

WYROK

z dnia 21 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2013 r. przez **Polkomtel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Polska Grupa Energetyczna Spółka Akcyjna w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **PTK Centertel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Polkomtel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polkomtel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Polkomtel Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **PGE Polskiej Grupy Energetycznej Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Polska Grupa Energetyczna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi telekomunikacyjne telefonii komórkowej i stacjonarnej, transmisji danych oraz dostawy urządzeń GSM na lata 2014 – 2015.

Postępowanie zamawiający prowadzi w imieniu własnym oraz w imieniu PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Zakład Obsługi Energetyki Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, PTS Betrans Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, PGE Elbest Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, MegaSerwis Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu, PTU Eltra Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, PGE Energia Jądrowa S.A. z siedzibą w Warszawie, PGE EJ1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Bestgum Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu, PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie, Elmen Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu, ELBIS Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu, Top Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, RAMB Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawa, ENERGO-TEL S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Eltur-Serwis” Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, PPH EKTO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

W dniu 30 kwietnia 2013 roku wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego zarzucając naruszenie:

- art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 1, art. 2 pkt 7a, pkt 12 i pkt 13 w zw. art. 3 ustawy Pzp, a także art. 15 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 2 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z pkt. 9 preambuły dyrektywy 2004/17/We Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych z dnia 30 kwietnia 2004 r. (Dz. U. UE. L. 2004.134., Dz. U. UE-sp.06-7-19, Dz. U. UE.L.2011.319.43.), dalej („dyrektywa sektorowa”) - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz podmiotów niebędących zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp przy jednoczesnym braku podstaw prawnych do prowadzenia wspólnego postępowania w ich imieniu i w konsekwencji żądanie

zawarcia z tymi podmiotami umowy w sprawie zamówienia publicznego, z zastosowaniem w szczególności art. 139 -144 ustawy Pzp;

- art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w postanowieniach SIWZ wskazanych w uzasadnieniu odwołania w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

- art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp - poprzez określenie rażąco wygórowanych kar umownych, z tytułu opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek (pkt. 12.2 wzoru umowy załączonego do SIWZ), opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia usług telekomunikacyjnych (pkt. 12.3 lit. b wzoru umowy załączonego do SIWZ), z tytułu nie dotrzymania innych terminów wskazanych w umowie (pkt. 12.4 lit. c wzoru umowy załączonego do SIWZ) oraz z tytułu rozwiązania umowy przez zamawiającego (pkt. 12.4 wzoru umowy załączonego do SIWZ),

- art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy PZP - poprzez sporządzenie wzoru umowy załączonego do SIWZ, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego,

- art. 38 ust. 1 ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykonania obowiązku udzielenia wyjaśnień co do treści SIWZ, mimo że wniosek o wyjaśnienie wpłynął do Zamawiającego w wymaganym ustawą Pzp terminie;

oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian we wstępnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania ewentualnie o dokonanie czynności stosownie do innych wniosków zawartych w uzasadnieniu odwołania.

Jednocześnie wniósł o nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, wynikających ze zmiany SIWZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23.02.2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej <http://ted.europa.eu/TED>

SIWZ została przekazana przez zamawiającego wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych w dniu 23 kwietnia 2013 r. Odwołujący podniósł, że informację o podstawie

prawnej na jakiej prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (tj. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp) powziął w dniu 23 kwietnia 2013 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego żądania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z podmiotami, które nie są zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 i pkt 13 w zw. z art. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż postępowanie zostało wszczęte przez PGE Polska Grupa Energetyczna SA w imieniu i na rzecz PGE Polska Grupa Energetyczna SA, innych zamawiających w rozumieniu ustawy PZP, takich jak np. PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA, PGE Energia Odnawialna SA, PGE Dystrybucja SA, PGE Obrót SA oraz w imieniu i na rzecz podmiotów, które nie są zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 i pkt 13 w zw. z art. 3 ustawy PZP takich jak np. PTU Etra sp. z o.o., PTS Betrans sp. z o.o., Exatel SA, PUP Top Serwis sp. z o.o., przy czym informacja o podstawie prawnej czynności PGE Polska Grupa Energetyczna SA dokonywanej w imieniu innych podmiotów po raz pierwszy pojawiła się w postępowaniu w postanowieniach SIWZ.

Zamawiający w publicznym ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu - zamówienia sektorowe nie wskazał podstawy prawnej, na jakiej prowadzi wspólne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w imieniu podmiotów nieposiadających statusu zamawiającego w rozumieniu ustawy PZP.

Zgodnie z informacją, która została zawarta w SIWZ podstawą prawną działania PGE Polska Grupa Energetyczna SA jest art. 16 ust. 1 ustawy PZP. Dotyczy to również podmiotów nie będących zamawiającym w rozumieniu ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.

Odwołujący podkreślił, że art. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że ustawa Pzp określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie Pzp. Ustawodawca jasno zdefiniował pojęcie zamawiającego, czyli osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej zobowiązanej do stosowania ustawy (art. 2 pkt. 12 ustawy Pzp) oraz podał definicję zamówienia publicznego - czyli odpłatnych umów zawieranych pomiędzy zamawiającym (a nie każdym dowolnym podmiotem), a wykonawcą (który zostaje wyłoniony w wyniku przeprowadzonej procedury zgodnie z przepisami ustawy PZP), których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt.13 ustawy PZP).

Ponadto ustawodawca ściśle określił także krąg podmiotów, które są zobowiązane do stosowania ustawy PZP (art. 3 ustawy PZP). Sama treść art. 3 ust. 1 ustawy PZP (wprowadzenie do wyliczenia) w brzmieniu „Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej <zamówieniami> przez [...]” nie uprawnia do uznania, iż katalog podmiotów wskazany w art. 3 ustawy Pzp jest katalogiem otwartym. Nadto ustawodawca w art. 14 ustawy Pzp, wskazał na charakter ustawy Pzp jako „lex specialis” do przepisów Kodeksu cywilnego, poprzez wyraźne ustalenie, że przepisy Kodeksu cywilnego mają zastosowanie do czynności zamawiającego jedynie w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Dalej w art. 15a ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca określił definicję centralnego zamawiającego to jest takiego podmiotu, który przygotowuje i przeprowadza postępowania, udziela zamówienia lub zawiera umowy na potrzeby zamawiającego z administracji rządowej, zaś w art. 15a ust. 4 ustawy Pzp wskazał spośród jakich organów centralny zamawiający może być wyznaczony. (Są to organy administracji rządowej lub jednostki organizacyjne podległe tym organom lub przez nie nadzorowane).

W art. 16 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca dopuścił wspólne udzielanie zamówień i wskazał, że może ono być prowadzone przez zamawiających, a zgodnie z art. 16 ust. 4 ustawy Pzp wspólne prowadzenie postępowania może dotyczyć także podległych jednemu organowi samorządowych jednostek organizacyjnych. Na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp kilka podmiotów zamawiających może udzielić upoważnienia jednemu z nich do przeprowadzenia postępowania oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Postępowanie takie charakteryzuje łączność przedmiotowa, a nie podmiotowa. Do każdego z tych zamawiających, na mocy art. 16 ust. 5 ustawy Pzp stosuje się odpowiednio przepisy o zamawiających. Tym samym żaden z podmiotów zamawiający nie traci statusu zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp. Z drugiej strony, nieuprawniony jest wniosek przeciwny, że podmiot nie zobowiązany do stosowania ustawy Pzp może - próbując udzielić na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy PZP pełnomocnictwa zamawiającemu (w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy PZP) - stać się „zamawiającym” w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy PZP i dobrowolnie poddać się regulacji tej ustawy Pzp (korzystając z jej „dobrodziejstw” dla zamawiających, np. poprzez możliwość narzucenia podmiotom kontraktującym z nim wzoru umowy z wyłączeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego).

Tym samym w przedmiotowym postępowaniu doszło do ograniczenia zasady swobody umów, polegającego na narzuceniu odwołującemu obowiązku zawarcia umowy z podmiotami, które nie są zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp (tj. np. PTU Etra sp. z

o.o., PTS Betrans sp. z o.o., Exatel SA, PUP Top Serwis sp. z o.o.). Odwołujący jest zainteresowany zawarciem umowy o zamówienie publiczne w postępowaniu z zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, jednakże zgodnie z SIWZ warunkiem jej zawarcia jest złożenie oferty nie tylko zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, ale również innym spółkom i zawarcie z nimi umowy na warunkach narzuconych przez PGE Polska Grupa Energetyczna SA. Zamawiający korzystając z ustawowo dopuszczonych ograniczeń zasady swobody kontraktowania przewidzianych w ustawie PZP próbuje rozszerzyć swoje uprawnienia (i korespondujące z nimi ograniczenia wykonawców) zmuszając wykonawców do jednoczesnego złożenia oferty podmiotom zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp i podmiotom prywatnym, nie zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w ten sposób, że postępowanie będzie prowadzone wyłącznie w imieniu i na rzecz podmiotów będących zamawiającymi w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp oraz że w wyniku postępowania dojdzie wyłącznie do zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego, a nie umów nie mających takiego charakteru. W przypadku, gdy będzie to niemożliwe - o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że w pkt 3.3. SIWZ zamawiający przewidział uprawnienie do skorzystania z prawa opcji przez ściśle określone podmioty, polegające na możliwości zwiększenia zamówienia do 20% w stosunku do podstawowego zakresu zamówienia wskazanego w Rozdziale II Specyfikacji Technicznej oznaczonego jako Grupa 1. Zgodnie opinią wyrażoną przez Urząd Zamówień Publicznych prawo opcji nie jest zatem w żadnym razie instytucją, która pozwala procentowo rozszerzać pierwotnie określony przedmiot umowy. Norma zawarta w art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona „prawu opcji” rozumianemu jako uprawnienie, nie zaś zobowiązanie zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojdzie do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, który przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji zobowiązany jest precyzyjnie opisać w SIWZ część zamówienia, która będzie zrealizowana na pewno oraz część zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Obie te części

są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający przewidział określone środki finansowe.

Przewidziano możliwość skorzystania z opcji przez podmioty występujące po stronie zamawiającego, szczegółowo wskazane w pkt. 3.3 SIWZ. Każdy z tych podmiotów może wybrać opcję według swego uznania, jak również określić czas, w jakim będzie korzystał z danej opcji. Przy takim opisie przedmiotu zamówienia nie ma zatem możliwości oszacowania, choćby w przybliżeniu, wartości tych usług i dostaw.

Ponadto w pkt 5.2 załącznika nr 5 do SIWZ zastrzeżono, iż „Zamówienia będą składane zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego (...)”. w pkt. 4 i 5 Rozdziału I załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wskazał, że wielkość realizacji usług i dostaw w okresie trwania umowy będzie różna i zależna od potrzeb zamawiającego. Podobne postanowienie jest zawarte w pkt. 3.6 Rozdziału III załącznika nr 1 do SIWZ. Ponadto zamawiający nie dołączył do SIWZ planu zamówień jak również Harmonogramu. Zatem nie jest znany nie tylko zakres zamówienia, ale także termin realizacji zamówienia, który w przypadku usług telekomunikacyjnych - z uwagi na ich specyficzny charakter - ma kluczowe znaczenie dla skalkulowania ceny ofertowej, jak również przygotowania się do negocjacji w ramach postępowania. Specyfika tego rodzaju usług związana jest z umożliwieniem abonentowi zakupu telefonów, modemów i innych urządzeń niezbędnych do korzystania z usług telekomunikacyjnych po cenie znacznie niższej niż cena detaliczna. Zaproponowanie konkretnej ceny za takie urządzenia i za usługi, a tym samym oszacowanie kosztów związanych z realizacją zamówienia i skalkulowanie ceny ofertowej jest możliwe wówczas, gdy znany jest okres w jakim będą świadczone usługi telekomunikacyjne i pod warunkiem że termin ten nie ulegnie zmianie w okresie obowiązywania umowy. Zamawiający przenosi na odwołującego całe ryzyko biznesowe związane z realizacją tego zamówienia, które przy braku kluczowych informacji dotyczących zobowiązania wykonawcy, w zasadzie nie jest możliwe do oszacowania i uwzględnienia przy przygotowaniu oferty, jak również przygotowanie się do negocjacji w ramach postępowania.

Ponadto zgodnie z pkt 3.3. SIWZ z prawa opcji może skorzystać podmiot, nieobjęty postępowaniem, tj. MegaSerwis sp. z o.o. w organizacji z siedzibą w Zgorzelcu, który w ocenie odwołującego nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp i nie był wymieniony w ogłoszeniu. O tym, że podmiot ten został włączony jako uprawniony do skorzystania z prawa opcji w postępowaniu odwołujący dowiedział się z SIWZ. Podmiot ten nie był objęty postępowaniem w ramach ogłoszenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania postanowień SIWZ w zakresie dotyczącym opcji przewidzianych w pkt 3.3. SIWZ, w ten sposób że każda z opcji zostanie szczegółowo opisana, co do ilości usług i dostaw zamawianych w ramach każdej z opcji, co do terminu i okresu przez jaki mają być realizowane usługi i dostawy w ramach opcji. Ponadto odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania, jaka część zamówienia zostanie na pewno zamówiona przez zamawiającego na podstawie umowy oraz modyfikację SIWZ poprzez wykreślenie podmiotu MegaSerwis sp. z o.o. w organizacji z siedzibą w Zgorzelcu z SIWZ.

W pkt. 3.4 załącznika nr 1 do SIWZ w pozycji 4 w tabeli zamawiający wymaga, aby dostarczony sprzęt był fabrycznie nowy, nie starszy niż 6 miesięcy od daty produkcji. Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców, którzy nie są producentami sprzętu, aby ponosili odpowiedzialność za politykę dystrybucyjną producentów sprzętu lub dostawców sprzętu.

Zamawiający wyraźnie w SIWZ, w tym w pkt 3.2 załącznika nr 1 do SIWZ określił minimalne parametry (wymagania) techniczne poszczególnych rodzajów sprzętu (telefonów i modemów) jakich wymaga zaoferowania przez wykonawców w ramach Postępowania. Ponadto określił, że oferowany sprzęt, spełniający wymagania techniczne określone w SIWZ, ma być fabrycznie nowy. Tak postawione wymagania przez zamawiającego są wystarczające.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ polegającej na wykreśleniu postanowienia z SIWZ dotyczącego dostawy sprzętu nie starszego niż 6 miesięcy od daty produkcji.

W pkt. 3.4 załącznika nr 1 do SIWZ w pozycji 7 lit. c w tabeli zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił wsparcie, pomoc przy przenoszeniu danych z dotychczas wykorzystywanych przez zamawiającego telefonów, takich jak np. kontakty, historia SMS z telefonów na nowe telefony dostarczone przez wykonawcę. Odwołujący wskazuje, że wymaganie postawione przez zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, gdyż liczba zamawianych telefonów będących przedmiotem postępowania wynosi ponad 11000 sztuk, dla wielu lokalizacji zamawiającego. Lokalizacje zamawiającego rozproszone są po całej Polsce. Spełnienie przez wykonawcę tego wymagania, wykonanie tych prac z tym związanych, jest logistycznie i czasowo niemożliwe do zrealizowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ polegającej na wykreśleniu tego postanowienia z SIWZ.

W pkt. 6.1 i 6.2. załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił, że umowy aktywacyjne będą zawarte na czas oznaczony 24 miesiący. Rozwiązanie lub wygaśnięcie umowy w sprawie zamówienia powoduje rozwiązanie lub wygaśnięcie umów aktywacyjnych. Jednocześnie zamawiający określił, że zgodnie z załącznikiem nr 11 do umowy - Harmonogramem - który nie został załączony do SIWZ - aktywacje poszczególnych kart SIM wraz z dostawą telefonów będą odbywały się przez jakiś czas w czasie obowiązywania umowy. Tym samym zamawiający wymaga od wykonawcy podjęcia ryzyka biznesowego dotyczącego finansowania sprzętu, gdyż nie ma wiedzy kiedy będzie następować rozpoczęcie świadczenia usług dla wszystkich aktywacji objętych Postępowaniem, a tym samym kiedy nastąpi naliczanie opłat za świadczone usługi telekomunikacyjne w ramach tych aktywacji (nie dając gwarancji że usługi będą świadczone przez co najmniej 24 miesiące dla każdego numeru). Przy czym zaznaczenia wymaga w tym miejscu to, iż zamawiający określił maksymalne ceny za telefony i modemy.

Odwołujący nie ma wiedzy o tym jaki będzie faktyczny okres świadczenia usług dla wszystkich numerów objętych postępowaniem. Zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić SIWZ wyłączenie w zakresie, w jakim był on przedmiotem negocjacji. Jest to zatem wyłącznie jego uprawnienie a nie obowiązek. Odwołujący, w przypadku zaproszenia do negocjacji zamierza przystąpić do nich w dobrej wierze i dążyć do doprecyzowania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości związanych z SIWZ. Nie ma jednak wpływu na stanowisko negocjacyjne zamawiającego, a także na to czy zamawiający skorzysta z uprawnienia wynikającego z art. 59 ust. 1 ustawy Pzp. W takim przypadku odwołujący w dalszym etapie postępowania mógłby utracić możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, jako że nie mógłby domagać się nakazania zamawiającemu dokonania czynności, do których nie jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ, w ten sposób, że termin rozpoczęcia świadczenia usług zostanie określony w sposób jednoznaczny i nie będzie uzależniony od uznania Zamawiającego.

W pkt. 6.3 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił, że żadna ze stron umowy nie może wypowiedzieć umów aktywacyjnych przed upływem okresu ich obowiązywania. Tak ukształtowane postanowienie stanowi ograniczenia uprawnień ustawowych dostawców usług telekomunikacyjnych, które wynikają z art. 57 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Uprawnienia te dotyczą możliwości rozwiązania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych (umowy aktywacyjnej) przez dostawcę usług telekomunikacyjnych

(operatora) z winy abonenta (zamawiającego) niezależnie od tego czy umowa aktywacyjna jest zawarta na czas oznaczony, czy nieoznaczony. Uprawnienia te zostały zagwarantowane odwołującemu jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu przez ustawodawcę i mają chronić odwołującego m.in. przed nieuprawnionym kierowaniem ruchu przez abonentów do sieci odwołującego (FCT), czy też nieuprawnionym udostępnianiem usług przez abonentów. Działania związane z nieuprawnionym kierowaniem ruchu do sieci odwołującego mogą narazić odwołującego na wielomilionowe straty części przychodów z rozliczeń międzyoperatorskich, mieć wpływ na jakość świadczonych usług (negatywnymi skutkami takich działań są trudności z nawiązaniem połączenia, gorsza jakość połączenia, dłuższy czas oczekiwania na połączenie, a przecież zamawiający wymaga świadczenia usług objętych Postępowaniem o najwyższej jakości), powodować ryzyko nieprawidłowych informacji dla prokuratur i podmiotów uprawnionych, a także skutkować nieuprawnionym dostępem do danych bilingowych w zakresie połączeń FCT. Wymagania zamawiającego pozbawiają uprawnienia odwołującego przeciwdziałania nadużyciom i nielegalnym praktykom narażając odwołującego na wielomilionowe straty. Odwołujący dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, realizujący obowiązki wynikające z ustawy prawo telekomunikacyjne musi mieć narzędzia do niezwłocznej reakcji na nieuprawnione działania abonentów.

Zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić SIWZ wyłączenie w zakresie w jakim był on przedmiotem negocjacji. Jest to zatem wyłącznie jego uprawnienie a nie obowiązek. Odwołujący, w przypadku zaproszenia do negocjacji zamierza przystąpić do nich w dobrej wierze i dążyć do doprecyzowania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości związanych z SIWZ. Nie ma jednak wpływu na stanowisko negocjacyjne zamawiającego, a także na to czy zamawiający skorzysta z uprawnienia wynikającego z art. 59 ust. 1 ustawy PZP. W takim przypadku odwołujący w dalszym etapie postępowania mógłby utracić możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, jako że nie mógłby domagać się nakazania zamawiającemu dokonania czynności, do których nie jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ polegającej na wykreśleniu tego postanowienia z SIWZ.

W pkt. 8.1 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił, że wykonawca zapewni obsługę gwarancyjną na dostarczony sprzęt na okres 24 miesięcy w zakresie nie węższym niż zakres gwarancji udzielonej przez producenta sprzętu (...). Odwołujący wskazuje, że jako sprzedawca sprzętu zapewnia gwarancję producenta na dostarczony sprzęt, a dodatkowo

zobowiązuje się zapewnić obsługę gwarancyjną przez okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia oraz okres obowiązywania danej umowy aktywacyjnej. Wymaganie zamawiającego określone w pkt. 8.1 załącznika nr 5 do SIWZ nakłada na wykonawcę obowiązek obsługi gwarancyjnej sprzętu nawet, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie rozwiązana lub wygaśnie, czyli również w sytuacji, gdy stron nie będzie łączył żaden stosunek umowny w przedmiocie postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w ten sposób, że obsługa gwarancyjna na dostarczony przez wykonawcę sprzęt będzie zapewniana przez okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie dłużej jednak niż przez 24 miesiące od dnia dostarczenia sprzętu przez wykonawcę zamawiającemu.

W pkt. 8.6 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił, że wykonawca w ramach gwarancji zobowiązany jest zapewnić dokonanie wszelkich napraw sprzętu lub wymiany sprzętu na nowy. Tak ukształtowane postanowienie jest sprzeczne z wymaganiami zamawiającego określonymi w pkt. 8.1. załącznika nr 5 do SIWZ, który stanowi, że wykonawca ma zapewnić obsługę gwarancyjną na dostarczony sprzęt w zakresie nie węższym niż zakres gwarancji udzielonej przez producenta sprzętu. Ponadto zamawiający przerzuca na wykonawcę obowiązki gwarancyjne za np. uszkodzenia związane z zalaniem sprzętu przez zamawiającego, czy też mechaniczne uszkodzenia sprzętu przez zamawiającego. Za tego typu uszkodzenia odpowiada zamawiający a ewentualne naprawy tak uszkodzonego sprzętu dokonywane są na koszt zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ polegającej na wykreśleniu tego postanowienia z SIWZ.

W pkt 11.1 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił, że wykonawca zobowiązany jest informować zamawiającego o stanie wyczerpania kwoty umownej na każde żądanie zamawiającego oraz - bez dodatkowego żądania - o wyczerpaniu 70% kwoty umownej. Ponadto w Pkt. 16.3 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił, że wykonawca zobowiązany jest informować zamawiającego o stanie wyczerpania kwoty maksymalnej na każde żądanie zamawiającego oraz - bez dodatkowego żądania - o wyczerpaniu 70% kwoty maksymalnej. Niezrozumiałe jest dlaczego obowiązek kontrolowania stanu wydatkowania środków przeznaczonych na realizację zamówienia, których dysponentem jest zamawiający a nie wykonawca, został przeniesiony na wykonawcę. Brak jest informacji o skutkach niedotrzymania tego zobowiązania przez wykonawcę lub o przekazaniu informacji niepełnych lub omyłkowego podania informacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ polegającej na wykreśleniu tych postanowień z SIWZ.

W Pkt. 16.8 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający wymaga, aby wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na takich samych warunkach jak zamawiający z potencjalnymi podmiotami należącymi do grupy kapitałowej zamawiającego (a nie będące stroną umowy z wykonawcą). Wskazania wymaga fakt, że nie jest dopuszczalne udzielenie zamówienia pod warunkiem. Jeżeli dodatkowe podmioty będą zobowiązane stosować ustawę Pzp to nie będzie możliwości uniknięcia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp. Natomiast jeżeli dodatkowe podmioty nie będą zobowiązane do stosowania ustawy Pzp, to zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby wykonawca zawarł z jakimkolwiek podmiotem trzecim umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych na warunkach cenowych wynegocjowanych w indywidualnej ofercie. Wymaganie zamawiającego narusza zasadę swobody umów, wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, z której wynika, że każdy pomiot ma swobodę w zakresie wyboru z kim i na jakich zasadach chce zawrzeć umowę. Odwołujący kalkulując ofertę bierze pod uwagę liczbę użytkowników, szacunkowy wolumen ruchu, czas obowiązywania umowy, a dane te dla takich dodatkowych podmiotów nie zostały określone. Ponadto odwołujący zawierając z danym podmiotem umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych bada kondycję finansową takiego podmiotu, czy wiarygodność płatniczą co ma istotny wpływ na kształt i zakres zobowiązań umowy zawieranej przez odwołującego z abonentami.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ polegającej na wykreśleniu tych postanowień z SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp w pkt. 12 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił wysokość kar umownych z tytułu opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek (pkt. 12.2 wzoru umowy załączonego do SIWZ), opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia usług telekomunikacyjnych (pkt. 12.3 lit. b wzoru umowy załączonego do SIWZ), z tytułu nie dotrzymania innych terminów wskazanych w umowie (pkt. 12.4 lit. c wzoru umowy załączonego do SIWZ) oraz z tytułu rozwiązania umowy przez zamawiającego (pkt. 12.4 wzoru umowy załączonego do SIWZ).

a) 600 złotych za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek w realizacji połączeń głosowych i/lub transmisji danych w obszarach strategicznych dla zamawiającego wskazanych w załączniku nr 9 do umowy (za wyjątkiem Kopalni Węgla Brunatnego Turów i Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów),

b) 5000 złotych za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek w realizacji połączeń głosowych i/lub transmisji danych na terenie Kopalni Węgla Brunatnego Turów i Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów,

c) 100 000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminów określonych w pkt. 4.1. wzoru umowy, a dotyczących rozpoczęcia świadczenia poszczególnych usług objętych umową,

d) 2000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do innych terminów wskazanych w umowie, w tym dotyczących terminów dostarczenia sprzętu lub kart SIM lub uruchomienia zamówionych usług.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zostanie zawartych 21 umów. Każdemu z podmiotów występujących po stronie zamawiającego przysługują wyżej opisane uprawnienia do naliczania kar umownych. Odwołujący będzie ponosił odpowiedzialność za opóźnienie, nie za zwłokę. Zatem będzie odpowiadał również za niedotrzymanie terminów będące następstwem okoliczności za które nie odpowiada. W razie opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia usługi dla co najmniej jednej karty SIM u każdego z podmiotów występujących po stronie zamawiającego, kara umowna będzie wynosiła 2.100.000 zł, i będzie dotyczyła opóźnienia jednodniowego w uruchomieniu usług dla 21 kart SIM. Należy podkreślić że przedmiot zamówienia obejmuje 11.000 kart SIM, a opóźnienie w uruchomieniu usług może być spowodowane np. trudnościami technicznymi po stronie operatora od którego będą przenoszone numery telefonów do sieci nowego wykonawcy.

Odwołujący wskazał iż postanowienia wzoru umowy, gdzie zamawiający uregulował kwestię kar umownych, w tym ich wysokość jest rażąco wygórowana w stosunku do ewentualnej szkody, jaką mógłby ponieść zamawiający w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa we wzorze umowy. Kara umowna ma charakter surogatu odszkodowania, a w związku z tym nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Nieadekwatność szkody wierzyciela do wysokości zastrzeżonej kary umownej uzasadnia żądanie jej obniżenia. Tego rodzaju postanowienie umowne narusza w sposób rażący zasadę swobody umów (art. 353¹ Kodeksu cywilnego), bowiem jest ewidentnie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ polegającej na obniżeniu wysokości kar umownych do następujących wysokości:

a) 1/30 miesięcznej opłaty abonamentowej za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek w realizacji połączeń głosowych i/lub transmisji danych w

obszarach strategicznych dla zamawiającego wskazanych w załączniku nr 9 do umowy (za wyjątkiem Kopalni Węgla Brunatnego Turów i Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów),

b) 1/15 miesięcznej opłaty abonamentowej za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek w realizacji połączeń głosowych i/lub transmisji danych na terenie Kopalni Węgla Brunatnego Turów i Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów,

c) 1/30 miesięcznej opłaty abonamentowej za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminów określonych w pkt. 4.1. wzoru umowy, a dotyczących rozpoczęcia świadczenia poszczególnych usług objętych umową,

d) 1/30 odpowiednio ceny zakupu danego sprzętu lub miesięcznej opłaty abonamentowej/miesięcznej za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do innych terminów wskazanych w umowie, w tym dotyczących terminów dostarczenia danego sprzętu lub danej kart SIM lub danej uruchomienia zamówionych usług.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 12.5. załącznika nr 5 do SIWZ kary umowne mogą być potrącane z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy, bez uwzględnienia procedury uzyskiwania pisemnego potwierdzenia wykonawcy. Kara umowna powinna przysługiwać zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67): „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kodeksu cywilnego), kary umownej nie nalicza się”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację wskazanych postanowień poprzez ich usunięcie i zastąpienie postanowieniem, iż naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Za nadużycie prawa (sprzeczność ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współżycia społecznego) należy uznać postanowienia pkt. 12 załącznika nr 5 do SIWZ, który przewiduje możliwość nakładania wielu kar umownych za jedno zdarzenie. Zamawiający przewidział w umowie możliwość dochodzenia odszkodowania na

zasadach ogólnych a biorąc pod uwagę orzecznictwo Sądu Najwyższego obowiązek zapłaty kar umownych nie jest powiązany koniecznością powstania szkody. Zatem zastrzeżenie wielu kar umownych za jedno zdarzenie będzie prowadzić do nieuprawnionych przysporzeń zamawiającego, przy jednoczesnym braku szkody po jego stronie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację pkt. 12 załącznika nr 5 do SIWZ, w ten sposób, iż w przypadku gdy za jedno zdarzenie będzie przypadła zamawiającemu więcej niż jedna kara umowna wówczas naliczona zostanie jedynie jedna kara umowna.

W ocenie odwołującego za nadużycie prawa (sprzeczność ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współżycia społecznego) należy uznać postanowienia wzoru umowy uzależniające uprawnienie zamawiającego do rozwiązania umowy od bliżej nie określonych powodów zgodnie z pkt. 11.2. załącznika nr 5 do SIWZ, zwłaszcza, że dodatkową sankcją w takim wypadku ma być naliczenie kary umownej w wysokości 100 % kwoty umownej oznaczonej jako maksymalna kwota zobowiązania dla tego zamawiającego, który wypowiedział umowę. Tego rodzaju zastrzeżenie przestaje pełnić funkcję „dyscyplinującą” wykonawców do należytego wykonania umowy, i staje się podstawą do uzyskania przez zamawiającego dodatkowego źródła dochodu (albo sfinansowania sobie umowy). Z ekonomicznego pkt widzenia opłacalne jest dla zamawiającego wypowiedzenie umowy bardziej niż dotrwanie do końca jej obowiązywania. Z drugiej strony, w kalkulowanie takiego ryzyka (oraz wymienionych wyżej ryzyk związanych z zapłatą ewentualnych kar umownych) w cenę oferty, powoduje co najmniej jej podwojenie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia pkt. 11.2. i 12.4 załącznika nr 5 do SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że w dniu 24 kwietnia 2013 r. odwołujący zwrócił się w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ, a mianowicie z „prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ i wskazanie, które z podmiotów określonych w punkcie 2.1 SIWZ jako występujące wspólnie w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia są:

- a) zamawiającymi w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,
- b) zamawiającymi w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych udzielającymi zamówienia w celu wykonywania działalności wskazanej w art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) podmiotami nie zobowiązanymi do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Zamawiający w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 26 kwietnia 2013 r. udzielił następujących wyjaśnień „Niniejsze postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego. Wszystkie dane wymagane ww. przepisami ustawy Pzp zostały wskazane w pkt. 2.1. SIWZ.”

Odwołujący zaznaczył, że udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia nie stanowią odpowiedzi na zadane przez odwołującego pytanie. W wyniku udzielenia wyjaśnień odwołujący powinien uzyskać jakąś wiedzę, którą nie dysponował zwracając się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień. W dniu 26 kwietnia 2013 r. odwołujący nie uzyskał żadnej wiedzy, gdyż „wyjaśnienia” są enigmatyczne, nieprecyzyjne i niepełne. Odwołujący wskazuje, że zapytania jakie kieruje do Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp mogą dotyczyć każdego elementu specyfikacji, w tym trybu prowadzonego postępowania, opisu przedmiotu zamówienia, opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, projektu umowy itd. Udzielenie precyzyjnych wyjaśnień jest jednym z obowiązków zamawiającego, jaki wynika z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż wyjaśnienia niejednokrotnie wpływają na podjęcie decyzji o składaniu oferty bądź na jej zawartość. Obowiązkiem zamawiającego jest udzielanie precyzyjnych wyjaśnień, wskazujących na rzeczywistą wolę zamawiającego wyrażoną w danym postanowieniu specyfikacji oraz udzielanie ich niezwłocznie, tak aby wykonawca, mając pełną wiedzę o danym zagadnieniu, mógł prawidłowo przygotować konkurencyjną ofertę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 lutego 2013 r. W sekcji I ogłoszenia zostało wskazane, że po stronie podmiotu zamawiającego występuje wielość podmiotów - podmioty zamawiające z podaniem nazw (firm) oraz adresów zostały wymienione w sekcji 1.1) oraz 1.3 ogłoszenia z dnia 23.02.2013 r., z uwzględnieniem zapisów dotyczących opcji zawartych w sekcji II.2.2) ogłoszenia. Z ogłoszenia o zamówieniu (por. w szczególności sekcja i.3) wynika, iż PGE

Polska Grupa Energetyczna S.A. dokonuje zakupu nie tylko w imieniu własnym, ale również działa w imieniu innych podmiotów.

W pkt. II.2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 3.3. wstępnej SIWZ zamawiający wskazał, że opcja dotyczy maksymalnie 20% w stosunku do zamówienia podstawowego. W Rozdziale II Specyfikacji Technicznej zostały wskazane dane dotyczące prawa opcji (tzw. Grupa 2), co do liczby aktywacji (pkt 2.1), ruchu w skali 24 miesięcy (pkt 2.2) i liczby urządzeń (pkt 2.3). W specyfikacji technicznej w rozdziale 1 pkt 6 dokonano podziału przedmiotu zamówienia na grupę 1 dotyczącą podstawowego zamówienia oraz grupę 2 dotyczącą opcji. W rozdziale 2 wskazane są tabele z liczbą aktywacji urządzeń z podziałem na grupę 1 i 2. Rozdział 1 pkt 4 odnosi się do załącznika nr 11 do umowy zawierający harmonogram. Załącznik nr 8 do umowy zawiera plan zamówień. Z kolei z pkt 7.2..2 i 7.2.3 specyfikacji wynika, iż wykonawcy mieli złożyć proponowany harmonogram.

Informacja o tym, że z prawa opcji może skorzystać podmiot, nieobjęty postępowaniem, tj. MegaSerwis sp. z o.o. w organizacji z siedzibą w Zgorzelcu została opublikowana w dzienniku urzędowym UE w dniu 16 marca 2013 r.

W dniu 17 maja 2013 roku zamawiający zmodyfikował treść SIWZ. I tak:

W pkt. 3.3 SIWZ w miejsce zapisu: Zamawiający, zgodnie z punktem ii,2.2 Ogłoszenia o zamówieniu, zastrzega sobie prawo do opcji zwiększającej zamówienie do 20% w stosunku do podstawowego zakresu zamówienia wskazanego w Rozdziale II Specyfikacji Technicznej oznaczonego jako Grupa 1). Prawo opcji będzie realizowane każdorazowo poprzez zawarcie umowy z Wykonawcą przez jednego, kilku lub wszystkich Zamawiających wskazanych w punkcie li.2.2 Ogłoszenie o zamówieniu, tj. ELBIS Sp. z o.o., Bestgum Polska Sp. z o.o.; PTU Etra sp. z o.o.; PGE Elbest sp. z o.o.; PIS Betrants sp. z o.o.; Zakład Obsługi Energetyki sp. z o.o.; Exatel SA; ENERGO-TEL SA; Eltur Serwis Sp. z o.o.; Ramb Sp. z o.; PPH EKTO Sp. z o.o.; Elmen Sp. z o.o.; PUP Top Serwis Sp. z o.o.; MegaSerwis Sp. z o.o. w organizacji z siedzibą w Zgorzelcu. Zależności dotyczące ruchu / aktywacji wynikających z opcji wskazane są w Rozdziale II Specyfikacji Technicznej (oznaczone jako „Grupa 2”) wpisano: Zamawiający, zgodnie z punktem II.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu, zastrzega sobie prawo do opcji zwiększającej zamówienie do 20% w stosunku do podstawowego zakresu zamówienia wskazanego w Rozdziale II Specyfikacji Technicznej oznaczonego jako Grupa 1). Prawo opcji będzie realizowane każdorazowo poprzez zawarcie umowy z Wykonawcą przez jednego, kilku lub wszystkich Zamawiających wskazanych w punkcie II.2,2 Ogłoszenie o zamówieniu, tj. ELBIS Sp. z o.o., Bestgum Polska Sp. z o.o.; PTU Etra sp. z o.o.; PGE Elbest sp. z o.o.; PTS Betrants sp. z o.o.; Zakład Obsługi Energetyki sp. z o.o.; Exatel SA;

ENERGO-TEL SA; Eltur Serwis Sp. z o.o.; Ramb Sp. z o.o.; PPH EKTO Sp. z o.o.; Elmen Sp. z o.o.; PUP Top Serwis Sp. z o.o.; MegaSerwis Sp. z o.o. w organizacji z siedzibą w Zgorzelcu. Założenia dotyczące ruchu / aktywacji wynikających z opcji wskazane są w Rozdziale II Specyfikacji Technicznej (oznaczone jako „Grupa 2”). Decyzja ww. podmiotów w zakresie wykonania prawa opcji zostanie przekazana wybranemu Wykonawcy nie później niż w terminie 15 dni roboczych od dnia przekazania informacji o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a w przypadku wniesienia środków ochrony prawnej na tę czynność nie później niż w terminie 15 dni roboczych od dnia przekazania informacji o dokonaniu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wyrokiem KIO lub Sądu.

W załączniku Nr 1 do SIWZ rozdział 1 pkt 4 w miejsce: „Usługi i dostawy wykonywane będą sukcesywnie przez cały czas trwania realizacji zamówienia, a dostawy urządzeń realizowane będą zgodnie z terminami określonymi w załączniku nr 11 do Umowy. Wielkość realizacji usług i dostaw w okresie trwania umowy będzie różna i zależna od potrzeb zamawiającego” wpisano: „Usługi i dostawy wykonywane będą sukcesywnie przez cały czas trwania realizacji zamówienia, a dostawy urządzeń realizowane będą zgodnie z terminami określonymi w załączniku nr 11 do Umowy. Wielkość realizacji usług i dostaw w okresie trwania Umowy będzie różna i zależna od potrzeb Zamawiającego, *przy czym w ramach pierwszego zamówienia zostaną zawarte umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla minimum 70 % aktywacji z Grupy I.*”

W załączniku Nr 1 do SIWZ, Rozdział III pkt 3.4. Wym, w zakresie rozp. świadczenia usług, pkt 4 tabeli zamiast: „Wykonawca zapewni, że wszystkie urządzenia dostarczane zamawiającemu będą fabrycznie nowe (nie starsze niż 6 miesięcy od daty produkcji) i będą tworzyć handlowy komplet, tak jak przewiduje to producent” wpisano „Wykonawca zapewni, że wszystkie urządzenia dostarczane Zamawiającemu będą fabrycznie nowe i będą tworzyć handlowy komplet, tak jak przewiduje to producent”.

W załączniku Nr 1 do SIWZ, Rozdział III pkt 3.4. Wym. w zakresie rozp. świadczenia usług, pkt 7 tabeli wykreślono: „Pomoc (w razie konieczności na miejscu w danej lokalizacji Zamawiającego) przy przenoszeniu danych takich jak np.: kontakty czy historia SMS z telefonów wykorzystywanych przez Zamawiającego na nowe telefony dostarczone przez Wykonawcę (o ile takie przeniesienie danych będzie technicznie wykonalne)”.

W załączniku Nr 5 do SIWZ pkt 8.6 zamiast: „Operator w ramach gwarancji zobowiązany jest zapewnić dokonanie wszelkich napraw Sprzętu lub wymiany Sprzętu na nowy” wpisano: „Operator w ramach gwarancji zobowiązany jest zapewnić dokonanie wszelkich napraw wadliwego Sprzętu lub wymiany wadliwego Sprzętu na nowy”.

W załączniku nr 5 do SIWZ wykreślono pkt 16.8 o treści: „Operator niezależnie od powyższego zobowiązuje się w postępowaniach zakupowych prowadzonych przez spółki należące do Grupy Kapitałowej (a nie będące stroną umowy z Operatorem) oferować świadczenie Usług Telekomunikacyjnych oraz dostaw Sprzętu i Kart SIM na nie gorszych warunkach niż określone w niniejszej Umowie”.

W załączniku Nr 5 do SIWZ pkt 12.3 w pkt. 12 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający określił wysokość kar umownych z tytułu opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek (pkt. 12.2 wzoru umowy załączonego do SIWZ), opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia usług telekomunikacyjnych (pkt. 12.3 lit. b wzoru umowy załączonego do SIWZ), z tytułu nie dotrzymania innych terminów wskazanych w umowie (pkt. 12.4 lit. c wzoru umowy załączonego do SIWZ) oraz z tytułu rozwiązania umowy przez zamawiającego (pkt. 12.4 wzoru umowy załączonego do SIWZ).

a) 600 złotych za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek w realizacji połączeń głosowych i/lub transmisji danych w obszarach strategicznych dla zamawiającego wskazanych w załączniku nr 9 do umowy (za wyjątkiem Kopalni Węgla Brunatnego Turów i Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów),

b) 5000 złotych za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek w realizacji połączeń głosowych i/lub transmisji danych na terenie Kopalni Węgla Brunatnego Turów i Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów,

c) 100 000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminów określonych w pkt. 4.1. wzoru umowy, a dotyczących rozpoczęcia świadczenia poszczególnych usług objętych umową,

d) 2000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do innych terminów wskazanych w umowie, w tym dotyczących terminów dostarczenia sprzętu lub kart SIM lub uruchomienia zamówionych usług.

W dniu 17 maja 2013 roku zamawiający zmodyfikował zapis wskazany w pkt. c powyżej poprzez nadanie mu brzmienia: „za niedotrzymanie terminów wskazanych w pkt 4,1, w wysokości 100 000 złotych za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do wskazanych terminów”.

W pkt U SIWZ dodano: „Wszelkie czynności i działania, pełnomocnika Zamawiających w tym unieważnienie czynności, powtórzenie lub dokonanie ich zgodnie z

wyrokiem KIO lub sądu, będą wykonywane jednocześnie w imieniu i na rzecz wszystkich Zamawiających występujących wspólnie”.

W dniu 24 kwietnia 2013 r. odwołujący zwrócił się w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ, a mianowicie z „prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ i wskazanie, które z podmiotów określonych w punkcie 2.1 SIWZ jako występujące wspólnie w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia są:

- a) zamawiającymi w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,
- b) zamawiającymi w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych udzielającymi zamówienia w celu wykonywania działalności wskazanej w art. 132 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- c) podmiotami nie zobowiązanymi do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Zamawiający w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 26 kwietnia 2013 r. udzielił następujących wyjaśnień „Niniejsze postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego. Wszystkie dane wymagane ww. przepisami ustawy Pzp zostały wskazane w pkt. 2.1. SIWZ”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 1, art. 2 pkt 7a, pkt 12 i pkt 13 w zw. art. 3 ustawy Pzp, a także art. 15 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 2 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z pkt. 9 preambuły dyrektywy 2004/17/We Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą

procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych z dnia 30 kwietnia 2004 r. (Dz. U. UE. L. 2004.134., Dz. U. UE-sp.06-7-19, Dz. U. UE.L.2011.319.43) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz podmiotów niebędących zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp przy jednoczesnym braku podstaw prawnych do prowadzenia wspólnego postępowania w ich imieniu i w konsekwencji żądanie zawarcia z tymi podmiotami umowy w sprawie zamówienia publicznego, z zastosowaniem w szczególności art. 139 -144 ustawy Pzp, został podniesiony z naruszeniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 lutego 2013 r. W sekcji I ogłoszenia zostało wskazane, że po stronie podmiotu zamawiającego występuje wielość podmiotów - podmioty zamawiające z podaniem nazw (firm) oraz adresów zostały wymienione w sekcji 1.1) oraz 1.3 ogłoszenia z dnia 23.02.2013 r., z uwzględnieniem zapisów dotyczących opcji zawartych w sekcji II.2.2) ogłoszenia. Z ogłoszenia o zamówieniu (por. w szczególności sekcja i.3) wynika, iż PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. dokonuje zakupu nie tylko w imieniu własnym, ale również działa w imieniu innych podmiotów.

Z uwagi na fakt, że zarzut dotyczył wskazanych powyżej postanowień, termin na jego podniesienie należało liczyć na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż termin do wniesienia odwołania upływał w przypadku tego zarzutu w dniu 5 marca 2013 roku. Podniesienie go dopiero w dniu 30 kwietnia 2013 roku jest równoznaczne z uznaniem, iż odwołujący naruszył termin przepisany we wskazanym przepisie.

Ponieważ ustawa Pzp nie przewiduje odrzucenia odwołania w części, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, Izba pozostawiła wskazany zarzut bez rozpoznania.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie w pkt 3.3. SIWZ uprawnienia do skorzystania z prawa opcji przez ściśle określone podmioty, polegającego na możliwości zwiększenia zamówienia do

20% w stosunku do podstawowego zakresu zamówienia wskazanego w Rozdziale II Specyfikacji Technicznej oznaczonego jako Grupa 1.

W myśl art. 34 ust. 5 ustawy Pzp jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.

Zamówienie dodatkowej, ściśle oznaczonej ilości w ramach przedmiotu zamówienia zależy wyłącznie od swobodnej woli zamawiającego. Prawo opcji przyznaje zamawiającemu uprawnienie odmiennego kształtowania zakresu zamówienia oraz - co najważniejsze - do jednostronnego kształtowania zamówienia, szczególnie jego rozszerzenia w trakcie trwania umowy, a tym samym możliwość dokonania przez zamawiającego wyboru zakresu świadczenia będącego przedmiotem umowy o zamówienie publiczne.

Tak więc, przewidując prawo opcji, zamawiający przyznaje sobie prawo do zwiększenia zamówienia, jednakże zamiar powiększenia owego zakresu musi być określony i opisany już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zgodnie z dyspozycją art. 34 ust. 5 Pzp największy możliwy zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji musi być wzięty pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia. Opis przewidywanego rozszerzenia zakresu zamówienia powinien być zawarty w ogłoszeniu i w siwz, ponieważ wykonawca decydujący się złożyć ofertę musi wiedzieć, jakie roszczenia może mieć w stosunku do niego zamawiający w razie skorzystania z prawa opcji.

W ocenie Izby zamawiający uczynił zadość wskazanym powyżej wymogom. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż zakres opcji został szczegółowo opisany tak od strony podmiotowej (pkt 3.3. SIWZ wstępnej), jak i co do zakresu przedmiotowego. W pkt 3.3. wstępnej SIWZ wskazuje się bowiem, że dotyczy ona maksymalnie 20% w stosunku do zamówienia podstawowego (co znalazło także swój wyraz już w ogłoszeniu o zamówieniu - punkt II.2.2). Ponadto w Rozdziale II Specyfikacji Technicznej zostały wskazane wszystkie niezbędne dane dotyczące prawa opcji (tzw. Grupa 2), tak co do liczby aktywacji (pkt 2.1), ruchu w skali 24 miesięcy (pkt 2.2) jak i liczby urządzeń (pkt 2.3). Pozostałe wymagania funkcjonalne pozostają takie same jak w stosunku do zamówienia podstawowego. Zatem prawo opcji zostało opisane precyzyjnie, a wykonawcy mają możliwość określenia minimalnego zakresu zamówienia, które na pewno zostanie zrealizowane. W konsekwencji nie sposób mówić o naruszeniu art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut dotyczący objęcia opcją spółki MegaSerwis Sp. z o.o. Izba uznała za

wniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Informacja o objęciu tego podmiotu prawem opcji została dodana do ogłoszenia o zamówienia poprzez zmianę ogłoszenia, która to zmiana została opublikowana w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 marca 2013 r. Izba zarzut ten pozostawiła zatem bez rozpoznania.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp - poprzez określenie rażąco wygórowanych kar umownych, z tytułu opóźnienia w usuwaniu awarii i usterek (pkt. 12.2 wzoru umowy załączonego do SIWZ), opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia usług telekomunikacyjnych (pkt. 12.3 lit. b wzoru umowy załączonego do SIWZ), z tytułu nie dotrzymania innych terminów wskazanych w umowie (pkt. 12.4 lit. c wzoru umowy załączonego do SIWZ) oraz z tytułu rozwiązania umowy przez zamawiającego (pkt. 12.4 wzoru umowy załączonego do SIWZ) oraz zarzutu naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez sporządzenie wzoru umowy załączonego do SIWZ, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego.

Zgodnie z art 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentalae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać ofert w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może

oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

Powyższe dotyczy zarówno postanowień dotyczących *stricte* przedmiotu zamówienia oraz przewidzianych przez zamawiającego kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługuje zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek wyjaśnienia treści SIWZ, o ile wykonawca zwrócił się do niego z takim wnioskiem zachowując termin wskazany w tym przepisie. Art. 36 zawiera katalog informacji, jakie powinny znaleźć się w SIWZ, w tym – stosownie do pkt 1 – nazwa (firma) oraz adres zamawiającego. Dane te zostały zawarte zarówno we wstępnej SIWZ, jak i w poprzedzającym ją ogłoszeniu o zamówieniu. W tym zakresie odpowiedź zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2013 roku nie powinna budzić wątpliwości.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....