

Sygn. akt: KIO 454/11

WYROK

z dnia 18 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Energis Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** w dniu 4 marca 2011 r., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Mazowiecką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Krucza 6/14, 00-537 Warszawa,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Energis Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Energis Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

.....

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759, ze zm.) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest usługę transmisji danych (MPLS) przez Zamawiającego - Mazowiecka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z Warszawy. Odwołanie dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Zdaniem Odwołującego - GTS Energis Sp. z o.o. z Warszawy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1 oraz art. 29 tej ustawy i narusza podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takie jak zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz w zakresie żądań podniesionych w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał na punkt 6.1.1. specyfikacja, zgodnie, z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy „wykażą, że w okresie ostatnich 3-ch lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali (a w przypadku, gdy zamówienie jest w trakcie realizacji - wykonują), przynajmniej dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot niniejszego zamówienia tj. wykonali (wykonują) przynajmniej dwa zamówienia polegające na realizacji sieci usług transmisji danych w technologii MPLS o wartości minimum 5.000.000,00 PLN netto każde”. Podana wartość 5.000.000,00 PLN netto zdaniem Odwołującego jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Odwołujący świadczy obecnie na rzecz wielu dużych Klientów usługi analogiczne do przedmiotu zamówienia za niższe wartości umów, niż kwota wymagana przez Mazowiecką Spółkę Gazownictwa. Warte podkreślenia jest to, że zakres tych umów przewyższa często swoim zasięgiem i liczbą świadczonych usług wymagania Zamawiającego wskazane w siwz dotyczące przedmiotu zamówienia. Dowodzi to, że Zamawiający zawyżył wartość usługi, gdyż kwota ta nie odpowiada wartości usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dn. 19 maja 2006 r. (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług odpowiadających swoim

rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Działania Zamawiającego są, zatem sprzeczne z obowiązującymi przepisami. W konsekwencji, warunek postawiony przez Zamawiającego może spełnić jedynie „drogi” wykonawca, czyli taki, który świadczył lub świadczy usługę powyżej cen rynkowych. Działanie Zamawiającego jest tyleż bezprawne, co niegospodarne, ponieważ doprowadzi do udzielenia zamówienia za jak najwyższą cenę. Opisany warunek ogranicza dostęp do zamówienia tym wykonawcom, którzy specjalizują się w tego typu usługach i oferują niską cenę za jej realizację. Żądanie Zamawiającego jest niezrozumiałe i naraża go na naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wysoko wyspecjalizowane przedsiębiorstwa świadczą usługi za znacznie niższe ceny niż ta wynikająca z warunku ustanowionego przez Mazowiecką Spółkę Gazownictwa. Zamawiający wykluczył możliwość uzyskania zamówienia przez wyspecjalizowanego przedsiębiorcę świadczącego tanie usługi. Celem postępowania jest wybranie najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który oferuje najniższą cenę za wykonanie usługi. W przypadku usług będących przedmiotem niniejszego postępowania, wysoka cena nie ma związku z wysoką, jakością samej usługi. Zamawiający stawiając wygórowany warunek wyeliminował możliwość konkurencyjnej walki o zamówienie. W tym zakresie Odwołujący wniósł o modyfikację opisanego warunku w następujący sposób: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy „wykażą, że w okresie ostatnich 3-ech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali (a w przypadku, gdy zamówienie jest w trakcie realizacji - wykonują), przynajmniej dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot niniejszego zamówienia tj. wykonali (wykonują) przynajmniej dwa zamówienia polegające na realizacji sieci usług transmisji danych w technologii MPLS o wartości minimum 2.000.000,00 PLN netto każde”.

Odwołujący stwierdził także, że zgodnie z treścią § 10 ust. 1 ppkt 2 projektu umowy „Zamawiającemu przysługuje prawo do żądania od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 0, 2% wartości umowy brutto (...) w przypadku przekroczenia terminów realizacji dostaw, określonych w Załączniku nr 3 do umowy, za każdy dzień opóźnienia poszczególnej Dostawy”. Dodatkowo, w załączniku nr 4 do umowy „SLA - Gwarancja Poziomu Świadczonej Usługi” Zamawiający wskazuje kolejne wysokości kary Umownej z tytułu niedotrzymania przez Wykonawcę Gwarantowanej Daty Dostawy Usługi. Przyjmując, że Zamawiający przewiduje dwie różne kary umowne za przekroczenie terminu dostawy usługi wykonawca podniósł zarzut rażąco wysokich kar umownych. Przykładowo czternastodniowe opóźnienie w uruchomieniu tylko jednego łącza w jednej lokalizacji oznaczać będzie dla Wykonawcy utratę 5, 8% wynagrodzenia za cały 42 miesięczny okres trwania umowy. Kara umowna odnoszona jest do całej wartości umowy i w tym ujęciu może być naliczona zarówno za

opóźnienie w dostawie odnosząca się do wszystkich lokalizacji objętych umową, jak również w odniesieniu do jednej lokalizacji. Zdaniem Odwołującego przy konstruowaniu kar umownych należy mieć na względzie to, że powinny być one stosownie mniejsze w przypadku, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.” Taka możliwość podważania wysokości kary umownej nie tylko narazi strony umowy na koszty postępowania sądowego, ale wiąże się z niepewnością, co do praw i obowiązków stron. Jednocześnie tak wysoki, poziom kar umownych zmusi Wykonawców do uwzględnienia tego elementu ryzyka przy wycenie usług dla Zamawiającego, co znajdzie wyraz w podwyższeniu ceny. Dodatkowo, zgodnie z ustawą Kodeks cywilny kara umowna ma charakter odszkodowawczy, a nie prewencyjny. Ustalając wysokość kar umownych strony powinny brać pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter. Tezę taką wyrażono zdaniem wykonawcy w orzecznictwie, zgodnie, z którym „(...) kara umowna nie może być traktowana, jako ubezpieczenie zamawiającego do pokrycia jego strat wywołanych czynnikami opisanymi w umowie. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń”. Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji w ramach postępowania, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony prawa, albowiem (...) „Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”. W tym zakresie Odwołujący wniósł o nakazanie jednoznacznego doprecyzowania oraz zmiany postanowień dotyczących kar umownych przewidzianych w projekcie umowy powołując się na postulat równości pozycji stron zawianej umowy. Z tych względów obniżenie wysokości kar umownych oraz ich zróżnicowanie w odniesieniu do tego, w jakiej części zobowiązanie zostało wykonane, jest uzasadnione.

W konkluzji wykonawca stwierdził, że powyższe naruszenia powodują, że interes prawny Odwołującego został naruszony i może prowadzić do realnej szkody. Prawidłowe określenie warunków SIWZ skutkowałoby, bowiem ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 15.03.2011 r.] Zamawiający podtrzymał zarzuty dotyczące pierwszego z zarzutów [rozdział I pkt 6.1.1], natomiast uwzględnił zarzuty dotyczące rozdziału II, oświadczając, że wykreśli § 10 ust.1 pkt 2 umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego i przystępującego do postępowania przedstawione także w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując podniesione w odwołaniu zarzuty, Izba przede wszystkim stwierdziła, że wykonawca podniósł w odwołaniu zarzut, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 tej ustawy i narusza podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takie jak zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu podał, że naruszenie wskazanych przepisów dotyczy wymagań określonych w pkt 6.1.1 specyfikacji – warunek potwierdzający zdolność techniczną wykonawcy oraz postanowienia § 10 ust.1 pkt 2 projektu umowy [załącznik nr 8 do siwz] – stanowiącego o karach umownych. Wobec złożonego przez Zamawiającego oświadczenia [odpowieź na odwołanie z dnia 15.03.2011 r.] o wykreśleniu § 10 ust.1 pkt 2 umowy wykonawca, uznając w tej części uwzględnienie odwołania nie podtrzymał tego zarzutu w toku rozprawy. Tym samym Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpatrzenia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku określonego w pkt 6.1.1 siwz Odwołujący podał, że wymagana wartość dla każdego z zamówień - 5.000.000,00 PLN netto jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca świadczy aktualnie na rzecz wielu dużych klientów usługi analogiczne do przedmiotu zamówienia za niższe wartości umów, niż kwota wymagana przez Mazowiecką Spółkę Gazownictwa oraz, że zakres tych umów przewyższa często swoim zasięgiem i liczbą świadczonych usług wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia wskazane w siwz. Te okoliczności mają dowodzić, że Zamawiający zawyżył wartość usługi, gdyż kwota ta nie odpowiada wartości usług stanowiących przedmiot zamówienia. W toku rozprawy powołał się także na inne postępowania o tożsamym lub zbliżonym przedmiocie zamówienia, w których zamawiający nie określali wartościowo warunku, jak w spornym postępowaniu, bądź też wymóg wartościowy stanowił około 15 % wartości zamówienia. Z tego też względu Odwołujący

wniósł o ustalenie wartości w zakresie spornego warunku [pkt 6.1.1] na poziomie „minimum 2.000.000,00 PLN netto każde”. W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła, że wartość zamówienia, którego dotyczy odwołanie - w okresie 42 miesięcy stanowi kwotę około 8.400.000 zł, a w okresie 45 miesięcy (możliwa opcja) - 9.040.000 zł. Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzut nie jest zasadny. W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę przepis art. 180 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym odwołanie powinno wskazywać oprócz okoliczności faktycznych także okoliczności prawne. Powołany w odwołaniu przepis art. 29 ustawy Pzp na poparcie wskazanego powyżej zarzutu stanowi o tym, że przedmiot zamówienia należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie można opisywać poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Ustęp 4 tego przepisu pozwala zamawiającemu na określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, dotyczące: zatrudnienia osób, utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą, co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach oraz zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Zdaniem Izby postanowienie pkt 6.1.1 siwz w żaden sposób nie narusza wskazanego art. 29 ustawy Pzp, tym bardziej, że przepis ten dotyczy przedmiotu zamówienia, a kwestionowany warunek związany jest z podmiotem – wykonawcą, ubiegającym się o zamówienie publiczne. Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że Zamawiający zawyżył w spornym warunku wartość usługi, gdyż kwota ta nie odpowiada wartości usług stanowiących przedmiot zamówienia. W żaden sposób wykonawca nie uprawdopodobnił także naruszenia przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wartość zamówienia tak jak ustaliła Izba, w maksymalnym – dopuszczonym postanowieniami specyfikacji okresie 45 miesięcy (możliwa opcja) stanowi kwotę 9.040.000 zł, a zatem kryterium wartościowe przyjęte w spornym warunku nie przewyższa wartość usługi. Tym samym to działanie Zamawiającego nie może być uznane, przy podnoszonej argumentacji, za sprzeczne z

obowiązującymi przepisami. Powoływanie się na ustalenia w innych postępowaniach, nie może być uznane przez Izbę za dostateczny i jedyny dowód w sprawie. Podobnie jak wartość umów realizowanych przez Odwołującego, na które wskazuje w odwołaniu. Przede wszystkim Izba stwierdza, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że zmiana wartościowa w rozpatrywanym warunku z kwoty 5 mln na kwotę 2 mln zł jest obiektywnie zasadna. Wniosek w tym zakresie wykonawca oparł, bowiem na twierdzeniu, co do możliwości spełnienia tego warunku przez samego wykonawcę, oraz powołał się na inne postępowania, z których co najmniej jedno nie jest tożsame z zamówieniem w tym postępowaniu. Tym samym Izba, mając na względzie argumentację Zamawiającego, uznała, że usługa będąca przedmiotem zamówienia nie jest usługą standardową, a zatem dla realizacji tej usługi wymagane jest potwierdzenie doświadczenia w realizacji usług o znaczącej wartości, albowiem z tym wiąże się stopień skomplikowania zrealizowanej bądź wykonywanej usługi, odpowiadającej rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot zamówienia. Tak jak podkreślał Zamawiający z realizacją tego przedmiotu zamówienia wiąże się krótki czas wdrożenia usługi [harmonogram realizacji – załącznik nr 7] wraz z dostawą urządzeń, oraz wykonanie usługi dla dużej liczby lokalizacji – jednostek [str 4 do 6 siwz oraz załącznik nr 2]. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że fakt spełniania warunku tylko przez pewną grupę wykonawców nie stanowi samo w sobie naruszenia przepisów ustawy Pzp. Ustawa nie nakłada na zamawiającego obowiązku ustalania warunków, które mógłby spełnić każdy wykonawca realizujący daną usługę tożsamą, co do rodzaju, z przedmiotem zamówienia. Ważne jest bowiem, aby te warunki były adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, gwarantujące jego realizację w wymaganym terminie i w wymaganym standardzie.

Wobec powyższych ustaleń, także nie podlega uwzględnieniu naruszenie przepisu art. 7 ust.1 ustawy Pzp, albowiem w tym przypadku naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przestrzegania w toku postępowania o zamówienie publicznej zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, wobec ustaleń Izby, nie zostało przez Odwołującego uprawdopodobnione.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

.....