

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 22 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2016 r. przez wykonawcę: **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków**

**postanawia:**

**1) umarza postępowanie odwoławcze;**

2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

**Zamawiający** – Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej dla Akademii Górniczo-Hutniczej (za wyjątkiem połączeń do sieci komórkowej z numeracji 12 617 xxx)”, znak sprawy: KC-zp. 272-519/16, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 listopada 2016 r., nr 2016/S 230-419224.

**Odwolujący – Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postaci sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. wyznaczenie w pkt III. I. A ppkt 2 SIWZ oraz w § 1 ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy o świadczenie usług, zbyt krótkiego terminu na uruchomienie usługi telefonii stacjonarnej (25.01.2016 r. lub podpisanie Umowy), co powoduje uprzywilejowanie dotychczasowego dostawcy usługi Zamawiającemu, posiadającego już pełną i skonfigurowaną infrastrukturę niezbędną do uruchomienia usługi;
2. naruszenie art. 387 §1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie w pkt III. 1 A ppkt 2 SIWZ oraz w § 1 ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy o świadczenie usług, zbyt krótkiego i obiektywnie niemożliwego do dotrzymania terminu na uruchomienie usługi telefonii stacjonarnej, w szczególności z punktu widzenia aktualnych możliwości i zasobów technologicznych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przez wzgląd na szczególną charakterystykę świadczenia, co czyni świadczenie wykonawcy przewidziane w Umowie świadczeniem niemożliwym;
3. naruszenie art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 483 §1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 6 ust. 1 lit. b) i lit. e) Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy o świadczenie usług, nadmiernie wygórowanych kar umownych, co powoduje, że przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym

z niezachowaniem obowiązków umownych, a także umożliwiono sankcjonowanie okoliczności nie stanowiących niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez wykonawcę.

Odwołujący wniósł o:

1. wydłużenie terminu na uruchomienie usługi WAN, o jakim mowa w pkt III. 1 A ppkt 2 SIWZ do minimum 60 dni od dnia zawarcia Umowy o zamówienie publiczne;
2. usunięcie kar opisanych w § 6 ust. 1 lit. b) i lit. e) Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy o świadczenie usług,  
albo
3. modyfikację treści § 6 ust. 1 lit. b) i lit. e) Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy o świadczenie usług, przez obniżenie wysokości zastrzeżonych w nim kar umownych do następujących wartości:
  - > 0,01% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 2 Umowy za każdy dzień zwłoki, tytułem kary umownej za niewywiązania się z obowiązku wynikającego z § 1 ust. 3 (tj. niezachowania terminu wszczęcia usługi);
  - > 0,01 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 2 Umowy za każdy dzień zwłoki, tytułem kary umownej za nieusunięcie uszkodzeń łączy zewnętrznych.

**Zamawiający** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2016 r. odpowiedź na odwołanie na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy, w której oświadczył:

1. Częściowo uwzględnił zarzut Odwołującego dotyczący wadliwego określenia terminu realizacji umowy oraz częściowo uwzględnił zarzuty co do określenia nadmiernie wygórowanych kar umownych i zobowiązuje się do zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w tym zakresie;
2. Wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu pisma, wskazując zarzuty odwołania, podał:

- 1) Zamawiający, biorąc pod uwagę możliwości wszystkich potencjalnych wykonawców oraz wszystkie istotne elementy, które mogą wpływać na termin uruchomienia usługi, postanowił dokonać zmian w zakresie terminu realizacji usługi. W związku z powyższym Zamawiający wprowadzi do SIWZ i wzoru umowy następujący zapis: **„Termin realizacji umowy: Usługi będą świadczone przez okres 36 miesięcy. Termin rozpoczęcia świadczenia usług telefonicznych wynosi 30 dni liczony od daty podpisania Umowy.”**

Operatorzy telekomunikacyjni mogą zrealizować przedmiot zamówienia na dwa sposoby:

1. Przejąć numerację wraz z infrastrukturą od obecnego Operatora.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16.10.2010 r. w sprawie warunków korzystania z uprawnień w publicznych sieciach telefonicznych termin przeniesienia numeracji do nowego Operatora wynosi 7 dni.

2. Wykonać własną infrastrukturę, na której zostanie uruchomiona numeracja przejęta od dotychczasowego Operatora. Inni Operatorzy, niż dotychczasowy, mają w pobliżu lub na terenie Zamawiającego swoją infrastrukturę, którą wystarczy tylko przedłużyć do budynku, w którym znajduje się węzeł łączności. Taką infrastrukturę posiada również operator odwołujący się, czyli firma Netia, która ma doprowadzoną swoją sieć do budynku Zamawiającego przy ul. Nawojki 11.

Zgodnie z wymaganiami UKE operatorzy telekomunikacyjni mają podpisane między sobą Umowy o wzajemnym użyczeniu infrastruktury technicznej do świadczenia usług. Specyfika rynku usług telekomunikacyjnych wskazuje, że przejęcie numeru wraz z łączem od dotychczasowego operatora jest rozwiązaniem bardziej ekonomicznym niż doprowadzenie nowej infrastruktury. W przypadku Miasteczka Studenckiego zupełnie nieekonomiczna jest budowa sieci w oparciu o kable miedziane i tutaj będzie tylko racjonalnym rozwiązaniem przejęcie numeru wraz z łączem.

Oprócz Netii, również Plus ma na terenie AGH swoje zakończenie światłowodowe (bud. B-5) i istnieje możliwość ich przedłużenia do węzła łączności w bud. A-3. Innym operatorem, który ma zakończenie swojej sieci w pobliżu AGH jest Fibertech, który świadczy usługi m.in. dla Muzeum Narodowego przy al. Mickiewicza. O istnieniu infrastruktury potrzebnej do świadczenia usług przez operatorów telekomunikacyjnych przesądza fakt, że AGH jest zlokalizowana przy głównym ciągu telekomunikacyjnym biegnącym wzdłuż al. Mickiewicza.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający szacuje realny termin na rozpoczęcie świadczenia usług na 21 dni roboczych. W celu zwiększenia konkurencyjności Zamawiający wydłuża termin rozpoczęcia świadczenia usług na 30 dni od podpisania umowy.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających konieczność aż 60 dniowego terminu liczonego od dnia podpisania umowy na rozpoczęcie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2012 r. KIO 1433/12.

Zamawiający uznaje, że termin rozpoczęcia świadczenia usług – 30 dni określa warunki realizacji usługi w sposób identyczny dla wszystkich potencjalnych wykonawców, nie preferując żadnego z nich, jak również nie dyskryminując żadnego z nich.

2), 3) Zamawiający nie podziela poglądu, że wskazane przez Zamawiającego kary umowne konstytuują zobowiązania niemożliwe do spełnienia. W związku z powyższym nie wyraża zgody na usunięcie kar umownych opisanych w § 6 ust. 1 lit. b) i lit. e) Załącznika nr

3 do SIWZ (Wzór umowy o świadczenie usług). Jednakże dla zapewnienia proporcjonalnego obciążenia wykonawców w stosunku do jego potencjalnych uchybień wyraża zgodę na następujące zmiany w zakresie kar umownych:

- zgodnie z § 6 ust. 1 lit. b) kary umowne będą naliczane:

b) w wysokości 0,01% maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 2 za niewywiązanie się z obowiązku wynikającego z § 1 ust. 3 za każdy dzień zwłoki.

- zgodnie z § 6 ust. 1 lit. e) kary umowne będą naliczane:

e) z tytułu niedotrzymania terminu na usunięcie uszkodzeń łączy zewnętrznych, w wysokości 0,01% maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 2 za każdą godzinę zwłoki.

Wysokość kar umownych objętych odwołaniem, po zmianie dokonanej przez Zamawiającego, została ustalona adekwatnie do szkody jaką może ponieść Zamawiający w wyniku zdarzeń, których kary dotyczą. Kary umowne są narzędziem wykorzystywanym przez Zamawiającego do mobilizowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy i dostosowane są przez Zamawiającego do zagrożeń, które mogą wystąpić po naruszeniu przez wykonawcę obowiązków umownych. Zwłoka w rozpoczęciu realizacji usługi dla Zamawiającego będącego uczelnią publiczną może powodować poważne straty. Kary te nie są nadmierne, wygórowane i są adekwatna do rzeczywistej szkody. Kara umowna określona w pkt e) jest liczona za każdą godzinę zwłoki z uwagi na fakt, że termin na usunięcie uszkodzeń łączy zewnętrznych jako kryterium oceny ofert, jest również określony w godzinach. Zamawiający jednocześnie zwrócił uwagę na orzeczenia KIO z dnia 28 września 2015 r. KIO 1897/15 oraz z dnia 2 września 2015 r. KIO 1806/15: *Izba nie może oceniać ewentualnego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego przez naruszenie zasad współżycia społecznego przy ustalaniu wysokości kar umownych. Wysokość kar umownych, w przypadku ich naliczenia, będzie mógł miarkować właściwy sąd powszechny i Izba nie jest upoważniona do ingerowania w kompetencje sądu. Niewątpliwie kary umowne są narzędziem wykorzystywanym przez Zamawiającego do mobilizowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy, a kary umowne w skarżonym projekcie umowy dostosował Zamawiający do zagrożeń, które mogą wystąpić po naruszeniu przez wykonawcę obowiązków umownych. Na tym etapie - przed przystąpieniem do realizacji umowy i wystąpieniem przesłanki do naliczenia kar umownych – nie można ocenić, czy ewentualna kara umowna będzie nadmierna, wygórowana i nieadekwatna do rzeczywistej szkody (którą Odwołujący zdaje się bagatelizować). Po drugie, w określeniu kar umownych, nawet na wysokim poziomie, nie można się dopatrzeć naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – kary umowne są określone jednakowo dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie ma kompetencji, aby oceniać, że doszło do „rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego” – Zamawiający,*

*prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jego organizatorem, „gospodarzem”, jego pozycja z natury jest uprzywilejowana, a umowa o wykonanie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny. Nawet, gdyby uprzywilejowanie Zamawiającego było – jak twierdzi Odwołujący – „rażące”, to w przepisach Prawa zamówień publicznych, których ewentualne naruszenie Izba bada, trudno dopatrzeć się podstawy do oceny stopnia uprzywilejowania Zamawiającego.*

**Odwołujący** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2016 r. – na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp – wniosek o umorzenie postępowania, wskazując że w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów, cofa zarzuty w pozostałym (nieuwzględnionym) zakresie. Wniósł o umorzenie postępowania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, bez ich obecności (niestawiennictwo), że zamawiający złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący cofnął pozostałe zarzuty w rozumieniu art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, jednakże z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a jedynie nie uwzględnił w całości żądań zawartych w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 3a ustawy Pzp stanowi o uwzględnieniu przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego. Określenia – uwzględnienie i cofnięcie – dotyczą zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a nie żądań zawartych w odwołaniu.

Zarzuty zostały przedstawione w odwołaniu w punktach 1-3 na str. 2/11 odwołania; natomiast żądania zostały zawarte w punktach 1-3 na str. 2/11 i 3/11 odwołania.

Zamawiający:

- 1) uwzględnił zarzuty dotyczące terminu rozpoczęcia świadczenia usług telefonicznych (punkty 1 i 2 zarzutów odwołania),
- 2) nie uwzględnił w pełni żądania – „minimum 60 dni od dnia zawarcia Umowy o zamówienie publiczne” (punkt 1 żądań odwołania), lecz wprowadził „termin rozpoczęcia świadczenia usług telefonicznych 30 dni od daty podpisania Umowy”;
- 3) uwzględnił zarzuty dotyczące kar umownych (punkt 3 zarzutów odwołania);
- 4) nie uwzględnił żądania usunięcia kar umownych (punkt 2 żądań odwołania), lecz uwzględnił żądanie alternatywne zawarte w odwołaniu (punkt 3 żądań odwołania) „modyfikację treści § 6 ust. 1 lit. b) i lit. e) Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy o świadczenie usług – przez obniżenie zastrzeżonych w nim kar umownych do następujących wysokości: (...)”.

Zamawiający obniżył kary umowne określone w § 6 ust. 1 lit. b) i lit. e) Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy o świadczenie usług: lit. b) – zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu; natomiast lit. e) – pozostawił „za każdą godzinę zwłoki”, zamiast żądania „za każdy dzień zwłoki”.

Zatem, zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, natomiast nie uwzględnił części żądań zawartych w odwołaniu, czyniąc jednakże zadość wymaganiom odwołującego.

W postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Ustalony stan faktyczny odpowiada normie prawnej wynikającej z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wobec wystąpienia ustawowych przesłanek uzasadniających umorzenie.

Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp, znosi się wzajemnie.

Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu – § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

**Przewodniczący: .....**