

Sygn. akt: KIO 1189/10

**WYROK
z dnia 30 czerwca 2010r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 14 czerwca 2010 roku wniesionego przez **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych przez podanie minimalnych parametrów technicznych telefonów komórkowych, będących przedmiotem zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57** na rzecz **PTK Centertel Sp. z o.o., 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 25 czerwca 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.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Najwyższa Izba Kontroli prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie dla Najwyższej Izby Kontroli usług telefonii komórkowej i usług przesyłu danych przez okres 48 miesięcy wraz z dostawą sprzętu do ich świadczenia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2010 roku pod poz. 2010/ S 106 -161352.

Odwołujący - PTK Centertel Sp. z o.o. wniósł w dniu 14 czerwca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie wskazując, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego uniemożliwia udział odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Odwołujący zarzucił naruszenie

1. art. 7 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
2. art. 7 oraz art. 139 ustawy, w związku z art. 353¹ i art. 384 § 2 Kodeksu cywilnego, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a mianowicie zawyżonych kar umownych

Odwołujący wskazał, że:

1. z postanowień siwz (załącznik nr 6 rozdział „Wymagania szczegółowe dotyczące świadczenia usług”) wynika, że zamawiający wymaga włączenia do biznes grupy (GZ – NIK) telefonów stacjonarnych zamawiającego, którego operatorem jest podmiot trzeci. Tymczasem sieć firmowa (biznes grupa) w praktyce dotyczy numerów telefonicznych posiadanych przez danego operatora, a nie numerów telefonów posiadanych przez podmioty trzecie. Dodatkowo zamawiający wymaga, aby rozmowy pomiędzy telefonami stacjonarnymi GZ- NIK a telefonami komórkowymi GZ – NIK (i odwrotnie) były kierowane przez łącza podłączone do centrali telefonicznej NIK. Podane w siwz załącznik nr 6 b numery publiczne należą do operatora stacjonarnego a w siwz nie ma mowy o migracji tych numerów do sieci wykonawcy, zatem odwołujący wskazał, że nie może świadczyć swoich usług posługując się numeracją innego operatora.

Wskazał, że po pierwsze zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800) Prezes UKE przydziela

numerację, zgodnie z planami numeracji krajowej dla sieci publicznych, w drodze decyzji, przedsiębiorcom telekomunikacyjnym i podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4 i 8, na ich wnioski.

Po drugie operator, którego numeracją posłużyłby się Odwołujący straciłby przychody z tytułu opłat interconnectowych, co może skutkować dalszymi reperkusjami wobec Odwołującego m. in. ze strony Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Po trzecie, by możliwe było świadczenie usług Centertelowych Zamawiający musi wykorzystywać numerację przyznaną na potrzeby usługi przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o modyfikację siwz.

2. z postanowień załącznika nr 6 do siwz pkt V wymagania szczegółowe dotyczące świadczenia usługi grupa zamknięta” ppkt 2 c, wynika, że zamawiający wymaga aby w przypadku awarii łączy zestawionych w ramach usługi połączenia w ramach GZ – NIK kierowane były przez publiczną sieć telekomunikacyjną. Zatem również w tym przypadku zamawiający wymaga, aby w przypadku awarii wykonawca świadczył swoje usługi na zasobach innego operatora. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego postanowienia.
3. postanowienie pkt 13.4 siwz, gdzie zamawiający wymaga, aby suma jednorazowych opłat nie przekraczała 5% wartości oferty, stanowi nieuzasadnioną ingerencję w sposób konstruowania oferty. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego postanowienia.
4. postanowienie pkt 3.21 siwz, gdzie zamawiający wymaga aby wykonawcy dostarczyli po jednym egzemplarzu każdego z oferowanych modeli telefonów oraz modemu (na okres próby do 14 dni) wraz z kartami SIM, celem dokonania testów, odwołujący uznał za nadmiarowe. Jego zdaniem do określenia czy telefony spełniają wymagania wystarczy posłużyć się specyfikacją producenta, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów i oświadczeń niezbędnych. Ponadto wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu przez oferowane urządzenia warunków określonych w siwz, testy telefonów nie mają znaczenia, bo jedynym kryterium wyboru oferty jest cena.
5. odwołujący wniósł o modyfikację postanowienia § 5 ust. 4 wzoru umowy, gdzie zamawiający żąda aby do kontaktu w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia wyznaczyć wszystkie osoby dedykowane do obsługi klientów kluczowych. W jego ocenie należy w umowie wskazać osoby odpowiedzialne za obsługę zamawiającego.
6. odwołujący wniósł o modyfikację postanowień § 11 ust. 1 w zw. z § 11 ust. 2 wzoru umowy, podnosząc, że określone tam kary umowy są rażąco wygórowane

i naruszają zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego. Z przywołanych postanowień wynika, że po 30 dniach opóźnienia wykonawca musi zapłacić 50 % wartości niedostarczonego sprzętu i 150% wartości całego sprzętu.

Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2010 roku w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów podanych w pkt 1, 2, 4 i 5 tj. w zakresie, w jakim zamawiający uwzględniając zarzuty zawarte w odwołaniu – dokonał zmian w siwz.
2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W zakresie zarzutu nr 1, zamawiający dokonał modyfikacji siwz załącznik 6, pkt V 2 i oraz załącznik nr 6 a pkt V 2 i. Wskazał, że wymaga od wykonawców podłączenia siedziby NIK w Warszawie do infrastruktury wykonawcy za pomocą 2 łącz PRA. Rozmowy z telefonów stacjonarnych w siedzibie NIK w Warszawie wykonywane na numery komórkowe należące do GZ - NIK przekazywane są przez centralę telefoniczną NIK za pomocą łącza PRA do sieci operatora. Posiadaczowi numeru służbowego komórkowego obierającego takie połączenie prezentowany jest numer telefonu, z którego zostało zainicjowane.

Dla połączeń z delegatur NIK zamawiający oczekuje, że w przypadku połączenia z telefonu stacjonarnego w dowolnej delegaturze NIK na telefon komórkowy w ramach GZ -NIK przez łącza PRA, zamawiający będzie posługiwał się pulą numerów przyznaną przez wykonawcę. Centrala w siedzibie NIK w Warszawie będzie wysyłać numer z tej puli do łącza operatora podstawiony w miejsce publicznego numeru stacjonarnego NIK, z którego następuje połączenie.

W przypadku połączeń z telefonów komórkowych w ramach GZ-NIK na telefony stacjonarne w dowolnej siedzibie NIK (Warszawa i delegatury) połączenie ma być przekazane za pośrednictwem łącza PRA do centrali telefonicznej NIK w Warszawie a następnie:

1. bezpośrednio na telefon w siedzibie NIK w Warszawie,
albo
- 2.do centrali telefonicznej jednej z delegatur NIK (po wcześniejszej zamianie numeru wirtualnego na rzeczywisty) która przekaże połączenie na docelowy numer.

W zakresie zarzutu nr 2 zamawiający uwzględnił zarzuty odwołującego i doprecyzował opis przedmiotu zamówienia, dokonując modyfikacji załącznika 6 oraz 6 a pkt V 2 c.

W zakresie zarzutu nr 3 zamawiający podtrzymał postanowienia siwz, podnosząc, że treść pkt 13.4 wskazuje sposób obliczenia „kosztów jednorazowych ponoszonych przez

wykonawcę po podpisaniu umowy”, czym innym jest zakwalifikowanie tych kosztów jako płatność jednorazowa albo płatność rozłożona na cały okres trwania umowy, czego dotyczy „uwaga” stanowiąca uzupełnienie pkt 13.4 siwz. Wyjaśnił, że zamawiający ogranicza wysokość kwoty płatnej jednorazowo po podpisaniu umowy do 5% wartości zaoferowanej ceny brutto, wykonawca, którego „koszty jednorazowe” przekroczą poziom 5% ma możliwość rozłożenia ich na płatności okresowe – ponoszone co miesiąc przez okres trwania umowy, co umożliwi pkt 10 wzoru formularza ofertowego.

W zakresie zarzutu nr 3 zamawiający uwzględnił zarzut i doprecyzował opis przedmiotu zamówienia, dokonując modyfikacji siwz. Wskazał, że uzasadnieniem wprowadzenia takiej zmiany jest możliwość zaoferowania telefonów, które wcześniej nie były dostępne na rynku. Zamawiający chce mieć możliwość ich weryfikacji przed dokonaniem wyboru konkretnych modeli, które mają zostać dostarczone.

W zakresie zarzutu nr 5 zamawiający uwzględnił zarzut i doprecyzował opis przedmiotu zamówienia, dokonując modyfikacji siwz w ten sposób, że wymaga wyznaczenia osób dedykowanych do obsługi zamawiającego w dni robocze w godzinach 8 - 16.

W zakresie zarzutu nr 6 zamawiający podtrzymał postanowienia wzoru umowy dotyczące kar umownych, wskazując że kara nie stanowi surogatu odszkodowania, o czym wprost stanowi art. 484 kc. Zatem nie musi ona odpowiadać wysokości potencjalnej szkody jaką może ponieść zamawiający. Ponadto wskazał, że wg dokonanego przez zamawiającego wyliczenia przy założeniu że telefony oferowane będą w cenie poniżej 1,22 zł brutto za 1 sztukę, wartość całego dostarczanego sprzętu powinna wynieść kilkanaście tysięcy złotych. Dla wartość sprzętu 15 000 zł, kara umowna za dzień opóźnienia wyniesie 750 zł a za ponad 30 dni 7 500. Nie są to kary rażąco wygórowane przy uwzględnieniu wartości całego zamówienia.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu oraz biorąc pod uwagę zgłoszone do protokołu rozprawy wyjaśnienia zamawiającego, Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 3 czerwca 2010 roku, to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) - tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) - tzw. „dużej nowelizacji”, zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji.

Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania a odwołujący, jako podmiot, który kwestionuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, utrudniające mu udział w przedmiotowym postępowaniu, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego postanowień załącznika nr 6 rozdział „Wymagania szczegółowe dotyczące świadczenia usługi”, Izba ustaliła, że zamawiający wymaga, aby wykonawca włączył wszystkie objęte postępowaniem numery telefonów komórkowych do GZ - NIK. Zamawiający dokonał zmiany postanowienia pkt V 2 i załącznika 6 oraz 6 a w ten sposób, że nadał mu brzmienie:

„dzwoniąc na telefony komórkowe NIK znajdujące się w GZ - NIK z łącz PRA, musi być zapewniona możliwość prezentacji numerów stacjonarnych z GZ-NIK, które są podłączone bezpośrednio do centrali w siedzibie NIK w Warszawie, natomiast pozostałe numery stacjonarne wymienione w załączniku nr 6 b do siwz mogą być zastępowane numerami (tzw. wirtualnymi) przyznanymi przez wykonawcę. Pula ta musi liczyć co najmniej 2 500 numerów (numeracja ciągła) z możliwością zastosowania numeracji skróconej”. Jednocześnie wskazał, że szczegóły dotyczące konfiguracji wybierania skróconego i prezentacji z numerem skróconym będą ustalane w momencie konfiguracji centrali telefonicznej w siedzibie NIK w Warszawie.

Zdaniem Izby, wskazana wyżej modyfikacja postanowień siwz, co prawda nie stanowi pełnego uwzględnienia zarzutów odwołującego, ale nie jest ona sprzeczna z przepisami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia, nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji i nie uniemożliwia odwołującemu złożenia oferty i udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że wymaga od wykonawców podłączenia siedziby NIK w Warszawie do infrastruktury wykonawcy za pomocą 2 łącz PRA, dzięki temu możliwe będzie prezentowanie numeru telefonu stacjonarnego dzwoniącego z siedziby NIK w Warszawie na jeden z telefonów komórkowych należących do grupy zamkniętej GZ - NIK. Zamawiający wyjaśnił, że taki sposób realizacji usługi jest aktualnie przez zamawiającego stosowany, co świadczy o tym, że brak jest powodów do twierdzenia, że nie jest on technicznie możliwy do zrealizowania.

Zamawiający, dokonując modyfikacji siwz w dniu 25 czerwca zrezygnował z konieczności prezentacji numerów telefonicznych stacjonarnych dzwoniących z delegatur NIK, w tym przypadku dopuścił posługiwanie się pulą numerów przyznanych przez wykonawcę (tzw. numerami wirtualnymi).

W ocenie Izby, argumentacja przedstawiona przez zamawiającego co do opisanego wyżej sposobu świadczenia usług jest w pełni zasadna, nie tylko ze względów ekonomicznych wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (koszty połączeń obsługiwanych przez operatora świadczącego dla NIK usługi telefonii stacjonarnej są wyższe) ale wynika także z jego uzasadnionych potrzeb i konieczności zapewnienia możliwości identyfikacji numeru, z którego przychodzi połączenie (co najmniej dla siedziby NIK w Warszawie), co usprawni komunikację między pracownikami NIK.

Dokonując modyfikacji pkt 2c załącznika 6 oraz 6 a (pismo z dnia 25 czerwca 2010 roku) w ten sposób, że wymaga się, aby „połączenia z wszystkich telefonów komórkowych GZ-NIK na wszystkie telefony stacjonarne w GZ - NIK (i odwrotnie) były kierowane przez łącza PRA podłączone do centrali telefonicznej w siedzibie NIK w Warszawie, a w przypadku awarii tych łącz odpłatnie poprzez publiczną sieć telekomunikacyjną obsługiwaną przez operatora świadczącego dla NIK usługi telefonii stacjonarnej”, zamawiający, co prawda nie uwzględnił żądania odwołującego, który domagał się wykreślenia postanowienia pkt 2 c załącznika 6 do siwz. Zamawiający przewiduje, że w przypadku awarii połączenia z telefonów komórkowych GZ - NIK będą odpłatnie kierowane przez publiczną sieć telekomunikacyjną obsługiwaną przez operatora świadczącego dla NIK usługi telefonii stacjonarnej, co zdaniem Izby gwarantuje, że wykonawca w przypadku awarii nie będzie świadczył usługi na zasobach innego operatora.

W pkt 13. 4 siwz zamawiający wymaga, aby suma opłat jednorazowych nie przekraczała 5 % wartości oferty. Jednocześnie zamawiający wskazał, że do kosztów jednorazowych należy zaliczyć koszty związane z dostawą telefonów komórkowych, modemów, koszty szkolenia pracowników, koszty przyłączenia telefonów stacjonarnych siedziby NIK w Warszawie i w delegaturach do grupy zamkniętej NIK oraz inne koszty organizacyjne i logistyczne związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia (płatne jednorazowo).

Zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy, zamawiający zapłaci wykonawcy koszty zakwalifikowane jako płatne jednorazowo po podpisaniu umowy, pozostałe koszty związane ze świadczeniem usług objętych umową zamawiający będzie pokrywał miesięcznie. Zdaniem Izby, taki sposób konstruowania sposobu zapłaty za realizację przedmiotu zamówienia nie narusza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i nie stanowi utrudnienia w przygotowaniu przez wykonawców ofert i skalkulowaniu ceny oferty. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązana do oszczędnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych ma prawo wymagać, aby sposób płatności za wykonanie przedmiotu zamówienia odpowiadał w pełni jego uzasadnionym potrzebom i oczekiwaniom. Izba uznała za wystarczające wyjaśnienie zamawiającego, że ograniczenie kwoty płatnej jednorazowo po podpisaniu umowy wynika z posiadanych środków na realizację tego zamówienia w bieżącym roku budżetowym i wynika z oszacowania wartości zamówienia, gdzie wg wyliczeń zamawiającego wysokość kosztów jednorazowych nie przekroczy 5 % wartości umowy. Stosowne oszacowanie wartości zamówienia zamawiający złożył do akt sprawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 3.21 siwz, gdzie zamawiający zastrzegł sobie prawo żądania od wykonawców dostarczenia po otwarciu ofert po jednym egzemplarzu testowym każdego z oferowanych modeli telefonów oraz modemów wraz z kartami SIM, celem dokonania testów, Izba stwierdziła, że modyfikacja dokonana przez zamawiającego w dniu 25 czerwca 2010 roku, w której zastrzegł prawo żądania dostarczenia po otwarciu ofert po jednym egzemplarzu testowym wybranych modeli: telefonów komórkowych z SIM, modemu GSM z SIM i akcesoriów spośród wszystkich zaoferowanych przez wykonawcę, nie stanowi pełnego uwzględnienia zarzutu odwołującego, który wskazywał, że ocena spełniania przez oferowane przez niego urządzenia warunków zawartych w siwz winna się odbywać w oparciu o oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Rozpoznając tę kwestię w granicach zarzutu podniesionego w odwołaniu, Izba zważyła, że uprawnienie zamawiającego do żądania wybranych modeli telefonów oraz modemów znajduje swoje źródło w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), który stanowi

podstawę do żądania od wykonawców, celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, próbek. W tym przypadku należy przyjąć, że wymóg dostarczenia testowych modeli telefonów oraz modemów stanowi swoistego rodzaju próbkę w oparciu o którą zamawiający dokona oceny zgodności z wymaganiami.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ opisał przedmiot zamówienia w zakresie dostawy telefonów komórkowych w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący. Wymagania dotyczące realizacji zamówienia w zakresie dostaw telefonów komórkowych zostały opisane za pomocą trzech przedziałów cenowych w załączniku nr 1 a do siwz (grupa A – telefony do 1499 zł, grupa B – od 1500 do 2 499 zł, grupa C – od 2 500 zł). Zamawiający nie podał w siwz żadnych minimalnych parametrów technicznych dla telefonów komórkowych, które mają być dostarczone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Brak w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego informacji o minimalnych wymaganiach w stosunku do przedmiotu zamówienia dotyczącego dostaw telefonów komórkowych, powoduje, że ocena zamawiającego wybranych próbek modeli telefonów, będzie oparta wyłącznie o kryteria subiektywne, nie opisane w siwz. Tymczasem obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny spełnienia wymagań technicznych oferowanego sprzętu wyłącznie w oparciu o kryteria i warunki podane wcześniej w siwz. Określenie przedmiotu zamówienia wyłącznie przez wskazanie przedziałów cenowych nie gwarantuje zamawiającemu uzyskania najlepszych efektów z posiadanych nakładów finansowych.

W związku z wykazaniem naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp przez podanie minimalnych parametrów technicznych telefonów komórkowych dla każdej ze wskazanych grup.

W zakresie zarzutu dotyczącego § 5 ust. 4 wzoru umowy, Izba stwierdza, że modyfikacja siwz w dniu 25 czerwca 2010 roku w pełni odzwierciedla oczekiwania odwołującego, bowiem zamawiający zgodnie z jego żądaniem wymaga wskazania w umowie jedynie osób dedykowanych do obsługi zamawiającego. Dodatkowo zamawiający określił godziny, w których osoby te winny być do dyspozycji zamawiającego. Wobec uwzględnienia w całości żądania odwołującego Izba uznała rozpoznanie tego zarzutu za bezprzedmiotowe.

Odnośnie § 11 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy, gdzie zamawiający określił kary umowne w razie opóźnienia w dostarczeniu sprzętu w wysokości 5 % całkowitej wartości brutto dostarczanego sprzętu za każdy dzień opóźnienia. W przypadku opóźnienia w dostawie trwającego powyżej 30 dni, zamawiający zastrzegł, że ma prawo odstąpić od zawartej umowy, a wykonawca jest wówczas zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 50

% wartości nie dostarczonego sprzętu. W tej sytuacji zamawiający zachowuje również prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 5 % całkowitej wartości brutto dostarczanego sprzętu za każdy dzień opóźnienia.

W ocenie Izby, ustalona kara umowna w ust. 1 § 11 wzoru umowy w wysokości 5 % całkowitej wartości brutto dostarczanego sprzętu za każdy dzień opóźnienia, która w przypadku wartości sprzętu 15 000 zł wynosi 750 zł za każdy dzień nie jest karą rażąco wygórowaną. Izba zwraca uwagę na okoliczność, że kara umowna przewidziana w ust. 2 § 11 wzoru umowy jest karą zastrzeżoną w sytuacji, gdy opóźnienie w dostawie trwa ponad 30 dni a zamawiający odstępuje od umowy. W przypadku wartości sprzętu wynoszącego 15 000 zł kara umowna przewidziana w ust. 2 wyniesie 7 500 zł (50 % wartości). Zamawiający zastrzegł, że w przypadku okoliczności o których mowa w ust. 2 tj. opóźnienia trwającego powyżej 30 dni wykonawca jest zobowiązany to zapłaty kary umownej w wysokości 50 % wartości niedostarczonego sprzętu oraz 5 % całkowitej wartości brutto dostarczanego sprzętu za każdy dzień opóźnienia.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że kumulacja kar umownych przewidzianych w ust. 1 i ust. 2 będzie miała miejsce w wyjątkowej sytuacji, gdy zamawiający odstąpi od umowy w wyniku opóźnienia trwającego powyżej 30 dni, Izba uznała, że przewidziana kara umowna jest karą adekwatną do zaistniałej okoliczności, w której zamawiający odstępując od umowy będzie pozbawiony możliwości realizowania przedmiotu zamówienia jakim są usługi telefonii komórkowej.

Izba wskazuje, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy prawo zamówień publicznych zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Należy mieć na uwadze, że zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Uznaje się zatem, że ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Kara umowna obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 k. c. Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenie postępowania dowodowego i przyspieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależyte wykonał zobowiązanie a przesłanką powstania roszczenia zamawiającego o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę, wynikającego z niedołożenia należytej staranności, w rozpatrywanych

okolicznościach sporu opóźnienia w dostawie sprzętu, bez którego usługa telefonii nie może być realizowana. Aby kara umowa wywierała zamierzony skutek, jej dolegliwość musi mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1431/08). Oceniając „dolegliwość” i adekwatność kary umownej Izba miała na uwadze wpływ nienależytego wykonania zamówienia (opóźnienia w dostawie) na realizację całości zamówienia.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko odwołującego, który zarzuca naruszenie art. 484 k. c. przez ustalenie nadmiernych, nieadekwatnych do rodzaju naruszeń kar umownych. Art. 484 § 1 k. c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody, zatem sama wysokość poniesionej szkody nie ma znaczenia dla możliwości dochodzenia zapłaty kary umownej. Kara umowna może stanowić nie tylko surogat odszkodowania, jej celem może być również skłonienie dłużnika do wykonania swego zobowiązania (funkcja prewencyjno -odszkodowawcza).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp przez podanie minimalnych parametrów technicznych telefonów komórkowych dla każdej ze wskazanych grup.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy 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:

.....