

Sygn. akt: KIO 2708/13

**WYROK**  
**z dnia 11 grudnia 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2013 r. przez **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:**
  - 1.1. pkt V lit. c SIWZ oraz § 4 ust. 2 projektu umowy - poprzez określenie terminu, w którym wykonawca, po podpisaniu umowy, zobowiązany będzie rozpocząć świadczenie usług,**
  - 1.2. pkt 12 załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) oraz pozostałych postanowień dotyczących sposobu obliczenia ceny i ustalenia wynagrodzenia - poprzez rezygnację z zakazu naliczania opłat stałych w czasie trwania umowy;**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NETIA S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie na rzecz NETIA S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),**

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług dostępu głosowego do telefonicznej sieci publicznej dla potrzeb jednostek Policji województwa małopolskiego*.

W dniu 22 listopada 2013 r. wykonawca Netia S.A. wniósł odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że postanowienia SIWZ mogą do wykluczenia konkurencyjnych wykonawców. Dotyczy to następujących postanowień:

1. Brak wskazania daty rozpoczęcia świadczenia usług - część V SIWZ oraz § 4 projektu umowy

Odwołujący podniósł, że wskazanie daty rozpoczęcia świadczenia usług jest istotnym elementem mającym wpływ na decyzję wykonawcy co do wzięcia udziału w postępowaniu. Zamawiający zamierza taką datę wskazać, ale dopiero po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, wybrany wykonawca rozpocznie świadczenie usług na pisemne żądanie Zamawiającego. Takie ustalenie warunków rozpoczęcia świadczenia usług w istotny sposób narusza wyrażoną w art. 7 i 29 ust. 1 i 2 ustawy zasadę uczciwej konkurencji. Wskazywanie jedynie podstaw do określenia daty rozpoczęcia realizacji umowy, bez wiedzy uczestników postępowania na temat faktycznego terminu zakończenia postępowania i tym samym bez wiedzy na temat terminu podpisania umowy, jest, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne. Takie działanie Zamawiającego pozbawia wykonawców wiedzy na temat okresu, jakim będą dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług. Nie jest znany termin podpisania umowy ani termin rozpoczęcia świadczenia usług, jaki wyznaczyć ma Zamawiający. W praktyce to tylko od decyzji Zamawiającego będzie zależało, czy dany wykonawca będzie w stanie rozpocząć świadczenie usług, a to naraża wykonawców na ryzyko zapłaty kar umownych za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usług (nawet 2000 zł dziennie, zgodnie z § 7 projektu umowy). Dodatkowo przewiduje się możliwość żądania odszkodowania uzupełniającego w wysokości przewyższającej karę umowną.

Z SIWZ więc nie wynika, kiedy wykonawca ma być gotowy do rozpoczęcia świadczenia usług. Wykonawca nawet nie wie, jakimi przesłankami będzie się kierował Zamawiający przy wyznaczaniu terminu rozpoczęcia świadczenia usług. Nie można zaakceptować sytuacji, że wykonawca dopiero po zaciągnięciu zobowiązania dowie się o jednym z istotniejszych elementów umowy, jakim jest dzień rozpoczęcia świadczenia usług. W ten sposób wykonawca nie będzie w stanie oszacować swojej oferty. Rozpoczęcie świadczenia usług również wymaga określonego czasu na przygotowania, (pozyskanie odpowiedniej infrastruktury telekomunikacyjnej lub przystosowanie własnej infrastruktury do wymagań Zamawiającego). Wykonawca podejmując decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu musi skalkulować czy przewidziany przez Zamawiającego termin pozwoli mu na przygotowanie się do świadczenia usług. Trzeba też zauważyć, że oprócz świadczenia usług telekomunikacyjnych, Zamawiający wymaga także zapewnienia mu sprzętu i oprogramowania. Muszą one być zamówione u producenta. Zamówienie również zajmuje określony czas. Na chwilę obecną żaden z wykonawców nie jest w stanie zasygnalizować swojemu dostawcy terminu, na kiedy sprzęt ten będzie wymagany.

Zdaniem Odwołującego, przy obecnych zapisach SIWZ nie ma możliwości precyzyjnego zaplanowania wykonania inwestycji. Jedynie wykonawca, który obecnie świadczy usługi będzie w stanie dotrzymać każdego terminu. Skoro już świadczy usługi Zamawiającemu nie będzie potrzebował już czasu na ich zestawienie.

Odwołujący wskazał, że konieczność precyzyjnego określenia terminu wykonania zamówienia potwierdzona jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki: z 12 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1246/10, z 16 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1876/13, z 18 września 2013 r. sygn. akt KIO 2135/13, z dnia 10 października 2013 r. sygn. akt KIO 2316/13, z 4 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2411/13).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wskazania konkretnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług. Zdaniem Odwołującego, realny termin wykonania zamówienia wynosi 45 dni, ale tylko w przypadku, gdy dotrzymanie tego terminu będzie zależało wyłącznie od wykonawcy. W związku z tym Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany części V SIWZ oraz § 4 projektu umowy na następujący: *Świadczenie usług będących przedmiotem umowy rozpocznie się w terminie 45 dni od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym.*

2. Żądanie zawarcia wszystkich należnych wykonawcy opłat za wykonane usługi w stawce za 1 minutę połączenia przy jednoczesnym braku gwarancji korzystania przez Zamawiającego z usług wykonawcy - § 4 i § 5 projektu umowy oraz pkt 12,18 i 24 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług głosowych, ale także dostawa sprzętu, co wprost wynika z opisów poszczególnych zadań wskazanych w Załączniku nr 1. Tymczasem Zamawiający wymaga wskazania tylko jednej opłaty za korzystanie z połączeń telefonicznych, która ma zawierać w sobie wszystkie inne opłaty należne wykonawcy, w tym także koszty sprzętu i oprogramowania. Jednocześnie Zamawiający wprost wskazuje, że nie gwarantuje wykonania wskazanej przez niego ilości minut połączeń (pkt 18 Załącznika nr 1 do SIWZ). Dodatkowo zaś zastrzega sobie prawo nieograniczonej rezygnacji z poszczególnych pozycji w zadaniach (pkt 24 Załącznika nr 1 do SIWZ). Jako przyczynę rezygnacji wskazuje bardzo ogólne pojęcie jak „dobro służby” czy bliżej niesprecyzowane plany Komendy Głównej Policji.

Zdaniem Odwołującego, analiza poszczególnych zadań w ramach przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że to nie świadczenie usług telekomunikacyjnych jest istotą tego postępowania, a przede wszystkim udostępnienie Zamawiającemu sprzętu telekomunikacyjnego i oprogramowania. Będą to modemy zdalnego nadzoru, terminale telefoniczne, oprogramowanie centrali, przełącznice. Dodatkowo w każdym zadaniu Zamawiający zamawia usługę szkolenia dla swojego personelu. Nie bez przyczyny zatem Zamawiający oszacował wartość wszystkich zadań na kwotę 3.600.000 zł netto, bo większość tej kwoty wynika z wartości niezbędnego oprogramowania i sprzętu. Zamawiający wymaga więc od wykonawców zapewnienia w każdej lokalizacji określonego sprzętu i oprogramowania oraz nakazuje, aby koszty jakie wykonawca poniesie za zakup czy dzierżawę sprzętu i oprogramowania skalkulować w opłacie za połączenia telefoniczne. Dla każdego z zadań wskazał też, z jakiego wolumenu ruchu zamierza korzystać w poszczególnych zadaniach. Wprowadził więc zasadę, że wynagrodzenie wykonawcy za udostępnienie sprzętu i oprogramowania zależeć będzie wyłącznie od generowanego ruchu telekomunikacyjnego.

Mimo że wskazany jest wolumen tego ruchu, to nie jest to wartość, która pozwoli oszacować wykonawcom ich wynagrodzenie. W punkcie 18 Załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający wyraźnie stwierdza, że są to tylko dane szacunkowe i nie daje gwarancji, że skorzysta z takiej liczby minut, jakie podał w SIWZ. Dodatkowo Zamawiający zastrzega sobie prawo do dowolnej rezygnacji, (pkt 24). Oznacza to, że hipotetycznie wykonawca może nie otrzymać żadnego wynagrodzenia, gdy Zamawiający w ogóle nie wykona połączenia. Mimo poniesienia znacznych kosztów na sprzęt i oprogramowanie wykonawca nie ma żadnej gwarancji, że chociażby uzyska zwrot tych wydatków, nie mówiąc już o zysku. Bardzo realne jest jednak to, że Zamawiający wykona niższą niż zadeklarowaną ilość minut połączeń.

Zdaniem Odwołującego, tak opisany przedmiot zamówienia nie spełnia warunków opisu wskazanych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, jak

w okresie wykonywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego kształtować się będzie zakres zamówienia. Tym samym trudno mu będzie dokonać założeń biznesowych do oferty, w szczególności skalkulować cenę opłaty za połączenia.

Odwołujący wskazał, że standardowa usługa o świadczenie usług telekomunikacyjnych kalkulowana jest w oparciu o stawkę za połączenie telefoniczne i opłatę abonamentową. Opłata abonamentowa zazwyczaj zawiera w sobie koszty instalacji i aktywacji usługi, koszty sprzętu przekazywanego abonentowi do korzystania oraz wszelkie opłaty związane ze świadczeniem usług. Uniezależnia to w ten sposób dostawcę usług od rzeczywistego wykonywania połączeń telefonicznych przez abonenta. Jest to swoista opłata za gotowość i utrzymanie łączy do dyspozycji abonenta, aby w każdym momencie mógł wykonać to połączenie. W niniejszym wykonawca świadcząc usługę telekomunikacyjną nie tylko będzie ponosił koszty na sprzęt i oprogramowanie, ale także koszty zestawienia łączy, utrzymania łączy w gotowości i koszty obsługi wykonywania umowy, jak usuwania awarii, fakturowania, obsługi reklamacji. Włączenie tych kosztów do opłaty za połączenie telefoniczne, co do którego nie ma pewności że zostanie wykonane prowadzić może w praktyce do nierentowności tego przedsięwzięcia.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wskazał na konieczność zagwarantowania pewności wykonawcy co do zrealizowania zamówienia w minimalnym zakresie, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11). Wprowadzenie postanowień umożliwiających Zamawiającemu rezygnację z usługi w danej lokalizacji może przerodzić się w uprawnienie Zamawiającego do rezygnacji ze wszystkich usług przed upływem umówionego terminu obowiązywania umowy. Tego typu uprawnienia Zamawiającego nie pozwalają wykonawcom na wystarczająco pewne określenie zakresu obejmującego przedmiot zamówienia. Zamawiający domaga się zapewnienia infrastruktury pozwalającej na świadczenie usługi na określonym poziomie, po czym zapowiada możliwość arbitralnego umniejszenia wielkości zamówienia skutkującego obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający tym postanowieniem utrudnia określenie rentowności projektowanego przedsięwzięcia. Wykonawca winien mieć pewność, co do zakresu świadczonych przez niego usług. Trwałość stosunku prawnego powstałego wskutek przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w wyznaczonych ramach, co do zakresu zamówienia jest wartością samoistną, rzutującą między innymi na proponowaną przez wykonawców cenę. Niepewność, co do okresu świadczenia powoduje, bowiem niepewność, co do zasad kalkulacji, a więc i wysokości jej ceny. Wiedza na temat wielkości zamówienia pozwala na dokonanie prawidłowej kalkulacji uwzględniającej zwrot poniesionych przez wykonawcę kosztów (kosztów, które wykonawcy poniosą praktycznie przed rozpoczęciem świadczenia usługi).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia odrębnej stałej miesięcznej opłaty za dzierżawę sprzętu i oprogramowania, ewentualnie wprowadzenia gwarancji wykorzystania określonej liczby minut połączeń przez Zamawiającego i usunięcie możliwości rezygnacji z poszczególnych pozycji w zadaniach

Odwołujący podkreślił, że obydwa zarzuty opisane powyżej w pewnym stopniu są ze sobą związane. Analiza sformułowania postanowień dotyczących aktywacji usług oraz wynagrodzenia za świadczone usługi prowadzi do wniosku, że faworyzują one obecnego dostawcę usług lub tego dostawcę usług, który pozostaje w bardzo dobrych relacjach z Zamawiającym. A więc prowadzić może w konsekwencji do naruszenia art. 7 Ustawy — zasady równego traktowania wykonawców. Prawdopodobne jest, że Zamawiający dając sobie prawo do wyznaczania terminu aktywacji usług może ten termin wyznaczyć tak, aby dany wykonawca był w stanie go do trzymać, ale może również zażądać aktywacji bez uwzględnienia wymagań wykonawcy. Rodzi to duże wątpliwości, co do intencji tego typu postanowień. Podobnie może być z zakresem zamówienia, gdzie faworyzowany wykonawca może uzyskać przewidziane przez niego wynagrodzenie.

Zdaniem Odwołującego, postanowienia w SIWZ nie powinny dopuszczać do uzależniania wykonywania umowy od działań Zamawiającego. Tego typu postanowienia skutecznie mogą ograniczyć liczbę ofert potencjalnych wykonawców. Działanie polegające na wyznaczeniu terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi przez Zamawiającego dopiero po zawarciu umowy czy nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce Zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy (Zamawiający faktycznie ogranicza ilość ofert, które zostaną złożone w tym postępowaniu). Działania takie są niekorzystne dla Zamawiającego, który ograniczając konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niemożności udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieokreślenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług głosowych polegających na zapewnieniu stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej wraz z zainstalowaniem zakończeń sieci w objętych postępowaniem lokalizacjach. Przedmiot zamówienia został podzielony na 19 zadań dotyczących poszczególnych lokalizacji.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), ustalając wymagania dotyczące poszczególnych zadań Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zapewnienia dla każdej lokalizacji upgrade sprzętu Zamawiającego oraz użytkowanie własnego sprzętu (takich jak: łącza zewnętrzne i wewnętrzne, oprogramowanie centrali, oprogramowanie zarządzające, backupowy system zasilania centrali, terminale telefoniczne, patch panel).

W punkcie V SIWZ (Termin wykonania umowy) Zamawiający ustanowił wymaganie, aby okres rozliczeniowy rozpoczynał się w pierwszym dniu miesiąca. Wykonawca będzie świadczył usługi przez okres 24 miesięcy od daty zawarcia umowy. Świadczenie usług będących przedmiotem umowy rozpocznie się na pisemne żądanie Zamawiającego w dniu wskazanym przez Zamawiającego. Zamawiający określi datę rozpoczęcia świadczenia usług najpóźniej w terminie 30 dni licząc od daty zawarcia umowy. Analogiczne postanowienie znalazło się w § 4 projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ).

W ocenie Izby sposób, w jaki Zamawiający uregulował kwestię terminu rozpoczęcia świadczenia usług, narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanymi przepisami, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W świetle powyższych uregulowań, zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób pozwalający wykonawcom uzyskać pewność co do poszczególnych elementów zamówienia, oczekiwań zamawiającego oraz obowiązków ciążących na



wykonawcy, który będzie zamówienie realizował. Termin rozpoczęcia świadczenia usług należy uznać za element istotny, którego znajomość jest dla wykonawców niezbędna po pierwsze do tego, aby w wyniku oceny własnych możliwości technicznych i organizacyjnych podjąć decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia, po drugie - zagwarantować należyte przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usług po podpisaniu umowy. Dodatkowo, na co zwrócił uwagę Odwołujący, w przypadku usług telekomunikacyjnych określenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług jest elementem umowy wymaganym przepisem art. 56 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający de facto nie określił terminu rozpoczęcia świadczenia usług. Postanowienia specyfikacji w tym zakresie należy bowiem rozumieć w ten sposób (czemu Zamawiający nie zaprzeczył), że Zamawiający w terminie 30 dni od podpisania umowy zakomunikuje wykonawcom datę, w której zobowiązani będą przystąpić do wykonywania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie określił żadnych ram czasowych, w których przypadnie termin rozpoczęcia świadczenia usług, a wykonawca, który nie przystąpi do wykonywania umowy na żądanie Zamawiającego, zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej w wysokości 2 tys. zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (§ 7 ust. 1 pkt 1 projektu umowy).

Biorąc pod uwagę fakt, że na wykonawcy ciążyć będzie obowiązek zapewnienia rozbudowanej infrastruktury sprzętowej, tak ukształtowane postanowienia stawiają wykonawców w sytuacji niepewności i narażają na ryzyko, że będą zobowiązani do rozpoczęcia świadczenia usług w terminie zbyt krótkim, uzależnionym od arbitralnej decyzji Zamawiającego.

Co więcej, postanowienia takie stawiają w uprzywilejowanej sytuacji podmiot obecnie świadczący usługi telekomunikacyjne na rzecz Zamawiającego, jako że podmiot ten dysponuje pełną infrastrukturą udostępnianą Zamawiającemu i dostosowaną do jego potrzeb. Powyższe narusza wyrażony w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba stanęła na stanowisku, że termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak wyznaczony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotowi, który dotychczas świadczył usługi na rzecz zamawiającego i posiada infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą nabyć lub wdzierżawić niezbędny sprzęt. Tym samym Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z 12 lipca 2010 r. KIO/UZP 1246/10.

Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, że brak określenia daty rozpoczęcia świadczenia usług usprawiedliwiony jest faktem, że musi on mieć odpowiedni czas na zakończenie świadczenia usług przez dotychczasowego wykonawcę. Z punktu widzenia wykonawcy najistotniejsze jest pozyskanie informacji o najwcześniejszym możliwym terminie rozpoczęcia realizacji zamówienia oraz zapewnienie, aby termin ten był na tyle długi, że umożliwi przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług. Powyższe w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z koniecznością zakończenia współpracy Zamawiającego z obecnym wykonawcą. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia wykonywania umowy nie naraża również Zamawiającego na przerwę w korzystaniu z usług telekomunikacyjnych, Zamawiający bowiem ma bowiem wiedzę na temat zasad i terminu rozwiązania umowy z obecnym wykonawcą (okres wypowiedzenia), niezbędną do zapewnienia, że realizacja przedmiotowej umowy rozpocznie się bezpośrednio po zakończeniu wykonywania umowy wcześniej zawartej. Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wykonawca powinien dysponować niezbędnym sprzętem już w momencie złożenia oferty - wymóg taki nie wynika z żadnego postanowienia SIWZ. Oczywistym jest, że przy braku takiego wymagania wykonawcy nie inwestują na etapie postępowania przetargowego w zakup czy wdzierżawienie sprzętu, nie mając pewności, że będą wykonywać przedmiotowe zamówienie.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu określenie w SIWZ, kiedy wykonawca zobowiązany będzie przystąpić do świadczenia usług, przy czym wystarczające będzie wskazanie, że obowiązek ten wystąpi nie wcześniej niż w określonym terminie od dnia podpisania umowy. Termin ten winien zostać wyznaczony przez Zamawiającego, nie jest bowiem rzeczą Izby zastępowanie Zamawiającego w tworzeniu postanowień specyfikacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że termin ten powinien być realny, uwzględniający z jednej strony konieczność zakończenia przez Zamawiającego współpracy z obecnym wykonawcą, z drugiej strony - uwzględnić czas niezbędny do przygotowania się przez wykonawcę do rozpoczęcia świadczenia usług, w tym przede wszystkim zapewnienie niezbędnej infrastruktury sprzętowej.

2. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego obowiązku ustalenia wynagrodzenia wyłącznie jako wynagrodzenia za minutę połączenia, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem XIV SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), w załączniku nr 3 do SIWZ Formularz cenowy, Wykonawca winien wycenić cenę jednostkową brutto za 1 min. Połączenia lokalnego, międzystrefowego i komórkowego (łącznie), a następnie wyliczyć

wartość danego zadania zgodnie z wytycznymi w tabeli. Cena ta musi zawierać całe należne Wykonawcy wynagrodzenie związane z przygotowaniem, realizacją i rozliczeniem przedmiotu zamówienia (w tym np. koszty transportu ewentualną dostawę sprzętu).

W punkcie 12 załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający postanowił, że Wykonawca nie będzie naliczał żadnych opłat stałych w czasie trwania umowy typu abonament, opłaty za zakres DDI, opłaty za numery MSM, opłaty jednorazowe za uruchomienie łącza. Analogiczne postanowienie znalazło się w projekcie umowy (załącznik nr 5 do SIWZ, § 3 ust. 1). Dodatkowo, w § 3 ust. 2 projektu umowy Zamawiający zamieścił postanowienie, że wszystkie należne wykonawcy opłaty za wykonane usługi będą zawarte w stawce za 1 minutę połączenia.

Jednocześnie, zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający nie gwarantuje wykonania przedstawionej w tabeli ilości minut połączeń (pkt 18 OPZ), a rezygnacja z poszczególnych pozycji w zadaniach nie może być traktowana jako zerwanie umowy. Może być to spowodowane dobrem służby bądź realizacją planów Komendy Głównej Policji (pkt 24 OPZ).

W ocenie Izby, konieczność ujęcia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (w tym kosztów zakupu czy dzierżawy sprzętu i oprogramowania) w opłacie za minutę połączenia telefonicznego, sprawia, że wynagrodzenie wykonawcy za udostępnienie sprzętu i oprogramowania zależeć będzie wyłącznie od generowanego ruchu telekomunikacyjnego. Takie ukształtowanie wymogów dotyczących wynagrodzenia, przy jednoczesnym braku pewności co do zakresu zamówienia, jaki zostanie zrealizowany, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich wpływających na nią czynników. Daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach możliwości rezygnacji przez Zamawiającego z usług będących przedmiotem umowy, utrudnia wycenę przedmiotu zamówienia poprzez wliczenie wszystkich kosztów w stawkę należną za minutę połączenia. W sytuacji braku pewności co do zakresu zamówienia, jaki zostanie wykonany, a jednocześnie przy konieczności poniesienia wysokich nakładów na zapewnienie infrastruktury technicznej (które według Odwołującego kształtują się na poziomie ok. 3 mln zł, a co pośrednio potwierdza oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia, tj. 3.600.000 zł), skalkulowanie ceny oferty łączy się z daleko idącym ryzykiem i stawia ich w nierównej sytuacji.

Istotny jest również fakt, że Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani podczas rozprawy, nie przedstawił racjonalnego uzasadnienia dla tak określonych wymogów, nie wskazał na żadne okoliczności, które tłumaczyłyby potrzebę zastosowania takiego rozwiązania. Zamawiający powoływał się jedynie na fakt, że rozwiązania takie bywają stosowane w innych postępowaniach, nie analizował jednak, czy w postępowaniach tych zachodziła konieczność zapewnienia przez wykonawców pełnej infrastruktury technicznej.

Bez znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu jest również argumentacja Zamawiającego, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług, a Zamawiający nie będzie nabywać ani dzierżawić sprzętu wykonawcy. Izba bezspornie ustaliła, że świadczeniu usług telekomunikacyjnych musi, zgodnie z SIWZ, towarzyszyć użytkowanie infrastruktury sprzętowej wykonawcy i nie ma wątpliwości, że jest to element zamówienia istotnie wpływający na cenę.

Wobec powyższego Izba uznała za konieczną zmianę SIWZ w taki sposób, aby zagwarantować wykonawcom odpowiedni poziom pewności co do uzyskanego w przyszłości wynagrodzenia. Izba uznała, że - wobec trudności w ustaleniu dokładnego zakresu usługi, wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia oraz charakteru działalności Zamawiającego, będącego jednostką Policji - właściwą zmianą będzie rezygnacja z postanowień narzucających konieczność ustalenia wynagrodzenia wyłącznie w ramach stawki za minutę połączenia, a tym samym z zakazu naliczania opłat stałych.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie - stosownie do art. 192 ust. 2 - zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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:** .....