

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 24 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **24 czerwca 2015 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 czerwca 2015 r.** przez konsorcjum firm w składzie: **NTT System Spółka Akcyjna, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt 05-077 Warszawa-Wesoła; Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Projektów Informatycznych ul. Syreny 23, 01-150 Warszawa**

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie konsorcjum firm w składzie: **NTT System Spółka Akcyjna, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt 05-077 Warszawa-Wesoła; Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa,**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum w składzie: **NTT System Spółka Akcyjna, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt 05-077 Warszawa-Wesoła; Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa,**
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum w składzie: **NTT System Spółka Akcyjna, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt 05-077 Warszawa-Wesoła; Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o zawarcie umowy realizacyjnej w oparciu o umowę ramową Nr 2015/CPI37/NTT-computex zawartą dnia 27 lutego 2015 r., w dniu 15 czerwca 2015 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę - konsorcjum w składzie: NTT System Spółka Akcyjna, Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, w kopi przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało złożone wobec postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), sporządzonej w postępowaniu na zawarcie umów realizacyjnych zakupu urządzeń na potrzeby zintegrowanego systemu informatycznego powiadamiania ratunkowego, umożliwiającego przyjęcie i obsługę zgłoszeń na numer alarmowy 112 oraz inne numery alarmowe w szczególności urządzenia do karetek, znak sprawy: 45-CPI-WZP-2244/15.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Centrum Projektów Informatycznych naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) dalej „ustawa Pzp”, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości jego realizacji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności opracowania treści SIWZ w części dotyczącej terminu realizacji zamówienia w zakresie opisanym w odwołaniu,
2. dokonanie zmiany czynności opracowania treści SIWZ w zakresie i w sposób określony w odwołaniu, oraz o
3. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, iż niniejsze odwołanie jest drugim odwołaniem wobec treści SIWZ, sporządzonej w postępowaniu. W dniu 5 czerwca 2015 r. zamawiający przesłał odwołującemu informację o zmianie treści SIWZ. Zamawiający dokonał m.in. zmiany terminu realizacji zamówienia oraz podzielił przedmiot zamówienia na cztery części. Termin realizacji zamówienia określony przez zamawiającego to 31 lipca 2015 roku.

Odwołujący zaznaczał, że powyższa zmiana terminu realizacji zamówienia jest kolejną zmianą terminu dokonaną w postępowaniu od dnia 7 maja 2015 roku. W tej dacie zamawiający przesłał zaproszenia do złożenia ofert czterem wykonawcom (w tym odwołującemu), z którymi zawarł umowy ramowe w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 60-CPI-WZP-2244/14. Zamawiający wyznaczał w postępowaniu następujące terminy:

1. 15 lipca 2015 roku - termin określony w SIWZ przesłanym wraz z zaproszeniem do złożenia ofert z dnia 7 maja 2015 roku,
2. 24 lipca 2015 roku - zmiana SIWZ z dnia 12 maja 2015 roku dokonana w odpowiedzi na prośby wykonawców dotyczące przedłużenia terminu,
3. 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, z zastrzeżeniem, iż termin dostawy co najmniej 500 sztuk to 20 sierpnia 2015 roku - zmiana SIWZ dokonana w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 15 maja 2015 roku.
4. 31 lipca 2015 roku - zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego w dniu 5 czerwca 2015 roku.

Odwołujący wyjaśniał, że otrzymał od zamawiającego informację o zmianie terminu realizacji zamówienia, o której mowa w punkcie 3 powyżej w dniu 29 maja 2015 roku. Zmiana ta nastąpiła w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez odwołującego w dniu 15 maja 2015 r. O uwzględnieniu zarzutów w całości świadczy odpowiedź zamawiającego na odwołanie datowana na dzień 26 maja 2015 roku (KIO 1008/15).

Poprzednio w dniu 15 maja 2015 r. odwołujący złożył odwołanie z uwagi na fakt, iż zamawiający określił nierealny termin realizacji zamówienia, tj. 15 lipca 2015 roku. W tym terminie zamawiający oczekiwał realizacji dostawy urządzeń na potrzeby zintegrowanego systemu informatycznego powiadamiania ratunkowego, umożliwiającego przyjęcie i obsługę zgłoszeń na numer alarmowy 112 oraz inne numery alarmowe w szczególności urządzenia do karetek. Wykonawcy zwrócili się do zamawiającego z prośbami o przedłużenie terminu, w konsekwencji czego zamawiający w dniu 12 maja 2015 r. poinformował wykonawców, iż zmienił SIWZ określając nowy termin na dzień 24 lipca 2015 roku. Jednocześnie zamawiający wydłużył termin składania ofert do dnia 19 maja 2015 r., a zatem w istocie przedłużył termin wykonania zamówienia o 5 dni.

W odwołaniu wniesionym w dniu 15 maja 2015 r. odwołujący wskazał, iż zarówno pierwszy, jak i drugi termin wykonania przedmiotu zamówienia został określony w sposób odbiegający od realnych możliwości jego realizacji. Odwołujący podnosił jednocześnie, iż minimalnym realnym terminem realizacji zamówienia są 3 miesiące od dnia zawarcia

umowy. Jednocześnie odwołujący zakwestionował stosowanie daty dziennej realizacji zamówienia popierając swą argumentację orzecznictwem KIO.

W odpowiedzi zamawiający stwierdził, iż uwzględni w całości zarzuty odwołującego. Pomimo powyższego, zamawiający dokonał zmiany SIWZ polegającej na określeniu 3 - miesięcznego terminu realizacji zamówienia liczonego od dnia zawarcia umowy, ograniczonego jednak, mimo wszystko datą dzienną 20 sierpnia 2015 roku, w odniesieniu do dostawy co najmniej 500 sztuk sprzętu.

Odwołujący stwierdził, iż zamierzał złożyć odwołanie na ww. zmianę terminu, jednak w międzyczasie, w dniu 5 czerwca 2015 roku, zamawiający przesłał informację o kolejnej zmianie SIWZ polegającej na wyznaczeniu nowego terminu - 31 lipca 2015 roku.

W uzasadnieniu przedmiotowej zmiany SIWZ zamawiający wskazał, że wynika ona z faktu, iż § 1 pkt. 4 aneksu nr 7/KSI SIMIK POIG.07.01.00-00-024/09-07 do porozumienia o dofinansowanie nr POIG.07.01.00-00-024/09-00 w ramach 7 osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - budowa elektronicznej administracji” Program Operacyjny Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 z dnia 29 września 2014 r. zmieniający § 5 ust 4 ww. porozumienia - stanowi, że „Beneficjent zobowiązuje się zakończyć realizację zakresu rzeczowego Projektu wynikającego z wniosku o dofinansowanie do dnia 31 lipca 2015 r. oraz zakresu finansowego Projektu, wynikającego z wniosku o dofinansowanie, w okresie kwalifikowalności wydatków, określonym w ust 3.” Z treści § 1 pkt. 3 ww. aneksu wynika natomiast, iż okres kwalifikowalności wydatków Projektu rozpoczyna się 1 sierpnia 2009 r. i kończy się w dniu 31 sierpnia 2015 r. Wobec powyższego, zamawiający stwierdził, iż nie jest w stanie wydłużyć terminu realizacji zamówienia, ale z uwagi na sygnały o zbyt krótkim terminie realizacji zamówienia, dokonał jego podziału na cztery części. Ponadto zamawiający poinformował, że w dniu 2 czerwca 2015 roku podjął próbę wydłużenia terminu realizacji ww. projektu SIPR, jednak na razie nie ma potwierdzenia o jego wydłużeniu.

Ustosunkowując się do powyższego uzasadnienia, odwołujący wskazywał, iż zamawiający nie odwoływał się poprzednio do terminu realizacji projektu SIPR. Dodatkowo zwracał uwagę na fakt, iż zamawiający - jak sam przyznał - dopiero w dniu 2 czerwca 2015 roku podjął rozmowy w przedmiocie wydłużenia terminu realizacji projektu.

Odwołujący podkreślał, iż zagadnienie terminów realizacji zamówienia było podnoszone już w pytaniach zadawanych zamawiającemu na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej nr 60-CPI-WZP-2244/14, a zatem postępowania w wyniku którego zawarte zostały umowy ramowe z czterema wykonawcami. W dniu 7 stycznia 2015 roku zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie nr 91 o treści „Dotyczy: Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia rozdział 5. Termin realizacji zamówienia 5.3 -

Termin realizacji zamówień, których przedmiot objęty będzie umową ramową, zostanie każdorazowo określony w zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu prowadzonym na podstawie umowy ramowej. Z dostępnych informacji od producentów wyspecyfikowanego sprzętu wynika jednoznacznie, iż czas produkcji jest nie krótszy niż 3 miesiące od złożenia zamówienia. Zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający weźmie pod uwagę powyższą informację przy określaniu terminu realizacji zamówienia ?

Odpowiedź: Zamawiający na tym etapie nie dysponuje bardziej szczegółowymi danymi dotyczącymi czasu realizacji zamówień szczegółowych, ani harmonogramem dostaw.

Z powyższego odwołujący wnioskował, iż zamawiający już na początku stycznia 2015 roku posiadał wiedzę o minimalnym czasie produkcji sprzętu objętego postępowaniem. Umowa ramowa z odwołującym została zawarta w dniu 27 lutego 2015 roku. Zaproszenie do złożenia ofert zostało natomiast wysłane dopiero 7 maja 2015 roku. Zamawiający pomimo tego, iż posiadał wiedzę o minimalnym czasie produkcji sprzętu, wystosował zaproszenie do złożenia ofert po ponad dwóch miesiącach od podpisania umów ramowych.

Jednocześnie odwołujący podnosił, iż przywoływany przez zamawiającego aneks, w którym termin realizacji projektu SIPR został wyznaczony na dzień 31 lipca 2015 roku datowany jest na 29 września 2014 roku. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące zawarcia umowy ramowej ww. postępowanie nr 60-CPI-WZP-2244/14) zostało opublikowane w dniu 6 grudnia 2014 roku, a zatem już po zawarciu ww. aneksu. Pomimo powyższego, w załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Istotne postanowienia umowy ramowej, w treści § 3 ust. 1 wskazano, iż zamawiający może udzielać zamówień szczegółowych od dnia zawarcia umowy ramowej do dnia 31 grudnia 2015 roku. Obecnie natomiast zamawiający twierdzi, iż zakres rzeczowy projektu SIPR musi się zakończyć do 31 lipca 2015 roku, stąd też termin realizacji zamówień szczegółowych nie może przekroczyć tej daty. Działania zamawiającego poczytał odwołujący za niezrozumiałe, jeżeli uwzględni się fakt, iż poprzednio zamawiający przewidywał możliwość realizacji zamówienia po dniu 31 lipca 2015 roku, tj. w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a w przypadku co najmniej 500 sztuk - w terminie do dnia 20 sierpnia 2015 roku.

W tych okolicznościach odwołujący zarzucał, że zamawiający nie dołożył należytej staranności w sprawnym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania celem realizacji projektu SIPR w terminie. Jednocześnie rażąco naruszył zasady finansowania projektu, co nie obciąża wykonawców konsekwencjami ww. zaniedbań zamawiającego. Odwołujący nie wykluczył, iż działanie zamawiającego jest działaniem świadomym, zmierzającym do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy, a tym samym naruszającym zasady uczciwej konkurencji.

Ustosunkowując się bowiem do terminu 31 lipca 2015 roku wskazywał, iż termin ten jest nie tylko zbyt krótki na realizację zamówienia, ale przede wszystkim jest to nadal termin oznaczony datą dzienną. Zamawiający podzielił wprawdzie zamówienie na cztery części, jednak pozostaje to bez znaczenia dla realizacji zamówienia. Odwołujący podnosił, iż czas niezbędny na wyprodukowanie sprzętu to minimum 3 miesiące - termin ten dotyczy każdej ilości sprzętu. Odwołujący powoływał się na to, że w poprzednim odwołaniu uzasadniał, iż dla realizacji zamówienia obiektywnie minimalnym realnym terminem jego wykonania są 3 miesiące od podpisania umowy z zamawiającym.

Zaznaczył, iż otwarcie ofert zaplanowano na dzień 16 czerwca 2015 roku. Już w momencie składania niniejszego odwołania termin na realizację zamówienia wynosi niespełna 1,5 miesiąca, a z pewnością zostanie skrócony o kolejne tygodnie. Termin zawarcia umowy wykonawczej nie jest przecież znany, ponadto wykonawcy są uprawnieni do korzystania z przysługujących im uprawnień, np. wnoszenia środków ochrony prawnej, zadawania zamawiającemu pytań itp. Każda z ww. czynności spowoduje przesunięcie terminu zawarcia umowy wykonawczej. Tym samym, zastosowanie daty dziennej realizacji zamówienia może doprowadzić do kuriozalnej sytuacji, kiedy na wykonanie umowy wykonawcy pozostanie jedynie kilka dni. Przedmiotowe zagadnienie było rozważane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 24 lipca 2008 r. KIO/UZP 707/08: *„wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty (...) rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie*. Podobnie w wyrokach o sygnaturach KIO/1756/10 jak i KIO 1246/10 uznano, że wskazanie konkretnej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia jest niezgodne z obowiązującym stanem prawnym. Ustalenie daty dziennej oznacza ponadto dla wykonawcy niewykonanie przedmiotu umowy w terminie i konieczność poniesienia kar umownych. Nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy wykonawczej skutkuje bowiem karami umownymi w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień (budżet zamawiającego na realizację zamówienia to ok. 35 mln zł brutto). Kary umowne należne są za opóźnienie w wykonaniu umowy, a nie za zwłokę. Niezależnie zatem od przyczyn niewykonania umowy w terminie, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kar umownych. Innymi słowy, wykonawca chcąc uczestniczyć w postępowaniu naraża się na ryzyko nienależytego wykonania zamówienia, a tym samym zapłatę wysokich kar umownych przewidywanych przez zamawiającego. Powyższe oznacza zatem, iż wykonawcy - mając perspektywę zapłaty kar umownych - nie będą skłonni oferować zamawiającemu niższych cen. Nieuwzględnienie przez zamawiającego ww. okoliczności może być ocenione jako nienależyte wydatkowanie środków publicznych. Odwołujący zaznaczał, że powyższe argumenty dotyczące daty dziennej były już

zaprezentowane w poprzednim odwołaniu. Zamawiający - uwzględniając odwołanie w całości - uznał je za zasadne, pomimo to wprowadził do SIWZ kolejną datę dzienną. Wobec powyższego, odwołujący ponownie wyjaśniał, iż wyspecyfikowane urządzenia objęte zamówieniem, nie są produktami dostępnymi „od ręki” ani na polskim, ani na europejskim rynku. Jest to sprzęt specjalistyczny, przeznaczony do pracy w trudnych warunkach, co powoduje, iż jest produkowany pod konkretne zamówienie. Stwierdził, że przedmiotowy sprzęt nie jest produkowany w Polsce, ani nawet w Europie. Większość producentów posiada swoje fabryki na Dalekim Wschodzie - co także należy uwzględnić szacując czas na realizację zamówienia. Sprzęt musi bowiem zostać sprowadzony do Polski. Żaden ze znanych odwołującemu dystrybutorów ani przedstawiciele producentów ww. sprzętu nie posiada go w zasobach magazynowych. Spowodowane jest to tym, iż projekty o skali porównywalnej z projektem zamawiającego zdarzają się bardzo rzadko, zatem nieracjonalne jest magazynowanie znacznych ilości tak specjalistycznego sprzętu. Nieuzasadnione byłoby także oczekiwanie od wykonawców składania zamówień na sprzęt przed wyborem oferty i podpisaniem umowy wykonawczej.

Zawarcie umowy ramowej nie gwarantuje przecież realizacji zamówienia. Wcześniejszy zakup urządzeń wiązałby się ze znacznymi nakładami finansowymi, co w przypadku niewygrania postępowania mogłoby doprowadzić nawet do upadłości wykonawcy i utraty jego wiarygodności jako kontrahenta. Sprzęt nie jest bowiem zbywalny na rynku. Oznacza to, iż wykonawca może podjąć działania zmierzające do realizacji zamówienia, tj. złożyć zamówienie na wyprodukowanie i dostawę sprzętu po zawarciu umowy wykonawczej.

Określenie terminu realizacji zamówienia powinno uwzględniać specyfikę projektu, skalę zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne i organizacyjne związane z realizacją zamówienia oraz podnoszone przez wykonawców kwestie czasu produkcji oraz dostępności sprzętu. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający, powinien posiadać niezbędną wiedzę w zakresie dostępności sprzętu, będącego przedmiotem zamówienia, aby należycie oszacować realny, niezbędny czas na realizację zamówienia. Obowiązek zamawiającego posiadania wskazanej wyżej wiedzy potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., KIO/KD 107/10 wskazując, iż *„czas ten zamawiający winien uwzględnić przy planowaniu zamówienia, konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniając w tym wszelkie ryzyka przesunięcia realizacji projektu, opóźnień spowodowanych procedurami związanymi z finansowaniem przedsięwzięcia, czy wreszcie procedurami odwoławczymi. Ta ocena okoliczności towarzyszących postępowaniu, obowiązek przewidywania ewentualnych opóźnień i przesunięć w harmonogramie prac w całości obciąża Zamawiającego, który te okoliczności powinien właściwie i racjonalnie oszacować i uwzględnić.”* W świetle powyższego, odwołujący uznał swój wniosek, iż działania zamawiającego naruszają art. 29



ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję - za uprawniony. Ponadto podtrzymał zarzut, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Fakt, iż zamawiający ograniczył termin realizacji zamówienia datą dzienną utwierdził odwołującego w przekonaniu o słuszności jego wątpliwości dotyczących przyczyn takiego stanu rzeczy. Odwołujący sądził, iż zamawiający wyznaczył przedmiotowy termin - podobnie jak poprzednie wskazane wyżej terminy - ze świadomością, iż co najmniej jeden z wykonawców posiada zdolność wykonania zamówienia w terminie do dnia 31 lipca 2015 roku. Realizacja zamówienia we wskazanym terminie jest bowiem możliwa, jeżeli dany wykonawca złożył zamówienie na wyprodukowanie sprzętu ze znacznym wyprzedzeniem. Nawet bowiem przy zachowaniu najwyższej staranności wykonawcy, którzy nie dokonali zamówienia na sprzęt przed datą wystosowania zaproszenia do składania ofert, tj. przed 7 maja 2015 roku, nie będą w stanie dostarczyć jakiegokolwiek ilości sprzętu do dnia 31 lipca 2015 roku. Odwołujący ponowił argumentację, iż zamawiający podzielił zamówienie na cztery części, przy czym w przypadku trzech części wymagane jest dostarczenie poniżej 500 sztuk sprzętu (w każdej części), zaś jedna część dotyczy dostawy powyżej 500 sztuk. W poprzedniej zmianie SIWZ wskazano, iż dostawa co najmniej 500 sztuk sprzętu miała nastąpić do dnia 20 sierpnia 2015 roku. Z tego odwołujący wywodził, iż zamawiający posiada wiedzę o możliwości zrealizowania zamówienia w określonej liczbie. Za uzasadnione przyjął także twierdzenie, iż ze względu na bezpieczeństwo konkretnego wykonawcy, niemającego pewności co do liczby sprzętu, którym będzie dysponował, zamówienie zostało podzielone na mniejsze części (poniżej 500 sztuk), umożliwiające mu złożenie chociażby jednej oferty.

Odwołujący domniemywał, że podział zamówienia oraz ponawianie przez zamawiającego konkretnego, oznaczonego datą dzienną terminu realizacji zamówienia (krótszego przy tym niż wskazywane niejednokrotnie minimalne 3 miesiące od zawarcia umowy) może zatem wskazywać na konkretnego wykonawcę, ewentualnie konkretnego producenta czy dystrybutora.

Odwołujący zaznaczał, że ustawa Pzp nie pozwala nie tylko na taki opis przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuprawniony ogranicza krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia, ale także producentów. Działania zamawiającego według odwołującego - powodują wyeliminowanie z postępowania wykonawców mogących złożyć ofertę, ale nie będących w stanie zrealizować zamówienia w wyznaczonym terminie. Przedmiotowy termin stawia bowiem nadmierne i nieuzasadnione realiami rynkowymi wymogi, które utrudniają dostęp do zamówienia i tym samym ograniczają konkurencyjność

postępowania, jeżeli nie eliminują jej całkowicie. Odwołujący ponownie stwierdził, iż obiektywnie minimalnym realnym terminem wykonania zarówno całego przedmiotu zamówienia, jak i każdej z jego części są co najmniej 3 miesiące od dnia zawarcia umowy wykonawczej z zamawiającym. W związku z tym zmiana treści SIWZ powinna uwzględniać co najmniej ww. termin.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 czerwca 2015 r. do postępowania odwoławczego nie przystąpił w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Izba rozpatrując odwołanie na posiedzeniu niejawnym na podstawie postanowienia art. 189 ust. 3 ustawy Pzp dopuściła i przeprowadziła dowód z akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1008/15 z odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 15 maja 2015r., zakończonego postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2015 r. umarzającym postępowanie odwoławcze w związku z uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego.

W odwołaniu wniesionym w dniu 15 maja 2015 r. wobec określenia terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości jego realizacji, co stanowić miało naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - odwołujący wnosił o:

1. *„uwzględnienie odwołania w całości,*
2. *nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności opracowania treści SIWZ w części dotyczącej terminu realizacji zamówienia w zakresie opisanym w odwołaniu,*
3. *nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie i w sposób określony w odwołaniu.”*

Odwołujący stwierdził przy tym, że *„obiektywnie minimalnym, realnym terminem jego wykonania są 3 miesiące od podpisania umowy z Zamawiającym. W związku z tym zmiany SIWZ powinny uwzględniać co najmniej ww. termin.”*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W oparciu o postanowienia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący postawił zamawiającemu wyłącznie zarzut naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) dalej „ustawa Pzp”, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości jego realizacji. W takich też granicach sprawa podlegała rozpatrzeniu.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający zawarł między innymi z odwołującym umowę ramową Nr 2015/CPI/37/NTT- Computex w dniu 27 lutego 2015 r. w

wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zawarcie umowy ramowej na zakup urządzeń na potrzeby zintegrowanego systemu informatycznego powiadamiania ratunkowego, umożliwiającego przyjęcie i obsługę zgłoszeń na numer alarmowy 112 oraz inne numery alarmowe w szczególności urządzenia do karetek i karty inteligentne, ogłoszonym w Dz. Urz. UE 2014/S 236-414901 z dnia 6.12.2014 r., z podziałem na dwie części.

W § 1 ust. 1 i 2 tej umowy postanowiono, że przedmiotem Umowy jest określenie warunków udzielania i realizacji zamówień na część II objętą postępowaniem dotyczącą dostawy terminali mobilnych, drukarek mobilnych, urządzeń GPS, zwanych dalej „dostawami” jakich Zamawiający może udzielić wykonawcy w okresie obowiązywania umowy. Umowa jest umową ramową w rozumieniu art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych i określa warunki realizacji poszczególnych zamówień szczegółowych na dostawy (zwanych dalej: zamówieniami szczegółowymi) przez strony umowy.

W § 2 tej umowy wykonawca, tj. odwołujący oświadczył, że jest związany w szczególności treścią następujących dokumentów:

- 1) ofertą Wykonawcy wraz z załącznikami, złożoną w postępowaniu, z zastrzeżeniem zmian wynikających ze zmiany stawki podatku od towarów i usług VAT, oraz z zastrzeżeniem, że oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia szczegółowego (zwanego dalej „postępowaniem szczegółowym”) może być bardziej korzystna dla Zamawiającego, niż oferta złożona w postępowaniu;
- 2) specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, sporządzoną dla postępowania.

W załączniku nr 3 do umowy ramowej – Istotne postanowienia umowy wykonawczej (dotyczącej „umów szczegółowych”, inaczej nazwanych też „umowami realizacyjnymi” w § 3 przewidziano dostawy w terminach określonych w harmonogramie, podlegającym akceptacji zamawiającego.

W ofercie na zawarcie umowy ramowej zarówno na część I jak i II zamówienia - odwołujący zobowiązał się w punkcie 4, że zamówienia, których przedmiot objęty będzie umową ramową - realizować będziemy każdorazowo w terminach określonych przez zamawiającego.

Ponadto w punkcie 1 oferty wykonawca składał oświadczenie, że zapoznał się z treścią SIWZ oraz jej załączników i zobowiązuje się do stosowania i ścisłego przestrzegania określonych w niej warunków.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia punkt 5 - Termin realizacji zamówienia ppkt 5.3 stanowi, że Termin realizacji zamówień, których przedmiot objęty

będzie umową ramową, zostanie każdorazowo określony w zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu prowadzonym na podstawie umowy ramowej.

Należało uwzględnić, iż postępowanie dotyczy zawarcia umów szczegółowych na zamówienia realizacyjne w wyniku uprzednio zawartej umowy ramowej.

Procedura zawarcia umowy ramowej w oparciu o przepisy art. 99 - 101 ustawy Pzp nie jest równoznaczna z udzieleniem zamówienia publicznego. Zamawiający obrał do zawarcia umowy ramowej tryb przetargu nieograniczonego.

Oznacza to, że na etapie przeprowadzenia postępowania o zawarcie umowy ramowej zamawiający winien dostosować się do wymagań przepisów rządzących tym trybem. Przede wszystkim winien dokładnie opisać przedmiot zamówienia i sposób jego realizacji, jak nakazuje art. 29 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonany opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej zgodnie z wytycznymi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie mógł być dokonany w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, lub prowadzić do łamania zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - nakładających na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ślad za powyższymi uregulowaniami ustawy Pzp, szedł też obowiązek zamawiającego na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej - sprecyzowania wymaganych terminów dostaw, w sposób postulowany przez odwołującego, tj. z oznaczeniem okresu - po zawarciu umowy. Świadczenie i sposób jego wykonywania objęte postępowaniem na zawarcie umowy ramowej winno być zatem skonkretyzowane jako przedmiot zamówienia.

Celem zawierania umów ramowych jest, aby zamawiający mógł dokonać wyboru wykonawców - dostawców potrzebnych produktów, które w oparciu o umowy ramowe zamierza nabyć w oznaczonym czasie za ceny nie wyższe niż określone w umowie ramowej, a następnie w oparciu o zweryfikowanych wykonawców i ich oferty nabywać towary i usługi w szybkim terminie poprzez zamówienia realizacyjne, bez ponawiania czasochłonnych postępowań przetargowych.

Przepis art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stanowi że zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej.

Ponadto przepis art. 101 ust. 2 ustawy Pzp zabrania istotnych zmian warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej.

Zamawiający nie ma obowiązku wywiązania się z umowy ramowej, (co też zamawiający wyraźnie zastrzegł na swoją rzecz pisząc w § 3 pkt 4 umowy ramowej, że *„Żadne z postanowień Umowy nie może być traktowane jako zobowiązanie zamawiającego do udzielania zamówień szczegółowych*), ani też wykonawca będący stroną takiej umowy nie ma obowiązku składania ofert na zamówienia realizacyjne, czego odwołujący miał świadomość pisząc, że: *„Zawarcie umowy ramowej nie gwarantuje przecież realizacji zamówienia.”*

W przypadku ofert na zawieranie umów wykonawczych do umów ramowych z mocy art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie stosuje się okresu *standstill* - zawieszenia terminu zawarcia umowy - na ewentualne wniesienie środków ochrony prawnej. Z powyższego wynika, że ustawodawca nawet nie przewidział, aby w tej fazie postępowania mogły być wnoszone środki ochrony prawnej.

W ocenie Izby, gdyby doszło do istotnej zmiany SIWZ, w stosunku do treści SIWZ obowiązującej w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej - wymagających zasadniczo uruchomienia procedury konkurencyjnej udzielenia zamówienia - odwołującemu służyłby środek ochrony prawnej.

Faktem jest, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej zostały ostatecznie ukształtowane, i brak jest możliwości na obecnym etapie postępowania rewidowania ich treści. Odwołujący potwierdził, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia punkt 5, ppkt 5.3 - zamawiający zastrzegł na swoją rzecz, że termin realizacji zamówień, których przedmiot objęty będzie umową ramową, zostanie każdorazowo określony w zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu prowadzonym na podstawie umowy ramowej, a odwołujący te warunki zaakceptował podpisując umowę ramową. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia dołączona do zaproszenia do złożenia oferty na zamówienie realizacyjne („szczegółowe”) nie zawiera odmiennych treści i nie modyfikuje „uprawnienia” zamawiającego do wyznaczenia terminu realizacji dostaw.

Jeżeli odwołujący uznawał wcześniej i uznaje obecnie, że czas niezbędny na wyprodukowanie przedmiotowego sprzętu to minimum 3 miesiące - i termin ten dotyczy każdej ilości sprzętu, gdyż już w poprzednim odwołaniu uzasadniał, iż dla realizacji zamówienia obiektywnie minimalnym realnym terminem jego wykonania są 3 miesiące od podpisania umowy z zamawiającym - to winien takie postulaty modyfikacji postanowień

SIWZ zgłaszać na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej, a w przypadku ich niespełnienia skorzystać ze środków ochrony prawnej we właściwym terminie.

Odwołujący usiłuje *de facto* przywrócić termin na wniesienie odwołania wobec warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalonych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

W tych okolicznościach Izba uznała rozpoznawane odwołanie, za wniesione z uchybieniem terminu.

Stawiany zarzut określenia terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości jego realizacji, co stanowić miało naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to zarzut na przyjęte w tym względzie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej oraz zaprzeczający zobowiązaniu wykonawcy w podpisanej umowie ramowej, który mógł być skutecznie podnoszony w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla danej wartości przedmiotu zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego. Specyfikacja w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej została opublikowana dnia 6 grudnia 2014 r. zatem bez wątpliwości termin jej zaskarżenia minął bezskutecznie.

Zdaniem Izby bez znaczenia pozostaje, że zamawiający kilkakrotnie zmieniał swoje dyspozycje, co do terminu wykonania zamówienia realizacyjnego, w tym także uwzględnił odwołanie z dnia 15 maja 2015 r. złożone przez odwołującego. Zamawiający bowiem zapowiedział w oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania, iż dokona „stosownej zmiany” specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesłanej z zaproszeniem do złożenia oferty - co wciąż mieściło się w uprawnieniach zamawiającego ustalonych w warunkach SIWZ na zawarcie umowy ramowej, które są wiążące. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia wymóg pewności ustalonych w SIWZ warunków, i ich niewzruszalności po upływie terminów na wniesienie odwołania. Tym bardziej, że ustawa Pzp w art. 94 ust. 2 pkt 2 przewiduje wyjątek, i w przypadku umowy dotyczącej zamówienia w oparciu o umowę ramową zezwala na pominięcie dyspozycji art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto należało uwzględnić, iż zamawiający poinformował 18 czerwca 2015 r. Prezesa krajowej Izby Odwoławczej o unieważnieniu postępowania, o czym powiadomił wykonawców 17 czerwca 2015 r., a przyczyną tej czynności był brak złożonych ofert.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba może uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania. W okolicznościach tej sprawy uwzględnienie odwołania nie byłoby nawet możliwe ze względu na ograniczenia proceduralne, wynikające z normy art. 192 ust. 2 Pzp. Brak jest, bowiem możliwości orzeczenia co do istoty sprawy w sposób, który zmieniałby wynik postępowania.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania. Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 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), Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:**

.....