

WYROK

z dnia 19 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Jolanta Markowska

Protokolant: **Renata Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57** protestu z dnia 11 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57** na rzecz **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2**.

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Najwyższa Izba Kontroli prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi i dostawy telekomunikacyjne dla Najwyższej Izby Kontroli. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 listopada 2009 r. pod numerem 2009/S 214-308833.

Protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wniósł wykonawca Crowley Data Poland Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22, art. 25, art. 29, art. 87, art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia protestu przez:

1. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,
2. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w szczególności przez uzależnienie możliwości złożenia oferty od dokonania „wizji lokalnej”,
3. określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania niezgodnie z art. 7 i art. 22 ustawy Pzp,
4. żądanie dokumentów w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp,
5. sporządzenie wzoru umowy, w szczególności w zakresie kar umownych, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego,
6. prowadzenie postępowania z naruszeniem ustawy i w sposób nieracjonalny przez postawienie wymogu okresowej optymalizacji cen świadczonych usług.

Wykonawca Crowley Data Poland Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym podniósł następujące zarzuty:

I. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

1. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył zasadę, zgodnie z którą żądanie złożenia przez wykonawcę dokumentu lub oświadczenia musi wynikać z wyraźnie zdefiniowanego warunku.
2. Sekcja III.2.3.2 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 6.8 Specyfikacji:

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, wbrew ustawie Pzp, wymaga od wykonawcy złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ma doświadczenie i wiedzę oraz zdolności techniczne zapewniające wykonanie zamówienia, mimo że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenie nie precyzują takiego warunku.

W ocenie Odwołującego, podana w warunku doświadczenia wartość 5 000 zł dla usług symetrycznego dostępu do Internetu jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i 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 (Dz.U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.).

Odwołujący wskazał na analogiczne postępowanie przeprowadzone przez Narodowy Bank Polski na szerokopasmowy dostęp do Internetu w obiekcie Centrali NBP o przepustowości 34 Mbit/s i 4-letnim okresie świadczenia usługi, w którym najdroższa oferta została złożona przez TP S.A. na kwotę 4 118 zł/miesięcznie netto, pozostałe oferty były znacznie tańsze: ATM 2 864 zł/miesięcznie netto, ASTER 1 666 zł/miesięcznie netto, PAI S.A. 2 590 zł/miesięcznie netto, Inteligent Technology S.A 3 880 zł/miesięcznie netto, NASK 1 189 zł/miesięcznie netto, CDP 3 398 zł/miesięcznie netto, Exatel S.A. 2 300 zł/miesięcznie netto. Powyższe ceny wskazują, jak podkreślił Odwołujący, że wykonawcy są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie oferując wykonanie usług dostępu do Internetu po cenach niższych niż założył Zamawiający.

Działanie Zamawiającego stanowi, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu ogranicza, według Odwołującego, dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy specjalizują się w tego typu usługach i oferują niską cenę za ich realizację - zamówienie może zostać wykonane przez szereg wykonawców, którzy realizują usługi symetrycznego dostępu do Internetu o przepustowości gwarantowanej minimum 32 Mb/s, ale o wartości miesięcznej mniejszej niż 5 000 zł. Tymczasem warunek postawiony przez Zamawiającego może spełnić jedynie wykonawca, który świadczył lub świadczy usługę powyżej cen rynkowych. Zdaniem Odwołującego, żądanie Zamawiającego jest niezrozumiałe i naraża go na naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odwołujący wskazał również, że celem postępowania jest wybranie najkorzystniejszej oferty tj. oferty wykonawcy, który oferuje najniższą cenę za wykonanie usługi. Odwołujący stwierdził, że wysoka cena nie ma związku z wysoką jakością samego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o modyfikację sekcji III.2.3).2 ogłoszenia i pkt 6.8 Specyfikacji w następujący sposób:

(...), „2.2. usługi symetrycznego dostępu do Internetu o przepustowości gwarantowanej, minimum 32 Mb/s.”,

ewentualnie

„2.2. usługi symetrycznego dostępu do Internetu o przepustowości gwarantowanej, minimum 32 Mb/s i wartości minimum 2 000 PLN brutto miesięcznie, dla każdej z wykazanych usług.”

3. sekcja III.2.2).1 ogłoszenia i pkt 6.9 Specyfikacji:

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił warunku, który miałby być potwierdzony ww. dokumentem, nie jest zatem wiadomym na jaką okoliczność informacja z banku/kasy jest wymagana.

Dodatkowo, postawiony w ww. punkcie warunek udziału w postępowaniu jest niezgodny z art. 22 ustawy Pzp i narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem warunek ten jest różny dla różnych wykonawców, a na dzień wszczęcia postępowania o zamówienie niemożliwe jest sprecyzowanie tego warunku, gdyż cena oferty nie została jeszcze skalkulowana. Wykonawca w celu stwierdzenia czy spełnia warunki udziału w postępowaniu musi najpierw przygotować ofertę, co wiąże się z nakładem pracy, który w efekcie może się okazać daremny.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może uzależniać warunku od ceny oferty, gdyż obowiązek skonkretyzowania warunków udziału w postępowaniu ciąży na Zamawiającym.

Odwołujący wniósł o modyfikację sekcji III.2.2).1 ogłoszenia i pkt 6.9 Specyfikacji przez zastąpienie wymogu „co najmniej 50 % wartości brutto”, wymogiem „co najmniej 1,5 mln zł”.

4. sekcja III.2.3).1 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 6.7 Specyfikacji:

W ocenie Odwołującego, żądanie usług o wartości min. 26 000 zł jest warunkiem zawyżonym i nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący stwierdził, że formułując wymogi w zakresie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien kierować się celem, jakiego postawione warunki mają służyć, a każdy warunek musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o modyfikację sekcji III.2.3).1 ogłoszenia i pkt 6.7 Specyfikacji przez zastąpienie wymogu: „1.2. wartość minimum 26 000,00 PLN brutto”, wymogiem „1.2. wartość minimum 10 000,00 PLN brutto”.

5. pkt 10.9.6 Specyfikacji:

W ocenie Odwołującego, zawarty w przedmiotowym postanowieniu Specyfikacji wymóg złożenia wraz z ofertą kopii co najmniej certyfikatu CCNP potwierdzającego umiejętność osoby lub osób, które będą konfigurować routery CISCO i sieć Zamawiającego stanowi warunek udziału w postępowaniu, a nie dokument dotyczący przedmiotu zamówienia. Stawiając przedmiotowy wymóg Zamawiający wymaga, w opinii wykonawcy, wykazania się osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mimo zaniechania sprecyzowania stosownego warunku udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia i Specyfikacji.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wykreślenie pkt 10.9.6.

6. pkt 10.9.3 Specyfikacji:

Podobnie, jak w zakresie pkt 10.9.6 Specyfikacji Odwołujący stwierdził, że wymóg złożenia wraz z ofertą oświadczenia wykonawcy, że posiada on przynajmniej trzy bezpośrednie połączenia z Internetem zagranicznym o przepustowości co najmniej 155 Mb/s każde oraz przynajmniej pięć połączeń z operatorami krajowymi, o przepustowości co najmniej 155 Mb/s każde dotyczy sytuacji wykonawcy i stanowi warunek udziału w postępowaniu. Tak, jak powyżej, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał dokonania opisu warunku udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wykreślenie pkt 10.9.3.

II. Zarzuty dotyczące wymagania przeprowadzenia wizji lokalnych.

Odwołujący wskazał na obowiązek dokonania przez wykonawców wizji lokalnych w 17 placówkach NIK oraz załączenia do oferty 17 sztuk protokołów (pkt 10.9.5) podnosząc, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek wykonawcy, a przrzucanie go na wykonawców jest niezgodne z ustawą Pzp.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez dokonanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a następnie wykreślenie pkt 10.9.3 Specyfikacji i wykreślenie wszystkich postanowień, które zobowiązują wykonawcę do odbycia wizji lokalnych przed terminem składania ofert.

III. Zarzuty dotyczące opisu optymalizacji cen (Załącznik nr 12 do Specyfikacji):

W ocenie Odwołującego, przewidziane uzgadnianie z wykonawcą operatorów, których cenniki dla klientów indywidualnych będą stanowiły podstawę optymalizacji stanowi

negocjacje zabronione w art. 87 ustawy Pzp, co skutkuje nieważnością przedmiotowego wymagania. Odwołujący stwierdził też, że podany w Załączniku nr 12 wzór na Slo oraz tabele excel uwzględniają czterech operatorów, a zatem treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest wewnętrznie sprzeczna i wymaga modyfikacji.

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający jest instytucją publiczną, zatem nie ma nic wspólnego z klientami indywidualnymi i cennikami za ich połączenia. Odwołujący wyjaśnił, że usługi świadczone klientom indywidualnym są całkowicie inne niż usługi świadczone klientom biznesowym; w pierwszym przypadku są to analogowe linie POTS i czasem trakty BRA, w drugim przypadku są to w dalszej kolejności trakty ISDN BRA i PRA, gdzie ten ostatni można traktować jako równoważność 30 analogowych linii POTS. Przedmiotem zamówienia są trakty PRA, co w odniesieniu do linii analogowych klientów indywidualnych należałoby potraktować jako 30-krotność abonamentu, który w dalszej części jest podstawą do optymalizacji cen. Z powyższego wynikają, jak wskazał Odwołujący, fundamentalne różnice w opłatach abonamentowych za usługi dla klientów indywidualnych i biznesowych, w drugim z ww. przypadków mogą mieć one związek z określonymi możliwościami technicznymi doprowadzenia usługi do klienta (np. konieczność wynajmu powierzchni dachowych, dzierżawa infrastruktury od innych podmiotów) i koszty te są ujęte w abonamencie dla Zamawiającego. Koszty te są stałe i muszą zostać uwzględnione przez wykonawcę w składanej ofercie, co więcej, nie mają one żadnego przełożenia na jakkolwiek abonament innych operatorów dla klientów indywidualnych. Odwołujący dalej argumentował, że abonament dla klientów indywidualnych nie uwzględnia tego typu czynników, a jeżeli zachodzi taka konieczność, to jest to kwestia indywidualnej wyceny dla klienta. Na podstawie powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie ma prawa porównywać cen usług względem klientów indywidualnych, sam będąc klientem biznesowym, gdzie dla obu rynków standardowo świadczone są inne usługi.

Odwołujący podniósł ponadto, że nieuprawnione jest narzucanie przez Zamawiającego optymalizacji stawki za połączenia typu „inne” bez sprecyzowania jakiego dokładnie kierunku połączenia te dotyczą. Wskazał, że w połączeniach „inne” mogą być zawarte kierunki darmowe (infolinie), o podwyższonej opłacie (numery premium), połączenia do sieci NGN, a także na telefony satelitarne. Odwołujący podkreślił, że ceny za poszczególne usługi mogą się różnić między sobą nawet tysiące razy, stąd wyznaczenie ogólnej stawki na ww. kierunki jest niemożliwe. Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający nie sprecyzował, w jaki sposób należy obliczyć stawkę za połączenia „inne” pozostałych operatorów, a operatorzy ci nie posiadają w swoich cennikach takiej pozycji. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, niemożliwe jest obliczenie stawki „inne” według zaproponowanej metody, tym bardziej, że Zamawiający takiej metody nie wskazał.

Zdaniem wykonawcy, we wzorach optymalizacji cen stwierdzono następujące błędy:

- 4 wzór od końca - na podstawie implikacji nowa stawka wykonawcy jest zależna od średniej stawki innych operatorów powiększonej o kwotę powiększenia dla planu taryfowego wynikającą z abonamentu minus kwota powiększenia wykonawcy wynikająca z abonamentu.

Powyższe zostało stwierdzone, jak zauważył Odwołujący, na podstawie implikacji $N_{sw} = S_{lo} \Rightarrow N_{cu} = N_{sw} - K_{pw}$, stąd $N_{cu} = S_{lo} - K_{pw}$, dalej S_{lo} równa się średnie \bar{L}_{so} , więc przez przybliżenie otrzymujemy $N_{cu} = C_{uo} + K_{po} - K_{pw}$.

Nie jest jasne, w opinii Odwołującego, czym różnią się wprowadzone nowa stawka łączna wykonawcy (N_{sw}) od nowej stawki dla danego typu połączeń wykonawcy (N_{cu}).

Odwołujący wniosł o wnoszący o całkowitą rezygnację z procedury optymalizacji cen za połączenia.

IV. Zarzuty dotyczące wzoru umowy (Załącznik nr 11 do Specyfikacji):

1. Odwołujący podniósł, że postanowienie zawarte w §4 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym „Zamawiającemu przysługuje prawo rozwiązania umowy z zachowaniem sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia” jest niedopuszczalne i stanowi przykład nadużycia prawa przez Zamawiającego, w szczególności ze względu na konieczność poniesienia przez wykonawcę wysokich kosztów na etapie przygotowania do świadczenia usługi.

Odwołujący wniosł o zmianę treści §4 ust. 2 wzoru umowy przez usunięcie możliwości wypowiedzenia umowy, ewentualnie o wskazanie okoliczności skutkujących wypowiedzeniem.

2. Odwołujący wskazał też na postanowienia § 6 wzorów umowy (Załącznik nr 11 i 13 do Specyfikacji), gdzie Zamawiający uregulował kwestię kar umownych stwierdzając, iż określona przez Zamawiającego wysokość kar jest niewspółmiernie wygórowana w stosunku do ewentualnej szkody, jaką mógłby ponieść Zamawiający w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa we wzorze umowy. Przedmiotowe postanowienia naruszają, w ocenie Odwołującego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i są niezgodne z zadaniami współżycia społecznego.

Odwołujący wniosł o zmniejszenie kar umownych przewidzianych w § 6 wzorów umowy (Załącznik nr 11 i 13 do Specyfikacji) oraz wykreślenie § 6 ust. 5 Załącznika nr 11 do Specyfikacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu protestu lub unieważnienie postępowania.

Zamawiający oddalił protest w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pkt III.2.3.2 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 6.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że wymóg złożenia wykazu ma na celu potwierdzenie wskazanego w pkt 5.1.2 Specyfikacji warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia w realizacji usług podobnych. Zwrócił uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamieścił sporny wymóg w pkt III.2.3. Zamawiający wskazał na uprawnienie do żądania przedmiotowego dokumentu wynikające z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odnosząc się do treści postawionego warunku Zamawiający zauważył, że przewidział w Załączniku nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia konieczność zwiększenia przepustowości łącz do 54 Mb/s, stąd oczywiste jest, jak podkreślił, że wykonawca ubiegający się o zamówienie musi posiadać zdolności techniczne do świadczenia takiej usługi. Kwota 5 000,00 zł brutto miesięcznie za usługi symetrycznego dostępu do Internetu o przepustowości gwarantowanej minimum 32 Mb/s wynika, jak wyjaśnił Zamawiający, z szacowania wartości zamówienia dokonanego przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Szacowanie to zostało dokonane na podstawie rozmów z wiodącymi operatorami telekomunikacyjnymi oraz na podstawie przedstawionych przez nich informacji o kosztach usługi o wymaganych parametrach. Ustalając ww. kwotę Zamawiający wziął również pod uwagę aktualną miesięczną kwotę, jaką płaci za identyczną, jak opisana w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, usługę (7 027,20 zł brutto).

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt III.2.2.1 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 6.9 Specyfikacji Zamawiający stwierdził, że jest zobowiązany do postawienia takiego warunku, który zagwarantuje prawidłową i rzetelną realizację przedmiotu zamówienia. Wyraził pogląd, że nie przenosi na wykonawcę obowiązku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu, bowiem jest on już skonkretyzowany właśnie przez potwierdzenie dobrej sytuacji finansowej wykonawcy. Zamawiający podkreślił wagę ww. warunku wobec szczególnego charakteru przedmiotu zamówienia, jego przeznaczenia, zakresu, ważkości i znacznego stopnia złożoności.

Zamawiający stoi na stanowisku, że warunek postawiony w pkt III.2.3.1 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 6.7 Specyfikacji jest ściśle związany z przedmiotem i wartością

zamówienia, jak również jest oparty na doświadczeniu Zamawiającego i rozeznaniu rynku. Zamawiający wskazał, że obecnie w siedzibie Zamawiającego w Warszawie generuje ruch średnio na poziomie 100 000 minut, za które ponosi koszty w wysokości 26 000,00 zł brutto miesięcznie.

Zamawiający za bezzasadny uznał również zarzut dotyczący wymagania postawionego w pkt 10.9.6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wyjaśnił, że certyfikat CCNP to trzeci stopień certyfikatu wydawanego przez firmę Cisco - producenta urządzeń pracujących w komputerowej sieci Zamawiającego. Certyfikat ten potwierdza wiedzę i umiejętności w zakresie instalacji, konfiguracji i zarządzania średnimi sieciami komputerowymi. Dla Zamawiającego jest on istotnym dowodem na to, iż po dokonaniu przez osoby posiadające ten certyfikat połączenia infrastruktury Zamawiającego z infrastrukturą wykonawcy, Zamawiający nie poniesie strat finansowych związanych m.in. z utratą gwarancji producenta urządzeń Cisco oraz strat związanych z niekontrolowanym przeprogramowaniem kluczowych urządzeń sieciowych i utratą funkcjonalności wewnętrznej sieci komputerowej NIK. Dalej Zamawiający wskazał, że wymagany certyfikat jest ściśle związany z rodzajem urządzeń konkretnego producenta, z którymi będzie miał do czynienia wykonawca, a nie z kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Obojętne jest dla Zamawiającego czy sporny certyfikat będą posiadali pracownicy wykonawcy, pracownicy innego podmiotu, z którym wykonawca zawrze stosowną umowę o udostępnieniu osób posiadających taki certyfikat, czy też certyfikaty takie będzie posiadał dowolny podwykonawca, któremu zostanie zlecone przez wykonawcę wykonanie połączenia obu infrastruktur. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne jest, aby osoby wykonujące czynności były osobami certyfikowanymi przez producenta urządzeń. Z tego też powodu, jak wyjaśnił Zamawiający, nie obciążał on wykonawców dodatkowym wymogiem przedstawienia wykazu osób, którymi wykonawca będzie dysponował.

Zamawiający nie zgodził się również ze stanowiskiem Odwołującego odnośnie postanowienia pkt 10.9.3 Specyfikacji stwierdzając, że dokument ten nie jest dokumentem podmiotowym. Zamawiający zwrócił uwagę, że wymóg posiadania trzech bezpośrednich połączeń z Internetem zagranicznym oraz wymóg posiadania przynajmniej pięciu połączeń z operatorami krajowymi o wskazanej przepustowości może zostać spełniony przez wykonawcę na różne sposoby, np. przez dzierżawę, wynajęcie, wykupienie dostępu do połączeń; w każdym z wymienionych przypadków wykonawca nie jest zobowiązany do posiadania zasobów technicznych umożliwiających realizację połączeń. Zamawiający dodał, że firmy świadczące tego typu usługi w sposób profesjonalny posiadają więcej niż trzy połączenia z operatorami zagranicznymi o przepustowości znacznie większej niż 155 Mb/s

każde oraz więcej niż pięć połączeń z operatorami krajowymi o przepustowości znacznie większej niż 155 Mb/s każde.

Nieuzasadniony jest także, w ocenie Zamawiającego, zarzut odnoszący się do pkt II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 3.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający wyraził pogląd, że „wizja lokalna” jest jednym ze skuteczniejszych sposobów szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy jest kilka możliwości technicznych, technologicznych czy organizacyjnych realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikają one z możliwości technicznych czy technologicznych świadczenia usługi przez wykonawcę. W tego typu zamówieniach, jak stwierdził Zamawiający, tylko wykonawca może sprawdzić możliwości realizacji zamówienia świadczonego w jego warunkach technicznych - każdy z wykonawców może potrzebować innych danych do właściwego przygotowania oferty i realizacji umowy. Zamawiający wyjaśnił, że zdecydował się na przedmiotowe postanowienia Specyfikacji również w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, bowiem tylko wykonawcy, którzy świadczyli już takie usługi dla Zamawiającego znają uwarunkowania lokalne.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego opisu optymalizacji cen (Załącznik nr 12 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) Zamawiający stwierdził, że sytuacja, w której ewentualnie dojdzie do zmiany umowy jest jasno opisana i oparta na kryteriach całkowicie obiektywnych. Zamawiający wskazał, że ceny połączeń głosowych dla usług określonych w pkt 3.1. i 3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mogą się wahać w zależności od aktualnego trendu na rynku usług telefonii stacjonarnej i komórkowej. Celem optymalizacji jest dostosowanie cen za poszczególne typy połączeń do aktualnego trendu cenowego panującego na rynku usług telefonii dla klientów indywidualnych z abonamentem. Wyjaśnił, że według przyjętego przez Zamawiającego sposobu optymalizacji, porównaniu będą podlegały aktualna stawka łączna wykonawcy ze średnią stawką łączną uzgodnionych operatorów za dany typ połączeń wraz z abonamentem. Zamawiający uzgodni z wykonawcą trzech operatorów, których cenniki dla klientów indywidualnych będą stanowiły podstawę optymalizacji, zaś cennik dla klientów indywidualnych wykonawcy (jeżeli taki posiada) będzie brany pod uwagę do porównania jako czwarty. Zamawiający dodał, że jeżeli wykonawca widzi potrzebę wyszczególnienia kierunków w pozycji „inne”, powinien je wpisać w treści oferty i wtedy kolumna „inne” zostanie podzielona stosownie do ilości wpisanych kierunków, a każdy z nich będzie porównywany tylko do odpowiadającego sobie typu w cennikach wcześniej uzgodnionych operatorów. Zamawiający podkreślił, że celem optymalizacji jest zabezpieczenie Zamawiającego przed powstaniem sytuacji, w której aktualne stawki dla klientów indywidualnych byłyby niższe niż dla Zamawiającego. Zamawiający odnosi stawki optymalizacji wyłącznie do klientów indywidualnych, gdyż operatorzy telekomunikacyjni tylko

w stosunku do tej grupy klientów są zobowiązani do publicznego ogłaszania cenników. Zamawiający stwierdził, że przyjęty mechanizm optymalizacji w odniesieniu do usług telekomunikacyjnych jest stosowany z powodzeniem przez Zamawiającego od kilku lat.

W zakresie zarzutów dotyczących treści wzorów umów (Załącznik nr 11 i 13 do Specyfikacji) Zamawiający wywiódł, że zarówno możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy (§ 4 ust. 2 wzoru umowy) jak i wysokość kar umownych (§ 6 wzoru umowy) z całą pewnością nie naruszają zasad współżycia społecznego. Powyższe postanowienia służą ochronie interesu publicznego, a w szczególności racjonalności wydatkowania środków publicznych. Wskazane we wzorach umów wysokości kar umownych są, jak stwierdził Zamawiający, konsekwencją tego, że dotyczą one obszaru obsługującego centralne systemy NIK, kluczowe dla prawidłowego funkcjonowania. Zamawiający wyjaśnił, że wysokość i warunki kar są konsekwencją wagi jaką Zamawiający przykładają do rzetelnej i terminowej realizacji przedmiotu umowy i próbą zabezpieczenia przed konsekwencjami ewentualnego nierzetelnego wywiązywania się wykonawców z zaciągniętych zobowiązań. W ocenie Zamawiającego, społeczne koszty skutków ewentualnych zaniedbań wykonawców byłyby znacznie wyższe niż wskazane kary umowne, stąd nie mogą być uznane za niewspółmiernie wygórowane w stosunku do ewentualnej szkody.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący wnosząc odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22, art. 25, art. 29, art. 144 ustawy Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentacją przedstawione proteście. Wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, analogiczny jak określony w proteście lub unieważnienie postępowania.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy, który ma zamiar ubiegania się o udzielenie zamówienia, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący wymogu Zamawiającego złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków nie sprecyzowanych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu. Izba stwierdziła, że w pkt 6 Specyfikacji Zamawiający wymienił katalog dokumentów, które zobowiązany jest złożyć wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu sprowadzają się do ogólnych stwierdzeń zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z treści art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, określenie w Specyfikacji wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy ma na celu umożliwienie Zamawiającemu stwierdzenia, że dany wykonawca faktycznie spełnia poszczególne warunki. Jednak, aby możliwe było prawidłowe wskazanie katalogu dokumentów, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności sprecyzować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu i dopiero na ich podstawie formułować dokumenty, które mogą potwierdzać ich spełnianie. Warunki ustawowe zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp są warunkami ogólnymi, stanowiącymi bazę dla zamawiających do doprecyzowania ich pod kątem charakteru, przedmiotu, specyfiki danego zamówienia. Wymóg określenia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania zawarty został w art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Szczegółowe warunki udziału w postępowaniu powinny również zostać określone w treści ogłoszenia o zamówieniu, co ma pozwolić wykonawcom na zweryfikowanie już na tym etapie postępowania własnych możliwości i potencjału (art. 41 pkt 7 ustawy Pzp). Tym samym, w ocenie Izby, potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego sprecyzowania warunków udziału w postępowaniu przy jednoczesnym stawianiu wymogów w zakresie dokumentów, które mają być złożone na ich potwierdzenie.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że celem Zamawiającego było określenie szczegółowych warunków udziału w postępowaniu przez wskazanie dokumentów wymaganych od wykonawców na ich potwierdzenie, dlatego na użytek rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba z opisu wymaganych dokumentów postanowiła wywieść treść poszczególnych warunków.

Potwierdził się, w opinii Izby, zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się wykonaniem minimum dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia w zakresie usług transmisji danych sieci WAN i dostępu do Internetu. Jednocześnie precyzując powyższe postanowienie Zamawiający wskazał, że za usługi odpowiadające rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uznaje usługi łącznie co najmniej w jednym, dowolnym miesiącu spełniające warunki:

- symetrycznej transmisji danych w sieci WAN o przepustowości gwarantowanej minimum 34 Mb/s i wartości minimum 6 000 zł brutto miesięcznie oraz

- usługi symetrycznego dostępu do Internetu o przepustowości gwarantowanej minimum 32 Mb/s i wartości minimum 5 000 zł brutto miesięcznie

dla każdej z wykazanych usług.

Zarzut Odwołującego ogranicza się do kwestionowania wymogu co do wartości usług symetrycznego dostępu do Internetu. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego stwierdzając, że wskazana w pkt 6.8 tiret 2 kwota stanowi nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców. Izba wzięła pod uwagę fakt, że cena usługi dostępu do Internetu jest bardzo zróżnicowana oraz że ten sam zakres usług może być realizowany przez poszczególnych wykonawców za ceny znacznie od siebie odbiegające. Zamawiający uzasadniając postawiony wymóg zwracał uwagę na okoliczność, że cena usług wskazuje na ich zakres i poziom skomplikowania. Izba uznała jednak, biorąc pod uwagę konkurencję na rynku usług telekomunikacyjnych, działanie Zamawiającego za nieprawidłowe. Zamawiający świadomy swych potrzeb, zakresu zamówienia oraz konkurencji cenowej między wykonawcami zobowiązany jest sprecyzować warunki udziału w postępowaniu przez określenie parametrów świadczonych usług tak, aby mieć pewność, że zamówienie uzyska wykonawca posiadający doświadczenie w danej dziedzinie, którego wybór zapewni prawidłowe wykonanie zamówienia. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym, określenie warunku przez podanie wartości usługi nie gwarantuje powyższego, a może w nieuzasadniony sposób prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Analogiczną argumentację Izba znajduje dla uwzględnienia zarzutu odnoszącego się do wymogu wykazania się przez wykonawcę wykonaniem minimum dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia w zakresie usług telefonii stacjonarnej, które Zamawiający zdefiniował jako usługi spełniające łącznie co najmniej w jednym dowolnym miesiącu następujące warunki:

- minimum 1 000 numerów telefonicznych,
- wartość minimum 26 000 zł brutto,
- ilość zrealizowanych połączeń minimum 100 000 minut,

dla każdej z wykazanych usług.

W tym zakresie również Zamawiający powinien doprecyzować warunek udziału w postępowaniu przez określenie parametrów technicznych świadczonych usług rezygnując z określenia ich wartości.

Za zasługujący na uwzględnienie Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez postawienie w pkt 6.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymogu złożenia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych w wysokości co najmniej 50% wartości brutto oferty lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 50% wartości brutto oferty. Tak postawiony wymóg stanowi naruszenie naczelnej zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wskazać należy, że dla zachowania ww. zasady warunki udziału w postępowaniu muszą być nie tylko sformułowane w sposób jednoznaczny, adekwatny do przedmiotu zamówienia, ale również muszą być jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Obowiązek sprecyzowania warunków ciąży na zamawiającym, który widząc potrzebę postawienia szczegółowego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców powinien samodzielnie określić wysokość środków biorąc pod uwagę wartość zamówienia. Obowiązku powyższego Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców, którzy przystępując do postępowania powinni mieć świadomość wymagań Zamawiającego. Wobec powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do zmodyfikowania spornego wymogu przez określenie jednej kwoty, którą powinni wykazać się wykonawcy, takiej samej dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących pkt 10.9.3 i 10.9.6 Specyfikacji, w których Zamawiający wymagał, aby do oferty wykonawcy dołączyli oświadczenie, że posiadają co najmniej trzy bezpośrednie połączenia z Internetem zagranicznym o przepustowości co najmniej 155 Mb/s każde oraz przynajmniej

5 połączeń z operatorami krajowymi o przepustowości co najmniej 155 Mb/s każde, a także kopii co najmniej certyfikatu CCNP potwierdzającego umiejętności osoby lub osób, które będą konfigurowały routery CISCO i sieć Zamawiającego. Powyższe dokumenty mają potwierdzać zgodność sposobu realizacji usługi z wymogami Zamawiającego. Izba uznała działanie Zamawiającego za uprawnione. Podkreślić w tym miejscu należy, że formułowanie warunków udziału w postępowaniu jest prawem i obowiązkiem zamawiającego i w tym zakresie przysługuje Zamawiającemu dowolność ograniczona przepisami ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa.

Kolejnym zarzutem podniesionym przez Odwołującego jest zarzut odnoszący się do postawionego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagania odbycia przez wykonawcę wizji lokalnych w siedzibie NIK w Warszawie oraz we wszystkich terenowych jednostkach organizacyjnych NIK, co powinno zostać potwierdzone protokołem (Załącznik nr 11 do Specyfikacji) dołączonym do oferty. Odwołujący argumentował, że stawiając przedmiotowe wymaganie Zamawiający *de facto* przerzuca na wykonawców obowiązek określenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający z kolei wskazywał, że jest kilka możliwości technicznych, technologicznych czy organizacyjnych realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikają one z możliwości technicznych czy technologicznych świadczenia usługi przez danego wykonawcę. Izba uznała, że to Zamawiający, jako prowadzący postępowanie, zobowiązany jest do wyczerpującego, jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Nieuprawnione jest działanie Zamawiającego polegające na obciążaniu wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku przez wymóg uzyskania informacji niezbędnych do złożenia oferty w toku wizji lokalnych. W opinii Izby, z uwagi na charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien umożliwić wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnych, co może mieć znaczenie dla prawidłowego sporządzenia oferty i wyceny przedmiotu zamówienia. Powyższe nie może jednak stać się obligatoryjnym wymogiem zastępującym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego. W takiej sytuacji, w przypadku nie skorzystania przez wykonawcę z możliwości dokonania wizji, to na wykonawcy będzie ciążyło ryzyko złożenia oferty niezgodnej z treścią Specyfikacji.

Tym bardziej, niezgodny z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jest wymóg zawarty w pkt 10.8 i 10.9.5 Specyfikacji złożenia wraz z ofertą protokołów przeprowadzenia wizji lokalnych. Protokoły takie nie należą do katalogu dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, nie zostały również wskazane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ww. protokoły nie odnoszą się do właściwości podmiotowych wykonawcy, o jakich mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą być również

składane na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają wymagania zamawiającego (nie stanowią dokumentu o charakterze przedmiotowym). Protokoły z dokonania wizji nie mieszczą się również w pojęciu „oferty”, zatem ich brak nie może stanowić o niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego, w ocenie Izby, Zamawiający powinien pozostawić możliwość dokonania przez wykonawców wizji lokalnych rezygnując jednak z obligatoryjnego wymogu ich przeprowadzenia oraz z obowiązku składania na potwierdzenie powyższego protokołów jako części oferty.

Odnosząc się do wymagania Zamawiającego przeprowadzania optymalizacji cen (Załącznik nr 12 do Specyfikacji) Izba uznała jego zasadność przyjmując jako przekonujące argumenty Zamawiającego o konieczności dbania o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że biorąc pod uwagę długi okres, na jaki zawarta zostanie umowa oraz dynamikę cen na rynku usług telekomunikacyjnych, celowe jest pozostawienie Zamawiającemu możliwości zaktualizowania cen do cen obowiązujących na rynku. Izba stwierdzając prawidłowość dokonanego opisu optymalizacji cen przyznała też, że dla umożliwienia powyższego celowe jest porównanie powszechnie udostępnianych cenników dla klientów indywidualnych tym bardziej, że nie jest oczywistą okolicznością, że ceny za usługi dla klientów instytucjonalnych są niższe niż dla klientów indywidualnych. Jednakże koniecznym jest, w celu ograniczenia możliwości „negocjowania” Zamawiającego z wybranym wykonawcą, określenie już na etapie Specyfikacji operatorów, których oferty będą porównywane.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący połączeń „innych” wymienionych w Załączniku nr 12 do Specyfikacji wobec przyznania przez Zamawiającego na rozprawie, że zarzut jest zasadny i został uwzględniony przez Zamawiającego w modyfikacji Specyfikacji z dnia 4 grudnia 2009 r.

Rozpoznając zarzuty dotyczące treści wzoru umowy Izba zważyła, że przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią ograniczenie zasady swobody umów obowiązującą w prawie zobowiązań, wynikającą z art. 353¹ Kodeksu cywilnego. W doktrynie przyjmuje się, że zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w sposób dowolny, forma umowy w zasadzie zależy od woli stron. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Zasada swobody umów w ustawie Pzp doznaje ograniczenia już na etapie tworzenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy

Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika również z przepisów ustawy Pzp zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. ustawy Pzp), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 ustawy Pzp). Zważyć przy tym należy, że zamawiający działając w interesie publicznym, często w celu zaspokojenia potrzeb szerszej zbiorowości, zobowiązany jest ponosić ryzyko przekraczające zwyczajowe ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Wobec powyższego, obowiązkiem zamawiającego jest skuteczne zabezpieczenie interesów własnych oraz społeczeństwa.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że działanie zamawiającego polegające na dążeniu do zwiększenia odpowiedzialności wykonawców za należyte wykonanie zamówienia jest działaniem uprawnionym, nie uchybiającym zasadzie swobody umów. Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób precyzyjny określił we wzorze umowy zasady nakładania kar umownych, określając zarówno ich wysokość, jak i zobowiązania, których niewykonanie będzie prowadziło do obciążenia wykonawcy. Kara umowna może stanowić nie tylko surogat odszkodowania, ale jej celem może być również zmotywowanie wykonawcy do prawidłowego wykonania zobowiązania. Powyższe wywrze skutek tylko w sytuacji, gdy przewidziana kara będzie dolegliwa dla wykonawcy. O karze rażąco wygórowanej można mówić, zdaniem Izby, w sytuacji, gdy wysokość kar przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się. W ocenie Izby, kary zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu nie mają cech rażąco wygórowanych. Izba wzięła pod uwagę, że jedyną argumentacją, jaką przedstawił Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń było wykazanie kwot, jakie będzie musiał zapłacić wykonawca w sytuacji, gdy kary zostaną na niego nałożone. Nie wykazał przy tym nierówności stron. W ocenie Izby, wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty powinien uwzględniając ciężar nałożonych zobowiązań i wynikające stąd ryzyko, zabezpieczyć swoje interesy odpowiednio kalkulując cenę.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że nadużyciem przez Zamawiającego pozycji zajmowanej w postępowaniu jest zastrzeżone w § 4 ust. 2 wzoru umowy prawo rozwiązania umowy przez Zamawiającego. Brak wskazania przesłanek rozwiązania umowy wprowadza niepewność po stronie wykonawcy, uniemożliwia też wykonawcy wkalkulowanie w cenę oferty ryzyka z tym związanego. Oczywiście jest bowiem, że wykonawca biorąc pod uwagę dłuższy czas obowiązywania umowy i stabilność stosunku prawnego łączącego strony

skalkuluje koszty na niższym poziomie. Wobec powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do zmodyfikowania treści § 4 ust. 2 wzoru umowy przez jednoznaczne określenie przesłanek rozwiązania umowy.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a, i 2 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....