

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **12 lipca 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zakupów dla Sądownictwa, Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków**

przy udziale wykonawców: **EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** oraz **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany specyfikacji:

- 1) przez zagwarantowanie określonego czasu świadczenia usług, przez wskazanie precyzyjnych i realnych terminów lub okresów świadczenia poszczególnych usług ewentualnie przez uwzględnienie w formularzach cenowych jednorazowych opłat instalacyjnych (bez górnych ograniczeń) i wykreślenie postanowień dotyczących obowiązku przystępowania do postępowań na zawarcie umów wykonawczych oraz postanowień nakładających kary umowne i możliwość rozwiązania umowy ramowej w sytuacji braku realizacji obowiązku przystępowania do postępowań na zawarcie umów wykonawczych;**
- 2) uchylenie ze wzoru umowy ramowej postanowienia dotyczącego wyrażenia zgody na zlecenie wykonania przedmiotu umowy podwykonawcom.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Centrum Zakupów dla Sądownictwa, Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Centrum Zakupów dla Sądownictwa, Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków** na rzecz wykonawcy **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) 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 **Centrum Zakupów dla Sądownictwa, Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą systemów telekomunikacyjnych dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego – na podstawie umowy ramowej«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **03.07.2013 r.** pod nrem **2013/S 127-218192**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca **Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł **12.07.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia).

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2, art. 7, art. 2 pkt 9a, w związku z art. 99 i 100 ust. 4 Pzp – przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na:
 - a) zaniechaniu wskazania, że umowy wykonawcze (częstkowe) będą swoim zakresem odpowiadały częściom zamówienia wyspecyfikowanym dla umowy ramowej,
 - b) zaniechaniu wskazania precyzyjnych i realnych terminów rozpoczęcia świadczenia usług na podstawie umów wykonawczych,– przy jednoczesnym braku uwzględnienia w formularzach cenowych jednorazowych opłat instalacyjnych, oraz zastrzeżeniu we wzorze umowy ramowej obowiązku przystąpienia do postępowania na zawarcie umowy wykonawczej, sankcjonowanego możliwością nałożenia kar umownych i odstąpieniem od umowy ramowej;

- 2) art. 38 ust. 4 i 5 Pzp, w związku z art. 29 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie, że powierzenie części zamówienia podwykonawcom może odbyć się po uzyskaniu uprzedniej pisemnej zgody zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji, w sposób szczegółowo wskazany w dalszej części odwołania, a w szczególności przez:

- I.1) zagwarantowanie określonego czasu świadczenia usług, przez wskazanie precyzyjnych i realnych terminów rozpoczęcia świadczenia poszczególnych usług, aby umożliwić należyłą kalkulację oferty ewentualnie
- I.2) uwzględnienie w formularzach cenowych jednorazowych opłat instalacyjnych (bez górnych ograniczeń), wykreślenie postanowień dotyczących obowiązku przystępowania do postępowań na zawarcie umów wykonawczych, oraz postanowień nakładających kary umowne i możliwość rozwiązania umowy ramowej w sytuacji braku realizacji tego obowiązku, aby umożliwić należyłą kalkulację oferty;
- II.3) nakazanie zamawiającemu uchylenie § 5 ust. 1 wzoru umowy ramowej.

Argumentacja odwołującego

I. Orzecznictwie podkreśla, że „zgodnie z art. 99 Pzp, zawarcie umowy ramowej nie jest obowiązkiem, a uprawnieniem zamawiającego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Samo zawarcie takiej umowy należy traktować jako jeden z etapów postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku zawarcia umowy ramowej konkretne zamówienia są udzielane na podstawie odrębnych umów. Sam fakt zawarcia umowy ramowej nie rodzi ani po stronie zamawiającego, ani wykonawców, którzy ją zawarli, żadnego obowiązku kontraktowania. Może zdarzyć się i tak, że pomimo zawarcia umowy ramowej nigdy nie dojdzie do udzielenia na jej podstawie żadnego zamówienia, który to fakt nie będzie też dla kogokolwiek podstawą jakichkolwiek roszczeń” (tak: wyrok KIO z 30 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1713/10).

W odróżnieniu od umowy przedwstępnej, umowa ramowa nie nakłada na zainteresowane strony obowiązku zawarcia umowy docelowej (wykonawczej). Od zasady tej odstąpiono jednak w rozpoznawanym postępowaniu, zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy ramowej, „Wykonawca/y zobowiązuje/ą się do uczestnictwa w postępowaniach przeprowadzanych przez jednostki sądownictwa, zmierzających do udzielania zamówień realizacyjnych dotyczących świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz dzierżawy systemów telekomunikacyjnych [...]”. Wykonanie tego zobowiązania zabezpieczone zostało karami umownymi określonymi w § 7 wzoru umowy ramowej oraz możliwością odstąpienia od umowy ramowej.

W związku z tym należy stwierdzić, że tak ukształtowana umowa ramowa zbliża się w swojej postaci do umowy przedwstępnej (art. 389 Kc). Ustalenie to skutkuje poważnymi implikacjami, w tym w szczególności powinnością określenia istotnych postanowień umowy przyrzeczonej (w tym wypadku umów wykonawczych).

W konsekwencji oznacza to, że specyfikacja powinna być skonstruowana w taki sposób, aby wykonawca składając ofertę na zawarcie umowy ramowej mógł w precyzyjny sposób skalkulować ceny ofertowe, które z jednej strony będą konkurencyjne, z drugiej zaś nie będą rodzić ryzyka, że uczestnictwo w postępowaniu na zawarcie umowy wykonawczej przyniesie straty.

W specyfikacji zawarto szereg postanowień, które powodują, że kalkulacja oferty na obecnym etapie nie jest możliwa.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że w rozdz. 2 specyfikacji określono części, na które można składać oferty w rozpoznawanym postępowaniu. Częściom tym odpowiadają poszczególne formularze cenowe, w którym zagregowano usługi zarówno pod względem przedmiotowym jak i terytorialnym. Oznacza to, że kalkulacja odnosi się do każdej z odrębnych części zamówienia i uwzględnia wszelkie koszty świadczenia usług i nakładów inwestycyjnych odnoszących się do tak zagregowanych usług.

Umowy wykonawcze powinny dotyczyć tak zdefiniowanych części. Określając ceny usług, wykonawca uwzględnia w tej cenie, wszystkie koszty inwestycyjne oraz koszty zakupu sprzętu, np. central telefonicznych. Koszty te mogą rozkładać się nierównomiernie np. koszty inwestycyjne w Sądzie Rejonowym w Biłgoraju mogą być znacząco wyższe od kosztów w Sądzie Rejonowym w Tomaszowie Mazowieckim, przy tych samych cenach usług określonych w formularzu cenowym dla Apelacji Lubelskiej. Ogłoszenie odrębnego postępowania przez SR w Biłgoraju, gdzie np. koszty inwestycji są wysokie, może skutkować obowiązkiem złożenie oferty, która od samego początku nie będzie rentowna.

Tych okoliczności nie uwzględniają postanowienia specyfikacji, gdzie w § 2 wzoru umowy stwierdza się, że „Celem [...] umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone na jej podstawie w okresie od dnia jej zawarcia do dnia 30 listopada 2015 r., przez jednostki organizacyjne sądownictwa powszechnego (zwane w dalszej części jednostkami sądownictwa), których wykaz stanowi Załącznik nr 2 do umowy”.

Na marginesie należy zaznaczyć, że zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej zał. nr 2 do umowy. Wykaz jednostek został zamieszczony w załączniku nr 8 do specyfikacji i obejmuje wszystkie jednostki organizacyjne sądownictwa. Postanowienia te oznaczają, że umowy wykonawcze (częstkowe) będzie mogła zawierać każda z tych jednostek, w konsekwencji narażając wykonawców na ryzyko składania ofert z rażąco niską ceną,

ponoszenia strat przy realizacji kontraktów, ewentualnie zapłaty kar umownych w sytuacji nie przystąpienia do postępowania.

W związku z tym wnosimy o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji w sposób umożliwiający kalkulację oferty, przez zastrzeżenie, że umowy wykonawcze (częstkowe) będą swoim zakresem odpowiadały częściom zamówienia wyspecyfikowanym dla umowy ramowej.

Postępowanie dotyczy świadczenia usług o charakterze ciągłym, co oznacza, że dla ustalenia spodziewanego przychodu z tytułu świadczenia tych usług podstawowe znaczenie ma czas ich świadczenia. Istotność tej okoliczności potęguje konieczność przeprowadzenia szeregu kosztownych inwestycji oraz zakupu sprzętu, które kompensowane są przez opłaty miesięczne za świadczone usługi. Wymaga wyraźnego podkreślenia, że zamawiający nie przewidział w formularzach cenowych odrębnych pozycji dotyczących kosztów uruchomienia usługi, i wprost nakazał ujęcie tych kosztów w opłatach miesięcznych. W konsekwencji możliwość oszacowania cen ofertowych uzależniona jest od wiedzy jak długo będą świadczone usługi objęte zamówieniem. Posługując się przykładem – jeżeli szacując ceny ofertowe dla Apelacji Lubelskiej założono koszt inwestycji i zakupów sprzętu za 1 mln zł, to dla rentowności umowy w tym zakresie niezbędny jest pewien minimalny okres świadczenia usługi, który pozwoli uzyskać przychód pokrywający te koszty. Może się bowiem okazać, że wykonawca wskaże ceny usług zakładając 20-miesięczny okres świadczenia usługi, podczas gdy zamawiający udzieli zamówienia jedynie na okres 6 miesięcy. Wykonawca zobowiązany będzie ponieść koszty inwestycyjne 1 mln zł, przy uzyskaniu przychodów jedynie za okres 6 miesięcy. Postanowienia specyfikacji nie chronią wykonawców przed takimi ryzykami.

Zamawiający w rozdz. 2 specyfikacji stwierdza, że umowa ramowa zostaje zawarta do 30 listopada 2013 r., natomiast realizacja umów wykonawczych rozpocznie się nie wcześniej niż od 1 grudnia 2013 r. Umowy wykonawcze będą realizowane do 30 listopada 2015 r. (*vide* § 2 wzoru umowy ramowej). Z kolei w § 3 ust. 1 wzoru umowy ramowej oraz załącznikach o nrach 5-7 do specyfikacji zamawiający podał przewidywane terminy uruchomienia poszczególnych usług, które wyznaczone zostały najczęściej na 1 stycznia 2014 r.

Zamawiający przez użycie sformułowania „przewidywane terminy” uruchomienia usług nie daje gwarancji, co do okresu świadczenia usług, a przez to spodziewanych przychodów z tytułu ich świadczenia. Odwołujący ma pełną świadomość, że rozpoznawane postępowanie dotyczy umowy ramowej, która z istoty swojej nie zawsze precyzyjnie określa rozmiar zamawianych usług. Należy jednak przypomnieć, że zamawiający w specyficzny sposób ukształtował umowę ramową, nakładając na wykonawców obowiązek składania ofert w postępowaniach na zawarcie umów wykonawczych (umowa w swojej postaci zbliża się umowy przedwstępnej, nie zachowując jednak precyzji wymaganej dla tej ostatniej. Skoro zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy ramowej powinien dać wykonawcom

prawo nie przystępowania do postępowań na zawarcie umów wykonawczych. W przeciwnym wypadku powinien ogłosić postępowanie za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie określić warunki umowy ramowej na tyle precyzyjnie, aby jej zawarcie nie rodziło ryzyk wskazanych w odwołaniu). Oznacza to, że wykonawcy już na tym etapie muszą precyzyjnie skalkulować swoje oferty, skoro nie mogą później odstąpić od uczestnictwa w postępowaniach na zawarcie umów wykonawczych. Ponadto sama definicja umowy ramowej określona w art. 2 pkt 9a Pzp, uwzględnia konieczność podania w niej przewidywanych ilości zamówień, jeśli zachodzi taka potrzeba. Nie ulega wątpliwości, że charakter świadczonych usług, w szczególności duże koszty uruchomienia usługi wymagają podania przewidywanych ilości zamówień, które należy rozumieć jako czas świadczenia usługi.

Wymaga w tym miejscu podkreślenia także to, że postanowienia specyfikacji dotyczące zakładanego okresu świadczenia usług są wewnętrznie sprzeczne. Formularze cenowe zakładają prowadzenia kalkulacji cen dla 24 miesięcy. Wspomniane załączniki o nrach 5-7 do specyfikacji, przyjmują najczęściej rozpoczęcie świadczenia usług od 1 stycznia 2014 r., co daje 23 miesiące świadczenia usług. Dodatkowo termin rozpoczęcia świadczenia usług od 1 stycznia 2014 r. jest trudny do dotrzymania, ze względu na:

- 1) konieczność zakończenia rozpoznawanego postępowania;
- 2) konieczność przeprowadzenia postępowań na zawarcie umów wykonawczych;
- 3) postanowienie § 3 ust. 4 wzoru umowy ramowej, zgodnie z którym „przedmiot zamówienia realizowany będzie na podstawie zawartych umów wykonawczych po wykonaniu niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Gwarantuje się wykonawcy licząc od daty przekazana przez jednostkę sądownictwa podpisanej przez siebie umowy wykonawczej do wykonawcy, minimalnie 75 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz danej jednostki sądownictwa. Na wniosek wykonawcy dana jednostka sądownictwa może wyrazić zgodę na wcześniejsze rozpoczęcie świadczenia usług”;
- 4) postępowania prowadzone przez niektóre z jednostek sądownictwa na usługi telekomunikacyjne, które przedmiotem odpowiadają umowie ramowej.

Żądania odwołującego:

- 1) zagwarantowanie określonego czasu świadczenia usług, przez wskazanie precyzyjnych i realnych terminów rozpoczęcia świadczenia poszczególnych usług, aby umożliwić należytą kalkulację oferty ewentualnie
- 2) uwzględnienie w formularzach cenowych jednorazowych opłat instalacyjnych (bez górnych ograniczeń), wykreślenie postanowień dotyczących obowiązku

przystępowania do postępowań na zawarcie umów wykonawczych, oraz postanowień nakładających kary umowne i możliwość rozwiązania umowy ramowej w sytuacji braku realizacji tego obowiązku, aby umożliwić należytą kalkulację oferty;

II. W rozdz. 9 specyfikacji zamawiający wyraźnie stwierdził, że „nie ogranicza powierzenia części zamówienia podwykonawcom”. Z drugiej jednak strony zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy ramowej „Wykonawca może zlecić wykonanie przedmiotu umowy podwykonawcom, za uprzednią pisemną zgodą zamawiającego lub jednostki sądownictwa, pod warunkiem, że posiadają oni odpowiednie kwalifikacje do ich wykonania i że zawarł w ofercie oświadczenie, że powierzy podwykonawcom wykonanie następujących części (zakresu) oferowanego zamówienia”.

Zamawiający nie zabronił w specyfikacji powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, a więc cytowane postanowienie wzoru umowy ramowej oznacza ograniczenie prawa wykonawcy do realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców. Wykonawca składając ofertę, z założeniem uczestnictwa w realizacji zamówienia podwykonawcy, podejmuje ryzyko braku zgody zamawiającego na podwykonawstwo, co w dalszej konsekwencji może doprowadzić do znacznych trudności bądź niemożności wykonania zamówienia w części, którą miał realizować podwykonawca.

W związku z tym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wykreślenie § 5 ust. 1 wzoru umowy ramowej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 12.07.2013 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 15.07.2013 r. (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

17.07.2013 r. wykonawca Netia SA z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

17.07.2013 r. wykonawca Exatel SA z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47, 04-167 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego,

pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

1) (dowód nr 1) specyfikację na podobny przedmiot zamówienia Sądu Rejonowego w Radomiu, gdzie zamówienie będzie realizowane na podstawie ust. 5 tej specyfikacji przez 12 miesięcy prawdopodobnie od 1 sierpnia 2013 r. czyli znowu ulegnie skróceniu okres możliwości wykonywania usługi dla tej jednostki organizacyjnej

oraz dowodu złożonego przez przystępującego:

2) (dowód nr 2) przykładowa kalkulacja dla jednej z części pokazująca, że przyjęty przez zamawiającego sposób konstruowania zamówienia może prowadzić do konieczności świadczenia przez wykonawców ze stratą lub prowadzić do opłacania nieuzasadnienie wygórowanej ceny

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7, art. 2 pkt 9a, w związku z art. 99 i 100 ust. 4 Pzp – przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, bo zamawiający zaniechał wskazania, że [1] umowy wykonawcze (częstkowe) będą swoim zakresem odpowiadały częściom

zamówienia wyspecyfikowanym dla umowy ramowej oraz zaniechał wskazania [2] precyzyjnych i realnych terminów rozpoczęcia świadczenia usług na podstawie umów wykonawczych i jednocześnie zamawiający nie uwzględnił w formularzach cenowych [3] jednorazowych opłat instalacyjnych oraz zastrzegł we wzorze umowy ramowej [4] obowiązek przystąpienia do postępowania na zawarcie umowy wykonawczej, co jest sankcjonowane możliwością nałożenia kar umownych i odstąpieniem od umowy ramowej przez zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w § 2 wzoru umowy ustanowił, że „Celem [...] umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone na jej podstawie w okresie od dnia jej zawarcia do dnia 30 listopada 2015 r...”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający takim postanowieniem pokazuje wykonawcom, że w postępowaniu jest jedyna pewna data – data zakończenia obowiązywania umowy zawartej w wyniku rozpoznawanego postępowania.

Ponadto przedmiotem świadczenia jest (w założeniu 24-miesięczne) wykonywanie usługi telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą systemów telekomunikacyjnych dla około 200 lokalizacji dla każdej z odrębnych jednostek organizacyjnych.

Dodatkowo należy wziąć pod uwagę konieczność przeprowadzenia kosztownej, jednorazowej operacji przygotowania infrastruktury w każdej z około 200 lokalizacji. Zamawiający przewidział to ustanawiając postanowienie § 3 ust. 4 wzoru umowy ramowej, cyt. „przedmiot zamówienia realizowany będzie [...] po wykonaniu niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Gwarantuje się wykonawcy [...] minimalnie 75 dni kalendarzowych, na wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz danej jednostki...”.

Odwołujący wykazał dowodem nr 1, że wśród jednostek organizacyjnych, które mają zawierać umowy wykonawcze, znajdują się podmioty, które nie będą mogły zawrzeć umowy na 24 miesiące, bo będą obowiązywały te jednostki inne umowy. Także odwołujący wskazał, że umowy na 24 miesiące nie będą mogły być zawarte ze względu na prace remontowe w różnych jednostkach, a zamawiający temu nie zaprzeczył.

Wynika stąd, że okres świadczenia umowy przez 24 miesiące jest ciężki do dotrzymania, a w wielu jednostkach niemożliwy.

W związku z brakiem możliwości przewidzenia dokładnego terminu rozpoczęcia obowiązywania poszczególnych umów wykonawczych zamawiający nie może oczekiwać, aby wykonawcy kalkulowali ceny ofertowe bez podania wykonawcom jednej z podstawowych informacji – okresu obowiązywania usługi, gdzie ważnym czynnikiem cenotwórczym

wysokości miesięcznych opłat jest wysoki, ponoszony jednorazowo koszt przygotowania infrastruktury.

Obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp. Przepis art. 29 ust. 1 Pzp brzmi »Przedmiot zamówienia opisuje się [1] w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, [2] za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, [3] uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający nie może ograniczyć się do wyspecyfikowania wymagań technicznych czy lokalizacji danego przedsięwzięcia, ale musi uwzględnić też cyt. »wszystkie [...] okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty«, co wynika z art. 29 ust. 1 Pzp. Jedną z takich okoliczności w rozpoznawanym postępowaniu jest przede wszystkim okres, na który umowa zostanie zawarta. Informacja ta ma tak duże znaczenie ze względu na konieczność poniesienia znacznych kosztów na przygotowanie infrastruktury do świadczenia usługi i wymóg zaoferowania ceny na miesięczne świadczenie usługi. Ze względu na brak określenia niezbędnych okoliczności w opisie przedmiotu zamówienia kalkulacja ceny ofertowej byłaby oparta na ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy. W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy nie zaistnieją negatywne dla wykonawcy okoliczności, a zbyt ryzykanckie określenie ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, a ich widmo może powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli wpłynie na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych unormowanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Przystępujący Netia SA, jako dowód nr 2, przedstawił przykładową kalkulację dla jednej z części zamówienia. Kalkulacja ta pokazała możliwość wypaczenia wyników, gdy zostanie przyjęty sposób konstruowania oferty zaproponowany przez zamawiającego.

Zamawiający zamierza po przeprowadzeniu rozpoznawanego postępowania zawrzeć umowę ramową, w związku z tym przedstawione wyżej naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dotyczą także naruszeń art. 2 pkt 9a i art. 100 ust. 4 Pzp.

Przepisy te brzmią: art. 2 pkt 9a Pzp »Ileż w ustawie jest mowa o [...] umowie ramowej – należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień

publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości» i art. 100 ust. 4 Pzp »Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji«.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu, że formularze cenowe nie odpowiadają dokładnie częściom zamówienia, przez co nie będzie można dostatecznie dokładnie w trakcie zawierania umów wykonawczych (częstkowych) z właściwą pewnością odnosić się do treści oferty.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w związku ze znaczną liczbą umów częstkowych i ich specyficznymi uwarunkowaniami zamawiający musi do każdej umowy częstkowej mieć odniesienia w ofercie, a więc zamawiający powinien opracować formularz oferty tak, aby każda z umów częstkowych mogła być oparta na konkretnych deklaracjach ofertowych wykonawcy.

Skład orzekający Izby stwierdza, że art. 101 ust. 1 pkt 3 Pzp przewiduje zapraszanie wykonawców, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową, do składania ofert na umowy wykonawcze (częstkowe), ale nie ma tam mowy o przymusie składania takich ofert. Przepis art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową [...] wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając do składania ofert; przepisy art. 45 i 46, art. 60 ust. 2, art. 64 ust. 1 i 3 oraz art. 92 stosuje się odpowiednio». Istotne znaczenie w przepisie ma wyraz „zapraszając”, który wskazuje na dowolność przyjęcia bądź zignorowania zaproszenia przez zaproszanego. Gdyby ustawodawca miał na myśli obowiązek podmiotu, do którego zwraca się zamawiający użyłby innego wyrażenia np. „wzywa”, które to słowo zostało użyte przez ustawodawcę w art. 26 ust. 3 Pzp. Ze względu na to, że składanie ofert jest dobrowolne nie można za brak złożenia oferty lub za złożenie oferty niezgodnej z poprzednią umową nakładać kary umownej.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut odwołującego dotyczący niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty, bo zamawiający zaniechał wskazania, że [1] umowy wykonawcze (częstkowe) będą swoim zakresem odpowiadały częściom zamówienia wyspecyfikowanym dla umowy ramowej oraz zaniechał wskazania [2] precyzyjnych i realnych terminów rozpoczęcia świadczenia usług na podstawie umów wykonawczych i jednocześnie zamawiający nie uwzględnił w formularzach cenowych [3] jednorazowych opłat instalacyjnych oraz zastrzegł we wzorze umowy ramowej [4] obowiązek przystąpienia do postępowania na zawarcie umowy wykonawczej, co jest sankcjonowane możliwością nałożenia kar umownych i odstąpieniem od umowy ramowej przez zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 i 5 Pzp, w związku z art. 29 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie, że powierzenie części zamówienia podwykonawcom może odbyć się po uzyskaniu uprzedniej pisemnej zgody zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 i 5 Pzp, w związku z art. 29 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie, że powierzenie części zamówienia podwykonawcom może odbyć się po uzyskaniu uprzedniej pisemnej zgody zamawiającego, jednak do czasu rozprawy zamawiający nie dokonał zmiany w specyfikacji. Ponadto żądanie wykonawcy odnosi się do uchylecia całego § 5 ust. 1 wzoru umowy ramowej, którego najistotniejsza część brzmi »Wykonawca może zlecić wykonanie przedmiotu umowy podwykonawcom, za uprzednią pisemną zgodą zamawiającego lub jednostki sądownictwa, pod warunkiem, że posiadają oni odpowiednie kwalifikacje do ich wykonania i że zawarł w ofercie oświadczenie, że powierzy podwykonawcom wykonanie następujących części (zakresu) oferowanego zamówienia [...]«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie zabraniają powierzania wykonania przedmiotu umowy podwykonawcom. Dlatego również postanowienie o udzieleniu zgody na powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie może zostać wprowadzone do wzoru umowy.

Jedynie art. 36 ust. 5 Pzp odnosi się do możliwości ograniczenia uprawnień do powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom, ale w określonym zakresie. Przepis art. 36 ust. 5 Pzp brzmi »Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom«. Zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom i dlatego nie może we wzorze umowy wprowadzać postanowienia o zgodzie na powierzenie wykonania zamówienia czy części zamówienia podwykonawcom. Gdyby w specyfikacji zamawiający zamieścił postanowienie o niedopuszczalności powierzenia wykonania zamówienia to wykonawca nie mógłby powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcom bez względu na czyjąkolwiek zgodę. Odwołujący wpisał mylnie w odwołaniu zarzut naruszenia art. 38 ust. 5 Pzp zamiast art. 36 ust. 5 Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut bezprawnego wprowadzenia postanowienia o konieczności uzyskiwania zgody na powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom jest zasadny i skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu uchylenia ze wzoru umowy ramowej postanowienia dotyczącego wyrażenia zgody na zlecenie wykonania przedmiotu umowy podwykonawcom.

Zamawiający naruszył art. 2 pkt 9a, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 5 i art. 100 ust. 4 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i przysiępującego.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....