

Sygn. akt: KIO 452/13

Sygn. akt: KIO 457/13

WYROK

z dnia 25 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**
Członkowie: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 1 marca 2013 r. przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o. o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3,

B. w dniu 1 marca 2013 r. przez wykonawcę PTK Centertel Sp. z o. o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a,

w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Koleje Państwowe S.A., 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62,

przy udziale:

A. wykonawcy **PTK Centertel Sp. z o. o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 452/13 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Polkomtel Sp. z o. o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 457/13 po stronie odwołującego

orzeka:

A. sygn. akt KIO 452/13

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polkomtel Sp. z o. o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3, i :
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polkomtel Sp. z o. o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Polkomtel Sp. z o. o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3, na rzecz zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A., 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sygn. akt KIO 457/13

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę PTK Centertel Sp. z o. o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a, i:
 - 2.1 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., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy PTK Centertel Sp. z o. o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a, na rzecz zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A., 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 452/13

KIO 457/13

Uzasadnienie

KIO 452/13

Zamawiający – Polskie Koleje Państwowe S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zakup usług telefonii komórkowej GSM dla podmiotów Grupy Kapitałowej PKP.

W dniu 1 marca 2013 r., odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”] złożył wykonawca Polkomtel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”] w związku z art. 2 pkt 12 i pkt 13 w zw. art. 3 ustawy Pzp, a także art. 15 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 2 pkt 12 ustawy Pzp – poprzez objęcie przedmiotowym postępowaniem podmiotów niebędących zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp;
- 2) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 3) art. 14 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ kc w zw. z 487 § 2 kc – poprzez żądanie obniżenia opłat za połączenia telefoniczne do sieci operatorów komórkowych i stacjonarnych, które będzie ponosił zamawiający za świadczone na jego rzecz usługi w przypadku obniżenia stawek za połączenia międzyoperatorskie;
- 4) 91 a ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez dopuszczenie możliwości stosowania aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, podczas gdy przyjęty przez zamawiającego model kalkulacji ceny w formularzu ofertowym nie zapewnia skutecznego dokonywania postępień w trakcie aukcji na równych zasadach dla wszystkich wykonawców, wobec czego przy wyborze oferty może dojść do naruszenia zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż wspólne postępowanie o udzielenie zamówienia może być przeprowadzone wyłącznie przez podmioty będące zamawiającym w

rozumieniu ustawy Pzp, reprezentowane przez upoważnionego zamawiającego, który w ich imieniu zawrze jedną umowę o zamówienie publiczne. Odwołujący wskazywał, iż szczególne uregulowania wynikające z przepisów ustawy Pzp prowadzące do ograniczenia zasady swobody umów nie będą dotyczyć podmiotów nie będących zamawiającymi w rozumieniu art. 2 pkt 12 w zw. z art. 3 ustawy Pzp. Ponadto odwołujący podnosił, że oczekiwania zamawiającego dotyczące zawarcia umowy poddanej rygorom ustawy Pzp z podmiotami które nie są uprawnione do udziału w postępowaniu w charakterze zamawiającego (PKP Cargo SA, PKP Informatyka sp. z o.o., TK Telekom sp. z o.o., PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o., PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa sp. z o.o.), jak również oczekiwanie wyrażone w § 12 wzoru umowy, wykracza daleko poza jego uprawnienia wynikające z przepisów ustawy Pzp, oraz w sposób rażąco narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu doszło do ograniczenia zasady swobody, umów, polegającego na narzuceniu odwołującemu obowiązku zawarcia umowy z podmiotami, które nie są zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp a także z innymi podmiotami. Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w ten sposób, że przedmiotowe postępowanie będzie prowadzone wyłącznie w imieniu i na rzecz podmiotów będących zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp a w przypadku, gdy będzie to niemożliwe – o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania. Dalej odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania postanowień SIWZ w zakresie dotyczącym opcji przewidzianych w pkt 9 opisu przedmiotu zamówienia, w ten sposób, że każda z opcji zostanie szczegółowo opisana, co do ilości usług i dostaw zamawianych w ramach każdej z opcji, co do terminu i okresu przez jaki mają być realizowane usługi i dostawy w ramach opcji. Ponadto odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania, jaka część zamówienia, zostanie na pewno zamówiona przez zamawiającego na podstawie umowy, jak również o wykreślenie z SIWZ możliwości skorzystania przez zamawiającego z opcji nr 3, tj. wdrożenia usługi IP-PBX, która nie jest objęta podstawowym przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Odnośnie zapisów dotyczących aukcji elektronicznej odwołujący wskazywał, że dochowując nawet należytej staranności i zabezpieczając swoje łącza dostępowe do platformy, nie może być odpowiedzialny za działanie podmiotów trzecich, podobnie nie jest odpowiedzialny za to zamawiający. W takiej sytuacji każda awaria, która może się wydarzyć uniemożliwi Odwołującemu udział a aukcji i tym samym może spowodować, że Odwołujący nie uzyska zamówienia. Platforma obsługi aukcji elektronicznych, zaproponowana przez zamawiającego, nie gwarantuje poprawności przeprowadzenia aukcji w przypadku zakłóceń w łączności internetowej. Przy modelu rozliczeń przyjętym w niniejszym Postępowaniu nie jest możliwe w toku aukcji dokonywanie postępień również w odniesieniu do łącznej ceny za

wykonanie zamówienia. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w taki sposób, aby zapewnić Odwołującemu możliwość skutecznego i bezawaryjnego dokonywania postępień z uwzględnieniem przyjętego przez Zamawiającego modelu rozliczeń, a w przypadku gdy będzie to niemożliwe o wykreślenie postanowień dotyczących aukcji elektronicznej. W zakresie wymogu obniżenia stawki MTR oraz stawki FTR odwołujący podnosił, że tego rodzaju wymóg zamawiający w sposób nieuprawniony znacząco ogranicza możliwości kształtowania ceny oferty przez odwołującego. Wskazane przez zamawiającego czynniki determinujące zmianę opłaty za połączenia odnoszą się wyłącznie do hurtowych rozliczeń pomiędzy operatorami świadczącymi usługi telekomunikacyjne. Biorąc pod uwagę czas, na jaki ma być zawarta umowa, tj. okres 48 miesięcy, Odwołujący nie ma realnej możliwości prognozowania wysokości opłat międzyoperatorskich i ich zmian w takim czasie. Ponadto zmiany te są również związane z bieżącą sytuacją na rynku telekomunikacyjnym. Tego typu zależności nie mogą więc być przenoszone wprost do wymagań zamawiającego. W zakresie zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, odwołujący podnosił, że został on przygotowany z naruszeniem art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Szereg postanowień opisu przedmiotu zamówienia jest niejasnych i nieprecyzyjnych. Odwołujący wskazywał na postanowienia pkt. 3.1.7., 3.4., 4.3.1., 5.1 opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wnosił o dokonanie niezbędnych modyfikacji treści SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji. Odnośnie zarzutów dotyczących postanowień umowy odwołujący wskazywał, iż w § 10 ust. 2 wzoru umowy zamawiający przewidział prawo wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym, które przysługuje zamawiającemu, m.in. jeżeli wykonawca zostanie trzykrotnie obciążony karą umowną z tego samego tytułu oraz gdy nie będzie rzetelnie i terminowo wypełniał zobowiązań wynikających z warunków umowy poprzez nieterminowe przedstawienie jakiegokolwiek cennika o którym mowa w załączniku nr 5 do umowy, jeżeli co najmniej trzykrotnie opóźnił się z jego przedstawieniem. W ocenie odwołującego za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz dobrymi obyczajami należy uznać postanowienia wzoru umowy uzależniające uprawnienie zamawiającego do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym od tak błahych powodów jak wymienione w § 10 ust. 2 umowy. Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu wykreślenia ust. 2-4 w § 10 wzoru umowy.

KIO 457/13

Zamawiający – Polskie Koleje Państwowe S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zakup usług telefonii komórkowej GSM dla podmiotów Grupy Kapitałowej PKP.

W dniu 1 marca 2013 r., odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ złożył wykonawca PTK Centertel Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwiający określenie rozmiaru i treści świadczenia, do którego spełnienia zobowiązany będzie wykonawca, a także zastrzeżenie prawa dowolnego określenia zakresu zamówienia oraz warunków jego realizacji po udzieleniu zamówienia;
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 1670), poprzez określenie niejednoznacznych oraz niemożliwych do dotrzymania terminów uruchomienia usług oraz dostawy urządzeń;
- 3) art. 7, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ustawy Pzp, w związku z art. 353¹ i art. 384 § 2 Kodeksu cywilnego, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a mianowicie zawyżonych kar umownych;
- 4) art. 29 ust. 1 Pzp, w związku z art. 358¹ § 2 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez ustalenie, że w przypadku obniżenia stawki MTR lub FTR, opłaty za połączenia zostaną obniżone o tyle, o ile wynosi obniżka stawki MTR lub FTR;
- 5) art. 7, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez zastrzeżenie możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy z tytułu niedostarczenia cennika usług telekomunikacyjnych.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż zamawiający nie określił precyzyjnie liczby urządzeń i usług świadczonych przy ich pomocy, co uniemożliwia oszacowanie oferty. Zdaniem odwołującego zamawiający ustanowił szereg wymagań, które uniemożliwiają ustalenie nawet tak podstawowych danych, jak ilość użytkowników, czy czas trwania umowy, oraz liczba urządzeń, jakie mają zostać dostarczone. Wykonawca nie ma więc możliwości określenia zakresu jego świadczenia, a co za tym idzie, nie ma możliwości sporządzenia prawidłowej oferty. Wskazując na zapisy projektu umowy odwołujący podnosił, iż brak jest minimalnych gwarantowanych wielkości świadczenia wykonawcy, a zatem wykonawca nie

ma gwarancji czy w ogóle jakiegokolwiek usługi lub urządzenia zostaną zakupione w ramach realizacji umowy i tym samym uniemożliwia to prawidłowe skalkulowanie oferty. Odwołujący wskazywał, że określona została niejasna i niejednoznaczna procedura zmiany oferowanych modeli telefonów. W każdym kolejnym wykazie telefonów, Zamawiający wymaga zaoferowania do wyboru wszystkich możliwych telefonów (spełniających kryteria techniczne danej grupy), a nie jak w formularzu ofertowym 5 urządzeń od 3 różnych producentów. Ponadto przy ustalaniu górnych limitów cenowych dla poszczególnych grup, zgodnie z Roz. 3.4.3 OPZ, bierze się pod uwagę cenę najdroższego telefonu w danej grupie wg cennika (zarówno dla sprzedaży telefonu z abonamentem i bez abonamentu), w którym jego cena jest najwyższa. Jednakże, zgodnie z Roz. 3.4.4 wartość oferowanych nowych telefonów w poszczególnych grupach ma być określona na podstawie ceny wg cennika, w którym jego cena jest najniższa (niezależnie od tego, czy to cennik aparatów sprzedawanych razem z abonamentem i bez abonamentu). W ocenie odwołującego tak sformułowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia prowadzą do wniosku, że zamawiający będzie wybierał do progu określonego na podstawie rzeczywistej ceny telefonu bez abonamentu, telefony w cenach jakie te telefony mają przy najwyższym abonamencie. Innymi słowy, górny limit cen telefonów w danej grupie będzie określany na podstawie rzeczywistej wartości urządzeń, a cena aparatów w oparciu o najniższą cenę urządzenia w najwyższym abonamencie, a więc gdy jest w najwyższym stopniu finansowane z opłaty za świadczenie usług. Przy tak sformułowanej procedurze zmiany oferowanych telefonów zamawiający może wymagać zaoferowania najdroższego telefonu niezależnie od wysokości abonamentu, praktycznie dla każdego z użytkowników, dla których mają być świadczone usługi, wykonawca nie ma zatem żadnej możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia w zakresie dostaw sprzętu. Odwołujący wskazywał również, iż trudność w szacowaniu zamówienia stanowi wymaganie zawarte w Roz. 5.2 siwz, tj. obowiązek dostarczania przez wykonawcę co 3 miesiące cennika w najkorzystniejszej ofercie biznesowej. Wymaganie to jest nadmiarowe, wykonawca jako przedsiębiorca telekomunikacyjny jest z mocy prawa zobowiązany do dostarczenia cennika w oparciu, o który świadczone są usługi. Nie rzadko cennik taki jest zmieniany częściej niż raz na kwartał, stąd wymaganie, aby cenniki były dostarczane i zmieniane kwartalnie, może powodować problem z oszacowaniem, przy jakich stawkach w przypadku częstszych zmian cenników, będą rozliczane usługi. W ocenie odwołującego prawidłowe przygotowanie oferty uniemożliwia także zastrzeżone w rozdziale 9.2. opisu przedmiotu zamówienia prawo opcji. Prawo opcji określone w sposób, jaki proponuje zamawiający nie pozwala wykonawcy w sposób prawidłowy przygotować oferty, co narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego dodatkowe postanowienia, które uniemożliwiają prawidłowe sporządzanie oferty zostały zawarte w §12 ust. 1 Projektu Umowy, w którym zamawiający wymaga, aby wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy

na takich samych warunkach, jak z zamawiającymi, z potencjalnymi podmiotami wskazanymi w zał. Nr 9 do SIWZ. Odwołujący podnosił, że jeśli dodatkowe podmioty są zobowiązane stosować ustawę, to nie ma możliwości, aby uniknąć postępowania przez wcześniejsze udzielenie potencjalnego zamówienia. Jeśli natomiast inne podmioty nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp, to zamawiający nie ma prawa żądać, aby wykonawca zawarł z jakimkolwiek podmiotem trzecim umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych na warunkach wynegocjowanych w indywidualnej ofercie. Narusza to zasadę swobody umów, wyrażoną w art. 353¹ KC. Kolejna okoliczność zdaniem odwołującego uniemożliwiająca prawidłowe przygotowanie oferty wynika z § 13 ust. 3 Projektu Umowy. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany liczby użytkowanych numerów wynikające z ruchów kadrowych Zamawiającego. Postanowienie takie, powoduje, że nie można określić liczby użytkowników, którzy będą korzystać z usług, co uniemożliwia oszacowanie wielkości świadczenia, a w konsekwencji prawidłowe przygotowanie oferty. Odwołujący kwestionował również określenie niejednoznacznych oraz niemożliwych do dotrzymania terminów uruchomienia usług oraz dostawy urządzeń, gdyż wykonawca musi mieć 30 dni na te czynności licząc od daty przekazania przez zamawiającego wszystkich niezbędnych informacji. Odnosząc się do zastrzeżonych przez zamawiającego kar umownych odwołujący wskazywał, że naruszają one zasadę równości wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp. W zakresie zapisów dotyczących obniżenia opłaty za połączenia w sytuacji obniżki stawki MTR lub FTR odwołujący wskazywał, iż postanowienia te stanowią swego rodzaju klauzulę waloryzacyjną, zgodnie z którą wartość świadczenia pieniężnego (opłaty za połączenia) zostanie w przyszłości zmodyfikowana, w przypadku obniżenia stawek interkonektowych (MTR, FTR). W ocenie odwołującego ustalone zasady obniżenia wynagrodzenia sprzeciwiają się istocie i celowi instytucji waloryzacji, która ma zabezpieczyć interesy stron na wypadek zmiany siły nabywczej pieniądza, a nadto naruszają art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika jednoznaczny wniosek, że postanowienia siwz powinny być ukształtowane w ten sposób, aby wykonawca dysponował wiedzą o zakresie zamówienia, jakie zrealizuje oraz przychodach jakie osiągnie realizując zamówienia. Informacje te są niezbędne do należytego kalkulowania oferty. Wyżej cytowane postanowienia wzoru umowy naruszają tę zasadę, jako, że zakładają obniżenie przychodu z tytułu realizacji świadczenia umownego, w przypadku zaistnienia zdarzeń, niezależnych od wykonawcy. Nie jest przy tym możliwe do przewidzenia, o ile zostanie obniżone wynagrodzenia wykonawcy oraz kiedy okoliczność ta nastąpi. Odnośnie możliwości rozwiązania umowy z powodu nie dostarczenia przez wykonawcę cennika odwołujący wskazywał, że jest to świadczeniem pobocznym w stosunku do świadczenia głównego polegającego na świadczeniu usług telefonii komórkowej, oraz pozostającym bez wpływu na realizację tych usług. Zdaniem odwołującego odstąpienie od umowy z tak błędnego powodu, jakim jest nie dostarczenie cennika, który i tak jest publicznie

dostępny, zwiększa ryzyko po stronie wykonawcy tak dalece, iż traci on pewność, co do rozmiaru zamówienia, a co za tym idzie zysku, jaki może uzyskać z tytułu realizacji umowy i uniemożliwia mu to prawidłowe skalkulowanie oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Polskie Koleje Państwowe S.A. prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup usług telefonii komórkowej GSM dla podmiotów Grupy Kapitałowej PKP.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja I, pkt 1.3) oraz SIWZ (pkt I) zamawiającymi są:

- 1) Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
- 2) PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
- 3) PKP Cargo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
- 4) PKP Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
- 5) PKP Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
- 6) PKP Informatyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 7) TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 8) PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni,
- 9) PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu,

w imieniu i na rzecz których działa (na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oraz udzielonych pełnomocnictw) Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający wskazał, że PKP S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., PKP Energetyka S.A., PKP Intercity S.A., są zobowiązani przy udzielaniu zamówień do stosowania przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w osobach PKP Cargo S.A., PKP informatyka Sp. z o.o., TK Telekom Sp. z o.o., PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., nie są zobowiązani przy udzielaniu zamówień do stosowania przepisów Pzp, tym niemniej wyrazili zainteresowanie i zgodę na wyłonienie wykonawcy w trybie przewidzianym w przepisach Pzp dla zamówień sektorowych.

W pkt. 4 SIWZ zamawiający wskazał, że umowa w sprawie zamówienia zostanie zawarta na okres nie dłuższy niż 48 miesięcy. Zgodnie z postanowieniami pkt. X ppkt 6 SIWZ zamawiający zastrzegł, że w przypadku obniżenia stawki MTR lub FTR wynikającego z umów (porozumień) międzyoperatorskich lub decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, opłaty za połączenia telefoniczne naliczane przez Wykonawcę dla

Zamawiającego za połączenia do sieci operatorów w stosunkach z którymi Wykonawca uzyskał obniżkę stawki MTR lub FTR zostaną obniżone o tyle, o ile wyniosła odpowiednio obniżka stawki MTR lub FTR. Obniżka opłat dla zamawiającego obowiązuje od dnia obowiązywania odpowiednio obniżki stawki MTR lub stawki FTR. Cena za poszczególne usługi korygowana według metody podanej powyżej, nie będzie jednak niższa od 0,01 PLN netto za minutę połączenia. Zgodnie z postanowieniami pkt XIV SIWZ zamawiający wskazał, że zamierza dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W trakcie aukcji elektronicznej Wykonawca będzie składał ofertę na łączną wartość Kosztorysu Szczegółowego (usługi, urządzenia) w cenie brutto – wynikających z dokonywanych przez niego zmian cen jednostkowych poszczególnych usług i urządzeń. W załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający określił wykaz spółek Grupy PKP. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 2 do SIWZ. W pkt 2.1.1. opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, iż wykonawca będzie zobowiązany do realizacji „(...) dostawy maksymalnie 31 980 sztuk aparatów telefonicznych wraz z wyposażeniem określonym dla każdej z grup, w tym do 310 szt. dla grupy VIP, do 2 715 szt. dla grupy Kadry Menedżerskiej, do 28 955 szt. dla grupy Podstawowej.(...) Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia do wyboru Zamawiającym przynajmniej 5 modeli aparatów telefonicznych od co najmniej 3 producentów dla każdej grupy.”. W pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, iż dostawy urządzeń będą dokonywane przez wykonawcę w terminie maksymalnie 3 dni kalendarzowych od zgłoszenia zapotrzebowania (drogą elektroniczną lub za pośrednictwem fax-u) przez wyznaczonych pracowników zamawiających. W pkt 3.4. opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł zasady wyboru nowych modeli aparatów telefonicznych. W § 7 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ zamawiający zastrzegł m.in., iż: „(...) W razie niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy każdy Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy kary umowne w stosunku do zdarzeń, które zaistniały względem niego:

- 1) za opóźnienie w dostawie telefonu komórkowego 20 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dla każdego telefonu;
- 2) za opóźnienie w dostawie modemu 20 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dla każdego modemu;
- 3) za opóźnienie w dostawie karty SIM 20 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dla każdej karty SIM;
- 4) za opóźnienie w naprawie telefonu 20 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dla każdego telefonu;
- 5) za opóźnienie w naprawie modemu 20 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dla każdego telefonu.”

W ust. 2 § 7 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że gdy opóźnienie, o którym jest mowa w ust. 1 pkt. 1, 2 lub 3 przekroczy 30 dni, zamawiający względem, którego zaistniało opóźnienie, ma prawo wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym, a wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 30% kwoty oznaczonej jako maksymalna kwota zobowiązania dla tego zamawiającego. W § 10 ust. 2 wzoru umowy określono, iż każdemu zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym, jeżeli:

- 1) wykonawca zostanie trzykrotnie obciążony karą umowną z tego samego tytułu;
- 2) wykonawca nie będzie rzetelnie i terminowo wypełniał zobowiązań wynikających z warunków Umowy poprzez nieterminowe przedstawienie jakiegokolwiek cennika, o którym mowa w załączniku 5 do Umowy, jeżeli co najmniej trzykrotnie opóźnił się z jego przedstawieniem;
- 3) przerwa w świadczeniu jakiegokolwiek usługi dla jednego urządzenia lub usługi APN lub usługi IP PBX, wynosić będzie jednorazowo dłużej niż 72 godziny od chwili zgłoszenia.

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 12 marca 2013 r., zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, m.in. częściowo w zakresie objętym odwołaniem wykonawcy PTK Centertel Sp. z o.o. oraz odwołaniem wykonawcy Polkomtel Sp. z o. o.

Powyższe ustalenia Izba uznaje za wiążące zarówno w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 452/13 jak i odwołania o sygn. akt 457/13.

Izba ustaliła również, iż w dniu 4 marca 2013 r., zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę PTK Centertel Sp. z o.o. jak też do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o. o.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę PTK Centertel Sp. z o.o. zgłosił wykonawca Polkomtel Sp. z o. o., stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego. W ustawowym terminie swoje przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o. o. zgłosił wykonawca PTK Centertel Sp. z o. o., stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

KIO 452/13

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treść

specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem modyfikacji dokonanej w dniu 12 marca 2013 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wobec dokonania przez zamawiającego w dniu 12 marca 2013 r., modyfikacji treści SIWZ, odwołujący ograniczył zarzuty odwołania jedynie do tych przytoczonych w piśmie procesowym z dnia 19 marca 2013 r., tj. podtrzymał:

- 1) zarzut dotyczący objęcia postępowaniem podmiotów, które nie są zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp (pkt 1 odwołania),
- 2) zarzut dotyczący aukcji elektronicznej (pkt 3 odwołania str. 7),
- 3) zarzut dotyczący konieczności obniżania opłat za połączenia w przypadku obniżenia opłat międzyoperatorskich MRT i FTR (pkt 3 odwołania, str. 8),
- 4) zarzut dotyczący postanowień wzoru umowy (pkt 5 odwołania str. 12).

W pozostałym zakresie na rozprawie w dniu 20 marca 2013 r., odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego objęcia postępowaniem podmiotów, które nie są zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. Należy wskazać, iż przedmiotowe postępowanie bezspornie prowadzone jest pod reżimem ustawy Prawo zamówień publicznych przez PKP S.A., która działa w imieniu i na rzecz wszystkich podmiotów objętych niniejszym postępowaniem tym również tych podmiotów, na których nie ciąży rygor stosowania ustawy Pzp. Niewątpliwie jednak podmioty nie objęte obowiązkiem stosowania ustawy Pzp w treści udzielonych liderowi pełnomocnictw wyrazili zgodę na wyłonienie wykonawcy przedmiotowych usług zgodnie z przepisami w/w ustawy. W takim sposobie przeprowadzenia postępowania Izba nie dopatryła się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, iż postępowanie prowadzi podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp, stosuje on wszelkie rygory z tego wynikające z ewentualnymi konsekwencjami swoich działań jak chociażby wniesienie przez wykonawców odwołań. Ponadto w ocenie Izby objęcie postępowaniem o udzielenie

zamówienia podmioty nie będące zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp nie będzie wpływać negatywnie na pozycję wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia tym bardziej na jego prawa. Odnosząc się do argumentacji odwołującego należy wskazać, iż podmioty nie będące zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp nie prowadzą w przedmiotowym postępowaniu żadnych czynności, od których przysługiwałyby środki ochrony prawnej. Trudno uznać, że czy to orzeczenie KIO czy wyrok Sądu Okręgowego nie będzie skuteczne wobec podmiotów nie zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp, skoro będzie wprost wpływało na działania zamawiającego PKP S.A., który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz wszystkich podmiotów objętych przedmiotowym postępowaniem. Izba zwraca uwagę, że nie jest prowadzonych kilka postępowań o udzielenie zamówienia a wyłącznie jedno przez podmiot zobowiązany do stosowania Pzp. Tym samym działania czy też zaniechania PKP S.A. jako prowadzącego postępowanie, mające miejsce w tym konkretnym postępowaniu obciążać będą wszystkich wspólnie zamawiających i mogą być objęte kontrolą z wykorzystaniem środków ochrony prawnej. W ocenie Izby nie istnieją przeszkody prawne dla przyjęcia sposobu postępowania przewidzianego w ustawie Pzp co też podmioty nie będące zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp uczynili wyrażając zgodę na wybór wykonawcy zgodnie z przepisami Pzp. Przyjęty sposób postępowania zdaniem Izby nie narusza praw wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu nie będzie mieć znaczenia możliwość wystąpienia ewentualnych sporów na etapie realizacji zamówienia gdyż takie niezależnie od tego czy stroną jest podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp czy też nie, rozpatrywane będą przez sąd powszechny. W ocenie Izby prowadzenie przedmiotowego postępowania również na rzecz podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy Pzp nie narusza zasady „pewności prawa”, zasady przejrzystości, gdyż zasady znane są dla wszystkich uczestników od początku do końca tj. od wszczęcia postępowania poprzez publiczne zamieszczenie ogłoszenia przez zamawiającego do jego zakończenia poprzez zawarcie umowy.

W zakresie zarzut dotyczący aukcji elektronicznej Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91a ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Należy przypomnieć, iż ust. 1 art. 91a ustawy Pzp określa przesłanki, których spełnienie uprawnia do przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Niewątpliwie na obecnym etapie postępowania można stwierdzić, iż zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego oraz przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu zastosowanie aukcji elektronicznej. W ust. 3 art. 91a ustawy Pzp ustawodawca określił natomiast, iż kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w SIWZ umożliwiające automatyczną ocenę ofert bez ingerencji zamawiającego.

W ocenie Izby postanowienia odnoszące się do aukcji elektronicznej nie naruszają dyspozycji w/w przepisów. Należy wskazać, iż argumentacja odwołującego sprowadza się wyłącznie do wskazywania trudności związanych z udziałem w aukcji elektronicznej takich jak:

- 1) rozbudowany formularz elektroniczny,
- 2) zależność od manualnych zdolności osoby wprowadzającej dane do formularza,
- 3) niezawodność łączy internetowych,
- 4) działania serwera internetowego dostawcy platformy aukcji.

Argumentacja powyższa nie może w ocenie Izby prowadzić do uznania przedmiotowego zarzutu gdyż nie wskazuje na naruszenie dyspozycji art. 91a ust. 1 i 3 ustawy Pzp a wyłącznie oparta jest na obawach odwołującego. Izba wskazuje, że odczucia odwołującego, co do trudności związanych z przeprowadzeniem aukcji elektronicznej nie mogą prowadzić do uznania, że zamawiający opisał zasady dotyczące aukcji w sposób uniemożliwiający jej przeprowadzenie. Tym samym zastrzeżenia odwołującego dotyczące aukcji elektronicznej nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności obniżania opłat za połączenia w przypadku obniżenia opłat międzyoperatorskich MTR i FTR Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy wskazać, iż zapis dotyczący obniżenia opłat za połączenia w przypadku obniżenia opłat międzyoperatorskich MTR i FTR jest swoistego rodzaju klauzulą waloryzacyjną narzuconą przez zamawiającego. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż kwestionowane zapisy wskazywać miałyby na nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia. Jak słusznie podnosił zamawiający obniżenie opłat międzyoperatorskich winno być irrelevantne dla zysku, jaki osiąga wykonawca z tytułu poszczególnych usług mających być przedmiotem świadczenia. Podzielić należy również stanowisko zamawiającego, iż zapis dotyczący korekty stawek jednostkowych za niektóre usługi w związku z potencjalnymi zmianami stawek MTR lub FTR w żaden sposób nie stanowi ograniczenia wykonawcy w swobodnym kształtowaniu ceny ofertowej. Zdaniem Izby skoro jak sam wskazywał odwołujący zmiana stawek międzyoperatorskich jest od niego niezależna, wykonawca może po skalkulowaniu przez siebie wszystkich kosztów, marży, zysku do tak uzyskanej ceny dodać koszty ponoszone z tytułu opłat międzyoperatorskich, co zabezpieczy stałość zakładanego zysku. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu adhezyjnego charakteru umowy o zamówienie publiczne, wprowadzenie swoistego rodzaju klauzuli waloryzacyjnej nie prowadzi do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów prawa.

W zakresie zarzutu dotyczącego postanowień wzoru umowy odnoszących się do wysokości przewidzianych kar umownych jak i przesłanek ich zastosowania Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba wskazuje, iż to zamawiający, jako gospodarz

postępowania kształtuje zarówno zakres zamówienia jak i warunki na jakich ma ono być realizowane w tym ewentualne przypadki i wysokość kar umownych z tytułu niewykonania czy też nienależytego wykonania zamówienia. Wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego przystępuje do niego na zasadach określonych przez zamawiającego. Tym samym należy mieć na uwadze, iż określona w Kodeksie cywilnym zasada swobody umów doznaje ograniczenia na gruncie Prawa zamówień publicznych. Należy zaakcentować w tym miejscu, że ograniczenie zasady swobody umów i pozostawienie zamawiającemu prawa kształtowania przyszłego stosunku prawnego nie może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający kształtując postanowienia przyszłej umowy czy to w zakresie uprawnień dotyczących możliwości wypowiedzenia, odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jak też możliwości naliczania z tego tytułu kar umownych oraz wysokości tych kar nie naruszył zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, iż Izba nie jest uprawniona do rozstrzygania czy wysokość zastrzeżonych kar umownych jest wygórowana. Do miarkowania kary umownej i w konsekwencji zmniejszenia wysokości kary uprawniony jest bowiem wyłącznie sąd w drodze orzeczenia (ewentualnie poprzez zatwierdzenie ugody przesądowej zawieranej przez strony). Tym samym kwestionowanie postanowień umownych, które w ocenie Izby nie naruszały zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania nie może prowadzić do uznania, iż doszło do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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).

KIO 457/13

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem modyfikacji dokonanej w dniu 12 marca 2013 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron

i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wobec dokonania przez zamawiającego w dniu 12 marca 2013 r., modyfikacji treści SIWZ, odwołujący odnosząc się do zarzutów opisanych w odwołaniu w pkt I.2 do I.7 na rozprawie w dniu 20 marca 2013 r., oświadczył, iż dokonana modyfikacja czyni zadość żądaniom zgłoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu niewyczerpującego opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie braku precyzyjnego określenia gwarantowanej liczby urządzeń i usług świadczonych przy ich pomocy, jakie zobowiązany jest dostarczyć wykonawca, ilości użytkowników, okresu świadczenia, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. W ocenie Izby dokonanej w dniu 12 marca 2013 r., modyfikacją treści SIWZ zamawiający określił minimalną gwarantowaną wielkość świadczenia wykonawcy. Wielkość świadczenia określona została m.in. poprzez wskazanie w tabeli nr 5 ilości aktywacji, we wskazanych przewidywanych terminach wynikających z potrzeb zamawiającego, również poprzez określenie 5% progu zmniejszenia lub zwiększenia liczby przeniesionych aktywacji w stosunku do ilości wskazanych w danym miesiącu zawartych w SIWZ. Wielkość świadczenia określona została również poprzez wskazanie ilości dostarczanego sprzętu, ilości użytkowników i określeniu przez zamawiającego 5% marginesu w tym zakresie. Tym samym zarzut powyższy nie potwierdził się gdyż nie dopatrzono się naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego nałożenia zawyżonych kar umownych Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba podtrzymuje argumentację wyrażoną przy odwołaniu w sprawie o sygn. KIO 452/13 i wskazuje, iż to zamawiający, jako gospodarz postępowania kształtuje zarówno zakres zamówienia jak i warunki na jakich ma ono być realizowane w tym ewentualne przypadki i wysokość kar umownych z tytułu niewykonania czy też nienależytego wykonania zamówienia. Wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego przystępuje do niego na zasadach określonych przez zamawiającego. Tym samym należy mieć na uwadze, iż określona w Kodeksie cywilnym

zasada swobody umów doznaje ograniczenia na gruncie Prawa zamówień publicznych. Należy zaakcentować w tym miejscu, że ograniczenie zasady swobody umów i pozostawienie zamawiającemu prawa kształtowania przyszłego stosunku prawnego nie może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający kształtując postanowienia przyszłej umowy czy to w zakresie uprawnień dotyczących możliwości wypowiedzenia, odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, jak też możliwości naliczania z tego tytułu kar umownych oraz wysokości tych kar nie naruszył zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, iż Izba nie jest uprawniona do rozstrzygania czy wysokość zastrzeżonych kar umownych jest wygórowana. Do miarkowania kary umownej i w konsekwencji zmniejszenia wysokości kary uprawniony jest bowiem wyłącznie sąd w drodze orzeczenia (ewentualnie poprzez zatwierdzenie ugody przesądowej zawieranej przez strony). Tym samym kwestionowanie postanowień umownych, które w ocenie Izby nie naruszały zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie może prowadzić do uznania, iż doszło do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności obniżania opłat za połączenia w przypadku obniżenia opłat międzyoperatorskich MRT i FTR Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego i podtrzymuje argumentację wyrażoną przy rozpatrywaniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 452/13. Należy wskazać, iż zapis dotyczący obniżenia opłat za połączenia w przypadku obniżenia opłat międzyoperatorskich MRT i FTR jest swoistego rodzaju klauzulą waloryzacyjną narzuconą przez zamawiającego. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż kwestionowane zapisy wskazywać miałyby na nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia. Jak słusznie podnosił zamawiający obniżenie opłat międzyoperatorskich winno być irrelevantne dla zysku jaki osiąga wykonawca z tytułu poszczególnych usług mających być przedmiotem świadczenia. Podzielić należy również stanowisko zamawiającego, iż zapis dotyczący korekty stawek jednostkowych za niektóre usługi w związku z potencjalnymi zmianami stawek MTR lub FTR w żaden sposób nie stanowi ograniczenia wykonawcy w swobodnym kształtowaniu ceny ofertowej. Zdaniem Izby skoro jak sam wskazywał odwołujący zmiana stawek międzyoperatorskich jest od niego niezależna, wykonawca może po skalkulowaniu przez siebie wszystkich kosztów, marży, zysku do tak uzyskanej ceny dodać koszty ponoszone z tytułu opłat międzyoperatorskich. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu adhezyjnego charakteru umowy o zamówienie publiczne, wprowadzenie swoistego rodzaju klauzuli waloryzacyjnej nie prowadzi do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów prawa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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:

Członkowie:

.....