

znak: WAG-II-1-2910-662/.....^{91a}...../KK/2010

Katowice, dnia 1 lutego 2010 r.

DO**WYKONAWCÓW**

dotyczy: zamówienie nr **61/pn/2009** – świadczenie usług telekomunikacyjnych dla Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

W oparciu o art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, przekazuję rozstrzygnięcie wraz z uzasadnieniem rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Telekomunikację Polską S.A. w dniu 25.01.2010 r., w przetargu nieograniczonym na *świadczenie usług telekomunikacyjnych dla Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia*.


Rozstrzygnięcie protestu następuje z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 183 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Protest dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Protestujący żąda modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób opisany w uzasadnieniu protestu, tj.:

- 1) Protestujący domaga się modyfikacji SIWZ w ten sposób, że ceny podawane w formularzu ofertowym nie będą powiązane z cenami z cennika w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego, a cenniki te będą miały zastosowanie jedynie w zakresie usług nieujętych w formularzu cenowym.



www.nfz.gov.pl

- 2) Protestujący domaga się, aby Zamawiający zastrzegł, że podana w formularzu cenowym liczba minut ma jedynie charakter kalkulacyjny, a umowa będzie obowiązywać do pełnego wyczerpania kwoty zobowiązania określonego w umowie.
- 3) Protestujący domaga się modyfikacji SIWZ w ten sposób, że zmiana cenników nie będzie wpływała na ceny usług wyspecyfikowanych w formularzu ofertowym.

W dniu 29.01.2010 r. swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, po stronie Protestującego zgłosiła TelePolska Sp. z o.o. Należy stwierdzić, iż przystąpienie nastąpiło po terminie określonym w art. 181 ust. 4 pkt 2 ustawy. Przystąpienia nie można zatem uznać za skuteczne.

ROZSTRZYGNĘCIE PROTESTU

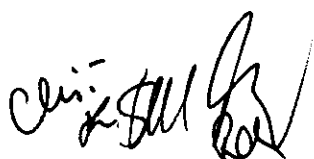
Protest wniesiony przez Protestującego Zamawiający w części dotyczącej żądania wskazanego powyżej w pkt 1 – oddala, zaś w części dotyczącej żądania wskazanego w pkt 2 i pkt 3 – uwzględnia w sposób określony w uzasadnieniu niniejszego rozstrzygnięcia.

UZASADNIENIE

Odnosnie pierwszego żądania, Protestujący nie wykazał, iż jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanki uzasadniające wnoszenie środków ochrony prawnej określone w art. 179 ust. 1 ustawy nie zostały zatem w tym zakresie spełnione, a zarzuty Protestującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy, należy ocenić jako bezzasadne.

Odnosnie postulatów, aby podana w formularzu cenowym liczba minut miała jedynie charakter kalkulacyjny, a umowa obowiązywała do pełnego wyczerpania kwoty zobowiązania określonego w umowie oraz, aby zmiana cenników nie wpływała na ceny usług wyspecyfikowanych w formularzu ofertowym, Zamawiający uwzględnia żądanie Protestującego w sposób opisany w niniejszym uzasadnieniu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego zarówno przedmiot zamówienia, jak i warunki realizacji zamówienia w poszczególnych pakietach, zostały opisane w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, z uwzględnieniem możliwie najszerszego wachlarza okoliczności



mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym kontekście, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy, uznać należy za nieuprawniony.

W kwestii pierwszego żądania Protestującego, aby zmodyfikować SIWZ w ten sposób, że ceny podawane w formularzu ofertowym nie będą powiązane z cenami z cennika w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego, a cenniki te będą miały zastosowanie jedynie w zakresie usług nieujętych w formularzu cenowym, należy podnieść, iż Protestujący oparł swoje żądania na mylnych założeniach. W żadnym bowiem miejscu SIWZ nie zastrzeżono, iż cennik usług telekomunikacyjnych Wykonawcy załączony do oferty musi być tzw. „cennikiem ogólnodostępnym”. Zapisy SIWZ nie ograniczają Wykonawcy w prawie do sporządzenia cennika usług telekomunikacyjnych dedykowanego dla konkretnego Zamawiającego. Zapis pkt III ppkt 2.2 SIWZ formułujący wymóg złożenia wraz z ofertą Cennika usług telekomunikacyjnych Wykonawcy (aktualnego), odnoszącego się do wszystkich usług telekomunikacyjnych objętych danym pakietem, nie wyklucza cenników stworzonych dla potrzeb danego zamówienia.

Twierdzenie Protestującego, jakoby SIWZ sugerowała, iż ceny podane w formularzu ofertowym powinny ściśle odpowiadać cenom podanym w cenniku w rozumieniu Prawa telekomunikacyjnego, w świetle powyższego należy ocenić jako nieuprawnione. Ponadto, w pkt XII ppkt 3 SIWZ wyraźnie zastrzeżono, iż w sytuacji, gdyby ceny jednostkowe netto podane przez Wykonawcę w formularzu opis przedmiotu zamówienia i kalkulacja cenowa były inne od cen wynikających z załączonego Cennika usług telekomunikacyjnych, przy ocenie oferty pod uwagę brane będą ceny podane przez Wykonawcę w formularzu.

Należy podkreślić, iż poziom cen ujętych w cenniku zależy od woli oraz możliwości Wykonawcy, w tym jego polityki cenowej. Postanowienia SIWZ nie ograniczają swobody Wykonawcy w kreowaniu ceny oferty – Wykonawca ma bowiem wpływ na wysokość poszczególnych jej elementów rozliczeniowych, np. poprzez cenniki dedykowane. Nie podlega natomiast dyskusji kwestia, iż SIWZ musi określać jednolite dla wszystkich Wykonawców zasady oraz sposób obliczania ceny oferty, tak, aby możliwie największy krąg Wykonawców mógł przygotować ofertę i wziąć udział w postępowaniu.

Reguły przyjęte w SIWZ dla obliczenia ceny połączeń do sieci komórkowych, połączeń międzynarodowych, a także połączeń na informację o numerach abonentów oraz na numery skrócone, opisane w pkt II lit. B formularzy opis przedmiotu zamówienia i kalkulacja cenowa, pozostają zatem w dotychczasowej postaci. Ze względu na zróżnicowanie stawek poszczególnych połączeń w ramach wskazanych wyżej rodzajów połączeń, co potwierdza dotychczasowa praktyka (np. różne stawki połączeń w zależności od operatora komórkowego, czy połączeń

międzynarodowych w ramach Unii Europejskiej w zależności od kraju), skalkulowanie ceny oferty bez odwołania się do kwestionowanych przez Protestującego zasad SIWZ oraz cennika mogłoby stanowić poważne ograniczenie dla potencjalnych Wykonawców.

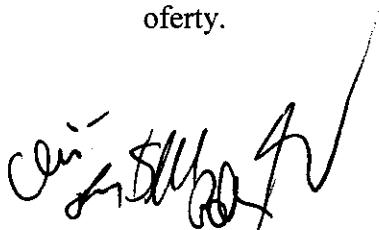
Z uwagi na specyfikę przedmiotowego zamówienia, z oczywistych przyczyn Zamawiający nie jest w stanie podać maksymalnej ilości minut połączeń z rozbiem na poszczególne sieci komórkowe, kraje UE, bądź połączeń na informacje o numerach lub numery skrócone.

Konstrukcja cennika usług telekomunikacyjnych jako części oferty, a następnie umowy, dla której cennik stanowi podstawę rozliczeń głównie w zakresie połączeń o zróżnicowanych stawkach, jest więc jak najbardziej uzasadniona.

Należy w tym miejscu zauważyć, iż powyższe nie wyklucza możliwości podania przez Wykonawcę jednej stawki (ceny jednostkowej) odpowiednio dla połączeń do wszystkich sieci komórkowych, krajów UE, czy połączeń na informacje o numerach abonentów oraz na numery skrócone. Wtedy stawka ta byłaby jednocześnie najwyższą z możliwych stawek za dane połączenie w cenniku Wykonawcy.

Zwraca się uwagę, iż SIWZ nie przewiduje możliwości korzystania z usług telekomunikacyjnych innych niż opisane w formularzu opis przedmiotu zamówienia i kalkulacja cenowa dla danego pakietu. Problem *usług nieuwjętych w formularzu cenowym* nie dotyczy przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do drugiego żądania Protestującego, Zamawiający uwzględnia je przyjmując, iż podana w formularzu opis przedmiotu zamówienia i kalkulacja cenowa liczba minut nie stanowi tzw. ilości maksymalnej, a ma jedynie charakter kalkulacyjny - szacunkowy, co oznacza dopuszczenie w trakcie realizacji umowy możliwości zwiększenia lub nie wykorzystania podanej ilości minut w ramach poszczególnych rodzajów połączeń, przy jednoczesnym monitorowaniu wysokości wynagrodzenia całkowitego umowy. Umowa będzie mogła zatem obowiązywać do wyczerpania kwoty zobowiązania określonego w umowie (wynagrodzenia całkowitego brutto), a wynikającego z kalkulacji cenowej oferty (cena brutto oferty), przy jednoczesnym przestrzeganiu zasad określonych w § 3 ust. 4 i 5 oraz § 4 ust. 5 i 6 wzoru umowy. Ilość minut zostaje zatem podana na potrzeby dokonania kalkulacji ceny oferty, czyli obliczenia wynagrodzenia całkowitego brutto umowy. Strony umowy będą rozliczać się do wysokości wynagrodzenia całkowitego brutto umowy według stawek podanych w ofercie (formularz opis przedmiotu zamówienia i kalkulacja cenowa oraz cennik). Zakres przedmiotowy wyznaczony rodzajem zamawianych połączeń telefonicznych zostanie zachowany, nie naruszając konstrukcji oferty.



W tym miejscu należy podnieść, iż przywołany przez Protestującego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.09.2005 r. (sygn. akt V Ca 1110/04) oraz opisany w nim stan faktyczny odnosi się do dostawy towarów; nie uwzględnia więc istoty i charakteru zamówienia polegającego na świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Niniejsze zamówienie ze względu na swoją specyfikę nie pozwala Zamawiającemu na jednoznaczne zadeklarowanie konkretnej minimalnej ilości minut lub minimalnej wysokości wynagrodzenia, jakie zostaną wykorzystane w trakcie realizacji umowy. Tego rodzaju zobowiązanie Zamawiającego mogłoby okazać się niemożliwe do spełnienia.

Należy podkreślić, iż w przypadku takich zamówień jak usługi telefoniczne Wykonawca może mieć jedynie pewność co do zapłaty tzw. opłat stałych lub cyklicznych, a więc na przykład opłaty za uruchomienie usług oraz opłaty abonamentowej.

Odnośnie trzeciego żądania Protestującego, Zamawiający uwzględnia je poprzez przyjęcie zasady, iż w trakcie realizacji umowy obowiązują ceny usług telekomunikacyjnych wynikające ze złożonej oferty (załącznik nr 1 do umowy, w tym cennik usług telekomunikacyjnych). Z inicjatywy Wykonawcy ceny te będą mogły zostać obniżone w trakcie realizacji umowy. W przypadku zaistnienia takiej sytuacji Wykonawca do rozliczeń z Zamawiającym przyjmie ceny jednostkowe niższe niż określone w załączniku nr 1 do umowy, przy jednoczesnym poinformowaniu o tym Zamawiającego ze wskazaniem okresu, od którego obniżenie cen będzie obowiązujące. W takim przypadku sporządzenie aneksu do umowy nie będzie wymagane.

Uwzględnienie protestu we wskazanym powyżej zakresie spowoduje odpowiednią modyfikację postanowień SIWZ.

Zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia protestu Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. O powtórzeniu czynności Zamawiający poinformuje niezwłocznie wszystkich Wykonawców.

Zamawiający informuje - zważywszy przepis art. 184 ust. 1a ustawy - iż od rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu nie przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Protest zostaje zatem ostatecznie rozstrzygnięty.

Z upoważnienia Dyrektora
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach
ZASTĘPCA DYREKTORA
DS. EKONOMICZNO-FINANSOWYCH

Dorota Szwed

RADCA PRAWNY

mgr Teresa Uzdo