego świadczenia usług telefonii komórkowej, nie potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 3 do „Opisu potrzeb i wymagań Zamawiającego” pkt 1.4. „Taryfy” zawarł wymogi w stosunku do taryfy głosowej nr 1, nr 2 i nr 3, w których wskazane – enumeratywnie usługi- mają być świadczone bezpłatnie.

Odwołujący zakwestionował powyższe podnosząc, iż stoi to w sprzeczności z postanowieniami ustawy Pzp, zgodnie z którymi „przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne”.

Bezspornym jest, iż definicja zamówienia publicznego zawiera odpłatność umów.

Bezspornym jest także, iż Zamawiający nie oczekuje świadczenia z umów nieodpłatnych.

Z analizy załącznika nr 3 wynika jedynie, iż Zamawiający wymaga, aby określone usługi, w ramach usług realizowanych w stosunku do określonej taryfy głosowej były bezpłatne. Działający na rynku operatorzy w pakietach dla firm (ofertach) proponują bowiem bezpłatne świadczenie określonych usług, co nie oznacza, iż cała usługa świadczona jest bezpłatnie. Trudno wymagać, aby Zamawiający z sektora finansów publicznych miał być w gorszej sytuacji, niż zamawiający z poza tego sektora, z uwagi na to, iż nie mógłby skorzystać z atrakcyjniejszych, dostępnych na rynku ofert, które są ogólnie dostępne dla wszystkich odbiorców, a które różnią się jedynie zakresem objętych promocji.

Zamawiający – jak podkreślił na rozprawie - przeprowadził rozeznanie rynku, uzyskał określoną wiedzę w zakresie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, którą jednak mogą zweryfikować specjaliści wykonawców w trakcie dialogu i w konsekwencji nie wykluczył nawet wprowadzenia ewentualnych zmian w stosunku do niektórych wymagań.

Niemniej jednak należy podkreślić, iż już z treści ogłoszenia jednoznacznie wynika, iż zawarta umowa będzie umową odpłatną (sekcja IV Procedura, IV.2.1 Kryteria udzielenia zamówienia: cena oferty – waga: 50%). W jej ramach mogą znaleźć się pewne usługi

świadczone nieodpłatnie, czy też po promocyjnych cenach, co nie oznacza, iż cała umowa będzie umowa nieodpłatną.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 oraz art. 82 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający wykonawcę co do sposobu przygotowania oferty i spełnienia świadczenia, nie potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 3 do „Opisu potrzeb i wymagań Zamawiającego” pkt 1.3.d zamieścił postanowienie, iż wykonawca poniesie wszystkie koszty wynikające z pkt a)-c), tj. zachowania dotychczas używanych numerów, zapewnienia nowych aparatów telefonicznych. W punkcie 1.3.g wskazał, iż wykonawca (inny niż dotychczasowy operator) pokryje zobowiązania finansowe wynikające z rozwiązania umów częściowych (zobowiązania z tytułu kar umownych). Natomiast w pkt 1.6.1 „Akcesoria” zamieścił postanowienie, iż zakupi akcesoria (...) w cenie 1 zł/szt. lub równoważnie w cenie najniższej u danego operatora”.

Odwołujący podniósł, iż przywołane zapisy preferują dotychczasowych operatorów świadczących usługi na rzecz Zamawiającego, co stawia takich operatorów w pozycji uprzywilejowanej .w stosunku do innych wykonawców, a zapis dotyczący zakupu akcesoriów za kwotę 1 zł/szt. stanowi ingerencję Zamawiającego w cenę usługi, poprzez ustalenie wartości jednego z elementów tej ceny

Izba ustaliła, iż z treści powołanego załącznika wynika, iż niektóre umowy mogą być podpisane w późniejszym terminie, a w załączniku nr 2 wskazano koszt opłaty deaktywacyjnej dla poszczególnych aparatów telefonicznych i wykonawca na etapie kalkulowania ceny za realizację usługi ma możliwość ujęcia w cenie tych kosztów, w tym także kosztów z tytułu ewentualnych kar umownych.

Nie można się zgodzić także z argumentacją Odwołującego, iż cały ciężar kwestionowanych kosztów ponoszą jedynie nowi wykonawcy, gdyż z treści pkt 1.3.i wynika, iż wykonawca będący „dotychczasowym operatorem rozpoczynając bezzwłocznie obsługę numerów Zamawiającego umorzy zobowiązania finansowe wynikające z umów częściowych”.

Natomiast zakup akcesoriów za przysłowiową złotówkę jest powszechną praktyką na rynku tego rodzaju usług stosowaną przez operatorów celem pozyskania klientów. Trudno więc czynić Zamawiającemu z tego zarzut, że chce skorzystać z takiej możliwości.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Niemniej jednak Zamawiający zadeklarował ewentualną możliwość doprecyzowania kwestionowanych przez Odwołującego zapisów po przeprowadzeniu dialogu z wykonawcami i poznaniu stanowiska także innych wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 oraz art. 82 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, który powoduje ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców, nie potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 3 - wymagania w stosunku do taryfy głosowej nr 1, 2 i 3 zamieścił postanowienie „możliwość włączenia dla karty SIM z aktywacją głosową ryczałtowej usługi – łączność głosowa w czasie rzeczywistym, oparta na technologii przesyłu danych (np. GPRS) (...)”, która jednocześnie stanowi kryterium oceny ofert o wadze 10%.

Odwołujący podniósł, iż powyższy zapis ogranicza krąg wykonawców mogących zrealizować to zamówienie wyłącznie do jednego wykonawcy, który świadczy komercyjną usługę „naciśnij i mów”. Odwołujący usługi tej, w technologii wymaganej przez Zamawiającego, nie posiada w swej ofercie. Usługa ta – jak oświadczył na rozprawie - jest usługą komercyjną, nie jest oparta na prawie autorskim, a koszt zakupu urządzeń do jej realizacji jest bardzo wysoki.

Izba ustaliła, iż usługa ta nie jest niezbędna dla Zamawiającego, jednak jest dla niego ważna i konieczna. Natomiast w sytuacji, gdyby w trakcie dialogu okazało się, iż usługę w tej technologii wykonuje wyłącznie jeden wykonawca Zamawiający być może wycofa się z tego wymogu jako bezwzględnie koniecznego do wypełnienia.

Niemniej jednak należy podkreślić, iż brak usługi w technologii wymaganej przez Zamawiającego nie zamyka Odwołującemu możliwości wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdyż posiadanie tej usługi w kryterium wagi obejmuje jedynie 10% i na etapie dialogu kwestie te mogą być wyjaśnione, jak również Odwołujący może tak skalkulować ofertę, iż brak tej usługi nie przeszkodzi mu w złożeniu oferty, która może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący nie dysponując tą usługą nie otrzyma określonych punktów we wskazanym kryterium, ale jednocześnie jego oferta powinna być konkurencyjna w zakresie kryterium ceny, bowiem w cenie ofertowej nie będzie on wykazywał kosztów zakupu tej usługi jak wykonawca, który taką usługę aktywował i ją oferuje.

W tym miejscu Izba podkreśla, iż wszystkie zarzuty stawiane zapisom ogłoszenia, jak i opisowi przedmiotu zamówienia są możliwe do ewentualnego wyjaśnienia i ewentualnego doprecyzowania. Sam Zamawiający wielokrotnie podkreślał, iż z pewnych wymogów,

zapisów, czy też nieściśłości może zrezygnować. Powyższemu niewątpliwie służy tryb dialogu konkurencyjnego, który istotnie może doprowadzić do bardzo dokładnego opracowania przedmiotu zamówienia, co znajdzie odzwierciedlenie w sporządzonej w jego wyniku siwz. Niemniej jednak należy podkreślić, iż jeśli Zamawiającemu zależało na szybkim i sprawnym przeprowadzeniu postępowania powinien niewątpliwie skorzystać z trybu przetargowego.

Skład orzekający Izby nie zaliczył w poczet materiału dowodowego protestów: z dnia 01.10.2007 r. oraz 08.08.2008 r. wnoszonych przez Telekomunikację Polską S.A. oraz Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o., uznając, iż dotyczą one innych postępowań i nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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*