

Sygn. akt: KIO 1119/11

## POSTANOWIENIE

z dnia 3 czerwca 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **3 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 maja 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Exatel S.A. (pełnomocnik konsorcjum) ul. Perkuna 47, 04 -164 Warszawa oraz Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04 - 164 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00- 950 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **GTS Poland sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02 - 674 Warszawa,**  
- zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Exatel S.A. (pełnomocnik konsorcjum) ul. Perkuna 47, 04 -164 Warszawa oraz Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04 - 164 Warszawa.**

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Exatel S.A. (pełnomocnik konsorcjum) ul. Perkuna 47, 04 -164 Warszawa oraz Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usług transmisji danych” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20.04.2011 r. pod pozycją 2010/S 77 - 126623, w dniu 27 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: - konsorcjum w składzie: Exatel S.A. Telekomunikacja Polska S.A., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło na treść odpowiedzi do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na zapytanie wykonawcy nr 1, udzielonej przez zamawiającego dnia 17 maja 2011 r.

Wobec powyższej czynności odwołujący zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa – Ministrowi Sprawiedliwości - Ministerstwu Sprawiedliwości, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

- 1) art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ustawy, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający określenie rozmiaru i treści świadczenia, do którego spełnienia zobowiązany będzie wykonawca,
- 2) art. 144 ust. 1 ustawy, w związku z art. 140 ust. 1 ustawy, poprzez określenie możliwości dokonania zmian umowy oraz warunków zmian umowy w sposób, który powoduje, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy wykracza poza zakres jego zobowiązania zawarty w ofercie,
- 3) art. 67 ust. 1, art. 7, w związku z art. 41 ustawy, poprzez naruszenie ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania.

W związku z powyżej wskazanymi okolicznościami, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Sposób opisu przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie „zmian umowy,” które zmierzają *de facto* do udzielenia nowego zamówienia, skutkować będzie tym, że zamówienia takie będą podlegać unieważnieniu. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści,

które mógłby uzyskać realizując zamówienie.

Odwołujący podnosił, że dnia 17 maja 2011 r. zamawiający na zapytanie wykonawcy wyjaśnił, że, cyt: „podana w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt VI 3) wartość zamówienia uwzględnia 10% zmianę wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Wzoru Umowy, w wyniku zmian, o których mowa w pkt 1 Rozdziału XXVI i w § 4 ust. 9 Wzoru umowy, z zastrzeżeniem § 4 ust. 10 Wzoru umowy. Jednocześnie Zamawiający uprzejmie przypomina i wyjaśnia, że zgodnie z treścią SIWZ, oferta musi zawierać łączną ryczałtową wartość brutto (z VAT) w złotych dla całego przedmiotu zamówienia obliczoną za cały przedmiot zamówienia, którego szczegółowy opis, zakres przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 1 do Umowy - „Specyfikacja techniczna” dla jednostek organizacyjnych wskazanych w załączniku nr 2 do Umowy, tzn. Wykonawca w formularzu ofertowym o nazwie „Oferta” - załącznik nr 5 podaje łączną ryczałtową cenę oferty za cały przedmiot zamówienia, która nie uwzględnia 10 % zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Wzoru umowy.”

Z udzielonej odpowiedzi odwołujący wywiódł jednoznaczny w jego ocenie wniosek, że maksymalna kwota zobowiązania określona w umowie, ulegnie powiększeniu o 10 %, w stosunku do ceny łącznej podanej w ofercie.

Odwołujący wskazywał, że odpowiedź zamawiającego należy zestawić z postanowieniami rozdz. XXVI SIWZ oraz § 4 ust. 9 i 10 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z tymi postanowieniami wykonawca na pisemny wniosek zamawiającego dokona zmian w świadczonych usługach transmisji danych w okresie obowiązywania umowy, polegających na:

- a) zmianie lokalizacji łącza transmisji danych (przeniesienia łącza do innej lokalizacji) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej lokalizacji,
- b) uruchomieniu usług transmisji danych w nowej lokalizacji (dla wybranych wydziałów danego sądu, w związku ze zmianami struktury organizacyjnej sądu lub zmianą lokalizacji) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej lokalizacji,
- c) likwidacji łącza transmisji danych w danej lokalizacji w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej sądu,
- d) zwiększeniu (po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych) lub zmniejszeniu przepustowości łącza w danej lokalizacji, w związku ze zmianami, o których mowa w pkt a) lub b). Wymienione zmiany mogą stanowić podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Umowy, nie więcej jednak niż o 10% jego wysokości łącznie w okresie obowiązywania Umowy.

Z udzielonej odpowiedzi, powiązanej z cytowanymi postanowieniami umowy oraz SIWZ odwołujący wywiódł następujące wnioski:

- 1) Zamawiający wymaga, aby w ramach kwoty stanowiącej 10 % wartości zamówienia,

wykonawca zobowiązany był do spełnienia świadczeń opisanych w § 4 ust. 9 Wzoru umowy.

Odwołujący argumentował, że nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający chciał ustanowić swego rodzaju prawo opcji, to nie uwzględnił faktu, że opcja podlega reżimowi ustawy w momencie jej przyznania, a nie na etapie jej wykonania, w związku z czym niezbędne jest określenie z góry istotnych elementów dotyczących rozszerzonego zamówienia, a także sposobu w jaki nastąpi określenie zwiększonego wynagrodzenia z tytułu skorzystania z prawa opcji. Niedopuszczalne jest tutaj jakiegokolwiek negocjowanie warunków cenowych udzielanego w ten sposób zamówienia (Por. G. Wicik. P. Wiśniewski, w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 15.). Tymczasem Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, które co prawda określił rodzajowo, ale nie określił żadnych parametrów tych zamówień ani też nie wskazał, kiedy ze swojego uprawnienia skorzysta, a także przyjął, że cena udzielanego zamówienia będzie podlegać negocjacom. Brak określenia istotnych elementów przewidzianego w umowie 10 % zamówienia, w tym w szczególności sposobu określenia ceny świadczenia będącego przedmiotem takiego zamówienia, w ocenie odwołującego, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący podnosił, iż opisane powyżej zamówienie, które zostanie ujęte w umowie, wykracza w sposób oczywisty poza zakres świadczenia wykonawcy wynikający z oferty. Możliwość przewidzenia w SIWZ lub ogłoszeniu zmian zawartej umowy oraz warunków tej zmiany, nie może prowadzić do takich zmian umowy, które *de facto* stanowiąc będą udzielenie nowego zamówienia. Zastrzeżenie takiej możliwości stanowi zdaniem odwołującego, rażące naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 140 ust. 1 tej ustawy.

Zastrzeżenie udzielenia zamówienia, wykraczającego poza przedmiot postępowania zmierza w sposób jednoznaczny w kierunku obejścia przepisów art. 67 ust. 1 ustawy, jak twierdził odwołujący, określającego przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W przypadku udzielenia wyżej opisanego zamówienia, stanowiącego 10% zamówienia podstawowego, nie wystąpią ustawowe przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a nadto informacja o udzieleniu takiego zamówienia nie zostanie upubliczniona w sposób określony w ustawie. Umowa zawarta w wyniku tak przeprowadzonego postępowania będzie podlegać unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Reasumując, odwołujący zaznaczył, że Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki po spełnieniu ustawowych przesłanek. Podobnie Zamawiający może ustanowić w umowie prawo opcji, opisując w SIWZ i ogłoszeniu istotne elementy dotyczące rozszerzonego zamówienia. Wskazywał, że Zamawiający nie może stanowić własnych autonomicznych reguł udzielania zamówień, konkurencyjnych do ustawy oraz, że do analogicznych wniosków doszedł Prezes UZP, prowadząc kontrolę uprzednią postępowania, zakończonego jego unieważnieniem (informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 26

stycznia 2006 r. UZP/DK/KU/3/2006).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 maja 2011 r., pismem złożonym 1 czerwca 2011 r., w kopii przesłanym stronom postępowania, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca GTS Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który powołał się na swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, z uwagi na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę z najniższą ceną. Oddalenie odwołania wniesionego przez konsorcjum w składzie: Exatel S.A. Telekomunikacja Polska S.A., umożliwi tym samym zawarcie umowy o zamówienie publiczne pomiędzy uczestnikiem postępowania a zamawiającym. Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania względnie o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał co następuje.

I. Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania wskazuje rzekomą modyfikację treści SIWZ z dnia 17 maja 2011 r. Jednakże Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1 nie zmodyfikował treści SIWZ a jedynie podtrzymał jej dotychczasową treść. Oznacza to, iż odwołanie nie dotyczy czynności modyfikacji SIWZ w piśmie z dnia 17 maja 2011 r. (jak próbuje to wywieść Odwołujący), a postanowień SIWZ, z którymi Odwołujący zapoznał się wcześniej niż w dniu 17 maja 2011 r.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia i postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dz. U. UE. Tym samym odwołanie wniesione przez konsorcjum w składzie: Exatel S.A. Telekomunikacja Polska S.A. w dniu 27 maja 2011 r. podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

II. Z ostrożności procesowej Przystępujący wskazywał, iż odwołanie podlega oddaleniu z powodu braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i nie wykazania przez niego szkody jaką może ponieść. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Pomiedzy naruszeniem przepisów ustawy a naruszeniem interesu wykonawcy i wyrządzeniem szkody musi istnieć związek przyczynowo-skutkowy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, a Odwołujący nie wykazał interesu i szkody. Odwołujący złożył ofertę, a tym samym wyjaśnienia SIWZ z dnia 17 maja 2011 r. nie uniemożliwiły mu skalkulowania ceny, przygotowania i złożenia oferty. Zwrócił uwagę na fakt, iż oferta złożona przez Odwołującego jest dopiero trzecia pod względem cenowym. Domniemywać zatem należy, że wniesienie odwołania nie ma na celu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a jedynie dążenie do jego unieważnienia i rozpisania przetargu na nowo. Jeżeli bowiem Odwołującemu zależałoby na uzyskaniu zamówienia (a nie na unieważnieniu postępowania)

wniósłby odwołanie przed upływem terminu składania ofert i żądał by jego przesunięcia. Potwierdza to także okoliczność, iż zamawianą usługę aktualnie świadczy jeden z członków konsorcjum Odwołującego. Biorąc zatem pod uwagę, że Odwołujący prawdopodobnie nie uzyska przedmiotowego zamówienia oraz fakt, że dana usługa jest przez niego aktualnie świadczona, to w jego interesie jest przesunięcie terminu, w którym nastąpi zawarcie umowy z innym wykonawcą (do tego czasu to on będzie świadczył usługi). Jednakże interesu w unieważnieniu postępowania nie można utożsamiać z interesem, o którym mowa w art. 179 ustawy Pzp. Ponadto odwołujący w żaden sposób nie wykazał jaką poniósł lub może ponieść szkodę. Podsumowując Przystępujący stwierdził, że nie zaistniały przesłanki materialno-prawne uprawniające do korzystania ze środków ochrony prawnej, wniósł o odrzucenie względnie o oddalenie odwołania.

W oparciu o dokumentację akt postępowania: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, protokołu postępowania, Izba rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron ustaliła co następuje.

Termin składania ofert upłynął w dniu 26 maja 2011 r.

Oferty złożyło 4 wykonawców, oferta Przystępującego podaje najniższą cenę. Oferta konsorcjum Odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które powołuje się odwołujący mają następującą treść:

Rozdział XXVI SIWZ. Przewidywane możliwości dokonywania istotnych zmian w umowie i warunki wprowadzenia zmian.

1. Zapisy dotyczące możliwych zmian w okresie obowiązywania umowy.

Wykonawca na pisemny wniosek zamawiającego dokona zmian w świadczonych usługach transmisji danych w okresie obowiązywania umowy, polegających na:

- a) zmianie lokalizacji łącza transmisji danych (przeniesienia łącza do innej lokalizacji) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej lokalizacji,
- b) uruchomieniu usług transmisji danych w nowej lokalizacji (dla wybranych wydziałów danego sądu, w związku ze zmianami struktury organizacyjnej sądu lub zmianą lokalizacji) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej lokalizacji,
- c) likwidacji łącza transmisji danych w danej lokalizacji w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej sądu,
- d) zwiększeniu (po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych) lub zmniejszeniu przepustowości łącza w danej lokalizacji, w związku ze zmianami, o których mowa w pkt a) lub b).

Wymienione zmiany mogą stanowić podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Umowy, nie więcej jednak niż o 10% jego wysokości łącznie w okresie obowiązywania Umowy.

Wzór umowy, jako załącznik nr 1 do SIWZ w § 4 ust. 9 stanowi:

Wykonawca na pisemny wniosek zamawiającego dokona zmian w świadczonych usługach transmisji danych w okresie obowiązywania umowy, polegających na:

- a) zmianie lokalizacji łącza transmisji danych (przeniesienia łącza do innej lokalizacji) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej lokalizacji,
- b) uruchomieniu usług transmisji danych w nowej lokalizacji (dla wybranych wydziałów danego sądu, w związku ze zmianami struktury organizacyjnej sądu lub zmianą lokalizacji) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej lokalizacji,
- c) likwidacji łącza transmisji danych w danej lokalizacji w przypadku likwidacji jednostki organizacyjnej sądu,
- d) zwiększeniu (po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych) lub zmniejszeniu przepustowości łącza w danej lokalizacji, w związku ze zmianami, o których mowa w pkt a) lub b).

Ust. 10. Wymienione w ust. 9 zmiany mogą stanowić podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Umowy, nie więcej jednak niż o 10% jego wysokości łącznie w okresie obowiązywania Umowy.

W § 8 ust. 1 Wzoru Umowy, Zamawiający podał: „ Za przedmiot umowy określony w § 2 Umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości brutto.... zł, z zastrzeżeniem pkt d).”

W § 8 ust. 1 pkt d) Wzoru Umowy, Zamawiający podał: „Łączna wartość wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu umowy, przy uwzględnieniu zmian opisanych w § 4 ust. 10 nie przekroczy kwoty ..... zł.”

W formularzu oferty (zał. nr 5 do SIWZ) należało podać łączną ryczałtową cenę oferty za cały przedmiot zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20.04.2011 r. pod pozycją 2010/S 77 - 126623, sekcja VI podawało wartość zamówienia netto 92 847 479,67 zł. Zmiany ogłoszenia nr: 2011/S 80-130677, 2011/S 84-137018, 2011/S 97-158246 nie odnosiły się do zarzutów odwołania.

Pismem z dnia 6 maja 2011 r. Telekomunikacja Polska S.A. – uczestnik konsorcjum odwołującego zwracała się z zapytaniem: „Wobec tego, że Zamawiający przewiduje prawo opcji, ze sposobem opisanego prawa opcji wiąże się szereg wątpliwości, które rzutują na



sposób przygotowania oferty.” „W pkt XXVI ust. 1 SIWZ Zamawiający przewidział możliwość szeregu zmian w umowie, które mogą stanowić podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust.1 Umowy, nie więcej jednak niż o 10% jego wysokości łącznie w okresie obowiązywania umowy. Dalej we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ § 4 ust. 10, Zamawiający powtórzył postanowienia pkt XXVI ust. 1 SIWZ, stanowiące o możliwości podwyższania wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust.1 o 10%.”

Zdaniem Wykonawcy zachodzi sprzeczność cytowanych postanowień. Wykonawca stwierdził, że: „Poprawne wydaje się postanowienie zawarte w § 8 ust. 1 lit. d) wzoru umowy. Opcja podlega reżimowi Pzp w momencie jej przyznania, a nie na etapie jej wykonania, w związku z czym niezbędne jest określenie z góry istotnych elementów dotyczących rozszerzonego zamówienia.” Wykonawca zadał pytanie: „Czy w § 8 ust. 1 lit. d) wzoru umowy (Zamawiający) określi maksymalną kwotę zobowiązania z tytułu umowy, uwzględniającą prawo opcji opisane w pkt XXVI ust. 1 i § 4 ust. 10 wzoru umowy?

Na tak zadane pytanie, Zamawiający udzielił odpowiedzi nr 7 pismem z dnia 12 maja 2011 r. pisząc: „Przedmiotowe zamówienie nie przewiduje prawa opcji. W § 4 ust. 9 wzoru umowy Zamawiający przewidział zgodnie z przepisem art. 144 ust. 1 ustawy, możliwość dokonania istotnych zmian umowy, natomiast w § 4 ust. 10 Wzoru Umowy określił warunki takiej zmiany, przyznając Wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie. Postanowienie § 8 ust.1 lit. d ) Wzoru Umowy wynika z konieczności określenia w umowie maksymalnej wysokości zobowiązania Zamawiającego, wynikającego z umowy. Kwota ta będzie stanowiła równowartość podanej przez Wykonawcę ceny, powiększonej o 10%, zgodnie z § 4 ust. 10 Wzoru Umowy.”

Pismem z dnia 19 maja 2011r. wykonawca lider konsorcjum odwołującego - Exatel S.A. zwracał się o wyjaśnienie: Czy zmiany w świadczonych usługach transmisji danych, określone w § 4 ust. 9 Wzoru Umowy stanowią podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Wzoru Umowy, nie więcej jednak niż o 10% jego wysokości łącznie w okresie obowiązywania umowy? Czy Zamawiający dokona modyfikacji § 4 ust. 10 Wzoru Umowy, przez zmianę określenia „mogą stanowić podstawę” na „stanowią podstawę”? Czy Zamawiający określi jednoznacznie w § 4 ust. 10 Wzoru Umowy warunki uzyskania wynagrodzenia za zrealizowanie zmian określonych w § 4 ust. 9 Wzoru Umowy?

Na powyższe pytania zamawiający udzielił odpowiedzi pismem z dnia 20 maja 2011 r. o treści: „W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 12 maja 2011 r. Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, że w § 4 ust. 9 Wzoru Umowy, przewidział zgodnie z treścią art. 144 ust. 1 ustawy, możliwość dokonania istotnych zmian umowy, natomiast w § 4 ust. 10 Wzoru Umowy określił warunki takiej zmiany, przyznając Wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie. Postanowienie § 8 ust.1 lit. d ) Wzoru Umowy wynika z konieczności określenia w umowie maksymalnej wysokości zobowiązania Zamawiającego, wynikającego z umowy. Kwota ta

będzie stanowiła równowartość podanej przez Wykonawcę ceny, powiększonej o 10%, zgodnie z § 4 ust. 10 Wzoru Umowy.”

W piśmie z dnia 17 maja 2011 r., które odwołujący wskazał jako podstawę do wniesienia odwołania, Zamawiający wyraźnie podał, iż „Działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy (...) Pzp zmienia treść (...) SIWZ, tj. zmienia treść załącznika nr 2 do Umowy – „Adresy miejsca instalacji łączy oraz przepustowość i czas usunięcia awarii.” Jednocześnie Zamawiający w tym piśmie udzielił odpowiedzi na pytanie nr 1 wykonawcy o treści: „W związku z niejednoznaczną odpowiedzią na pytanie nr 7 z dnia 12 maja 2011 r. ponawiamy pytanie: „Czy w pkt VI 3) ogłoszenia Zamawiający podał wartość zamówienia z uwzględnieniem zmian wartości umowy o 10%, o której mowa w pkt XXV ust. 1 SIWZ oraz § 4 ust. 9 i § 8 ust. 1 Wzoru Umowy?” Pytający podnosił, że niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty.

W odpowiedzi Zamawiający podał, iż: „Podana w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt VI 3 wartość zamówienia uwzględnia 10% zmianę wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Wzoru Umowy, w wyniku zmian, o których mowa w pkt 1 rozdziału XXVI SIWZ i w § 4 ust. 9 Wzoru Umowy, z zastrzeżeniem § 4 ust. 10 Wzoru Umowy. Jednocześnie Zamawiający przypomniał oraz wyjaśnił, że zgodnie z treścią SIWZ, oferta musi zawierać łączną ryczałtową wartość brutto (z VAT) w złotych dla całego przedmiotu zamówienia, obliczoną za cały przedmiot zamówienia, którego szczegółowy opis, zakres znajduje się w załączniku nr 2 do Umowy.” Wykonawca w formularzu ofertowym o nazwie „OFERTA” zał. nr 5 do SIWZ, podaje łączną ryczałtową cenę oferty za cały przedmiot zamówienia, która nie uwzględnia 10% zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 Wzoru Umowy.

Zamawiający wysłał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w dniu 15 kwietnia 2011 r. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20.04.2011r. pod pozycją 2010/S 77 – 126623. Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu do upływu terminu składania ofert.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, Izba uznała w oparciu o przeprowadzone na posiedzeniu dowody, iż odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o treści której wykonawcy mogli powziąć wiadomość od daty jej udostępnienia na stronie internetowej Zamawiającego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia opatrzona jest datą 20 kwietnia 2011 r., a z protokołu postępowania wynika, że została zamieszczona na wskazanej stronie internetowej Zamawiającego w tym

samym terminie.

Odwołaniem zostały objęte zarzuty, iż wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 17 maja 2011 r. prowadzą do naruszenia przepisów art. 29 ust. 1, art. 7, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 140 ust. 1 tej ustawy. Ponadto art. 67 ust. 1, w związku z art. 41 ustawy Pzp oraz art. 93 tej ustawy.

Odwołujący nie stwierdził wprost, że nastąpiła modyfikacja postanowień SIWZ. Jednakże z treści odwołania można wywieść, iż jako podstawę wniesienia odwołania wskazuje rzekomą modyfikację treści SIWZ pismem z dnia 17 maja 2011 r. Zdaniem Izby, Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1 nie zmodyfikował treści SIWZ a jedynie podtrzymał jej dotychczasową treść, zawartą od początku w przytaczanych wyżej postanowieniach SIWZ i wcześniejszych wyjaśnieniach na ten sam temat. Oznacza to, iż odwołanie nie dotyczy czynności modyfikacji SIWZ w piśmie z dnia 17 maja 2011 r. (jak próbował to przedstawić Odwołujący), a postanowień SIWZ, z którymi wykonawca mógł zapoznać się wcześniej niż w dniu 17 maja 2011 r. W przekonaniu Izby, wynikającym z oceny przeprowadzonych na posiedzeniu dowodów, wymienione wyjaśnienia stanowiły jedynie powielenie informacji na temat dopuszczalnych zmian w umowie w trakcie realizacji zamówienia i związanych z tym rozliczeń, zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzorze umowy, w ogłoszeniu oraz w przytoczonych wyżej kolejnych wyjaśnieniach. Kwestionowanym wyjaśnieniem zamawiający nie wprowadził żadnych zmian i modyfikacji zarówno w SIWZ jak i w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (przy danej wartości zamówienia), wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dz. U. UE i zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego.

Od wymienionej wyżej daty publikacji SIWZ na stronie internetowej biegł termin na wniesienie odwołania, w którym Odwołujący mógł skutecznie ponosić zarzuty przytaczane w niniejszym odwołaniu. Upływ tego terminu w dniu 30 kwietnia 2011 r. spowodował, że zachodziły obligatoryjne przesłanki do odrzucenia odwołania przewidziane art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie wniesione przez konsorcjum w składzie: Exatel S.A. Telekomunikacja Polska S.A. w dniu 27 maja 2011 r. podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez jego merytorycznego rozpoznania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na

posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W oparciu o art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Rozstrzygnięcie jest zgodne z wnioskiem wykonawcy: GTS Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, - zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie regulacji zawartej w § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....