

Sygn. akt: KIO 1123/10

WYROK
z dnia 25 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Najwyższa Izba Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57,** przy udziale wykonawcy **Crowley Data Poland Sp. z o. o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciążyć Najwyższa Izba Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Najwyższa Izba Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57** na rzecz wykonawcy **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706 i Nr 223, poz. 1778) 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, Departament Gospodarczy, Wydział Teleinformatyki, ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telefonii stacjonarnej i usług przesyłu danych.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

28.05.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 155279-2010-PL (2010/S 102-155279).

07.06.2010 r. wykonawca Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie na niewłaściwe sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 29 Pzp.

Argumentacja odwołującego

I. Zamawiający ustalił terminy rozpoczęcia świadczenia usług przez wskazanie na konkretne daty kalendarzowe. Zgodnie z treścią specyfikacji (załącznik nr 11, § 2.1.1) wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usług telefonii stacjonarnej we wszystkich lokalizacjach między 16 a 30 września 2010 roku. Dodatkowo wykonawca został zobowiązany do skonfigurowania i uruchomienia usługi sieci WAN w terminie do 25 października 2010 roku (załącznik nr 6, pkt II).

Wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi jest jedną z kluczowych decyzji zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na usługi telekomunikacyjne.

Obecne postanowienia specyfikacji w istotny sposób naruszają wyrażoną w art. 29 ust. 2 Pzp regułę uczciwej konkurencji. Wskazywanie konkretnej, kalendarzowej daty rozpoczęcia realizacji umowy, bez wiedzy uczestników postępowania na temat faktycznego terminu zakończenia postępowania i tym samym bez wiedzy na temat terminu podpisania umowy, jest niedopuszczalne.

Takie działanie zamawiającego pozbawia wykonawców wiedzy na temat okresu, jakim będą dysponować na przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usług (nie jest znany

termin podpisania umowy). Działanie to naraża także wykonawców na ryzyko zapłaty rażąco wysokich kar umownych wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usług. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lipca 2008 r. dotyczący analogicznej sytuacji (sygn. akt: KIO/UZP 707/08): »Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty [...] rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie. [...]. Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji [...] specyfikacji [...], przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi „w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy”«.

Biorąc pod uwagę wyznaczony obecnie termin na składanie ofert odwołujący podnosi także zarzut wyznaczenia zbyt krótkich terminów na uruchomienie świadczonych usług, a wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usług istotnie godzi w zasadę uczciwej konkurencji zawartą w art. 7 Pzp, uniemożliwiając innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, świadczenie usług.

W przywołanym powyżej wyroku Izba stwierdziła także: »Wyznaczenie terminu rozpoczęcia usługi po zawarciu umowy, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie, winien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne (w tym na rzecz zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę sieciową, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą zawierać umowy dzierżawy łącza od firm, będących ich właścicielami czy dysponentami. W przeciwnym wypadku zostałby naruszony art. 7 ust. 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia.

Wyrok Zespołu Arbitrów z 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07, UZP/ZO/0-1031/07, UZP/ZO/0-1044/07) zawiera tezę, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację usług telekomunikacyjnych jest faktycznie preferowaniem dotychczasowego dostawcy i jest tym samym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Podobnie wyrok KIO z 22 lipca 2009 roku (sygn. KIO/UZP 874/09). Izba przychyliła się do zarzutu odwołującego, iż wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi telekomunikacyjnej jest naruszeniem art. 29 Pzp. W przywołanym postępowaniu stwierdzono, iż nawet przy świadczeniu usług przez dzierżawę łącza od innego operatora, czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności prowadzących do dzierżawy, musi być uwzględniony przez zamawiającego.

Działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, przez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy. Ponadto wadliwe wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług zmusza wykonawców do wzięcia pod uwagę, przy określaniu wysokości oferty, kosztów ewentualnych kar umownych. Należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 44 **ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych** wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zarazem art. 17 **ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych** stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Zakres zamówienia, obejmującego 17 lokalizacji, wymaga określenia co najmniej kilkumiesięcznego terminu na rozpoczęcie realizacji usług od daty podpisania umowy (budowa infrastruktury, zawarcie koniecznych umów, uzyskanie zgód i zezwoleń). Wyznaczenie krótszych terminów uniemożliwi zamawiającemu obniżenie kosztów świadczenia usług, choć na rynku usług telekomunikacyjnych nabywanych w zamówieniach publicznych można zaobserwować stały spadek cen sięgający w wielu postępowaniach nawet ponad połowy wartości przedmiotu zamówienia. Na marginesie można zauważyć, iż postępowanie jest powtórzeniem postępowania unieważnionego przez zamawiającego wskutek niewpłynięcia żadnej oferty. Zamawiający ponownie opisuje przedmiot zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty.

Zarzut wadliwego wyznaczania przez zamawiającego terminów kalendarzowych oraz zbyt krótkich terminów na uruchomienie usług obejmuje także inne terminy określone w specyfikacji.

Odwołujący wnosi o zmianę opisu przedmiotu zamówienia przez określenie 4-miesięcznego terminu na uruchomienie usługi od daty podpisania umowy.

II. Zamawiający w treści specyfikacji wskazał (załącznik nr 5, punkty 3 i 4), iż wykonawca może rozpocząć prace konfiguracyjne najwcześniej 18.10.2010 r., natomiast dzień 24.10.2010 r. jest ostatecznym dniem podpisania protokołu odbioru pierwszej części testów łączny dostępowych z routerami CE oraz łączny zapasowych. Druga część testów akceptacyjnych (po podłączeniu routerów CPE) zgodnie ze specyfikacją ma nastąpić do dnia 31.10.2010 r.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazuje na powyżej podniesioną niedopuszczalność wyznaczania terminów kalendarzowych. Ponadto wykonawca zwraca uwagę, iż daty 24 i 31.10.2010 r. przypadają w dni ustawowo wolne od pracy, co uniemożliwia podpisanie

wymaganych protokołów w podanym terminie. Zgodnie z postawionymi warunkami wykonawca faktycznie będzie dysponował jedynie pięcioma dniami roboczymi (od 25 do 29.10.2010 r.) na konfigurację i testy działania usług, gdyż dopiero po włączeniu sieci wykonawcy do urzędzeń CPE można przeprowadzić wymagane konfiguracje i testy. Biorąc pod uwagę wielkość i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia, takie warunki świadczenia usług tworzą niezwykle wysokie ryzyko opóźnień po stronie wykonawcy i praktycznie wymuszają na wykonawcy konieczność uwzględnienia zapłaty kar umownych za opóźnienie w wykonaniu zadania przy szacowaniu wysokości składanej oferty.

Zamawiający przerzuca na wykonawców potrzebę niezwłocznego uruchomienia usług, pomimo iż to zamawiający opisując wadliwie przedmiot zamówienia w pierwszym, unieważnionym postępowaniu doprowadził do obecnej sytuacji.

Odwołujący wnosi o zmianę treści specyfikacji przez odpowiednie wydłużenie terminów na przeprowadzenie testów przed uruchomieniem usług.

III. W treści specyfikacji (załącznik nr 5 do, pkt 4.1 oraz w załącznik nr 13) zamawiający wskazał, że wykonawca musi dostarczyć do 10.10.2010 r. scenariusze testów, których akceptacja przez zamawiającego musi być potwierdzona pisemnie. Wykonawca zwraca uwagę na to, iż dzień 10.10.2010 r. jest dniem ustawowo wolnym od pracy.

Zamawiający nie określił daty, do której powinien podpisać akceptację proponowanych testów, co w oczywisty sposób może uniemożliwić ich przeprowadzenie w wymaganych terminach. Wykonawca nie może pozostawać w niepewności co długości trwania okresów istotnych dla prawidłowego wykonania umowy. Zgodnie z art. 29 Pzp opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący.

Odwołujący żąda zmiany treści specyfikacji w powyżej przytoczonym zakresie.

IV. W treści specyfikacji występują niezgodności w zakresie wyznaczonych terminów. Przykładowo, skoro testy akceptacyjne (rozdrukowe) będą prowadzone przez strony do 31.10.2010 r., to niezrozumiałym jest żądanie uruchomienia usługi do dnia 25.10.2010 r. Ponadto zgodnie z treścią załącznika nr 13 do specyfikacji (§ 2, pkt 1.6) zamawiający wymaga, aby wszystkie prace instalacyjno-konfiguracyjne zostały zakończone do 01.10.2010 r., co jest datą niespójną z podawanym wcześniej terminem 18.10.2010 r., w którym nastąpi rozpoczęcie konfiguracji routerów CPE.

V. W treści wzoru umowy (załącznik nr 13, §2, pkt 1.20) określono, iż każde zgłoszenie Zamawiającego wykonawca jest zobowiązany traktować jako awarię. Postanowienie to nie jest precyzyjne, a może także oznaczać przenoszenie na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych (jak za awarię), nawet w sytuacjach, które takiej odpowiedzialności nie

uzasadniają (przykładowo informacja zamawiającego o niedostarczeniu faktury). Odwołujący żąda doprecyzowania specyfikacji w zakresie zdefiniowania pojęcia awarii.

VI. Zgodnie z punktem 3.2.3 specyfikacji na okres dwóch miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usług wykonawca winien zapewnić zapowiedzi głosowe o zmianie numeracji na byłych numerach telefonicznych zamawiającego. Zamawiający obecnie korzysta w delegaturach z numerów analogowych oraz BRA. Zgodnie ze specyfikacją po rozpoczęciu wykonywania umowy całość usług świadczona będzie w oparciu o technologię ISDN PRA. Tym samym żądanie świadczenia usługi zapowiedzi głosowej na numerach nieaktywnych, nieobsługiwanych przez wykonawcę jest niemożliwe.

Odwołujący żąda zmiany treści specyfikacji w tym zakresie.

VII. Treść załącznika nr 11 (§ 2 pkt 5) stwierdza, iż połączenia pomiędzy wskazanymi lokalizacjami są rozliczane w ramach abonamentu bez dodatkowych opłat. Zamawiający jednak nie precyzuje w treści specyfikacji, czy podane przez niego liczby minut międzystrefowych dla poszczególnych lokalizacji obejmują także ruch pomiędzy lokalizacjami. Brak tej informacji pozbawia wykonawców możliwości prawidłowego przygotowania oferty lub też naraża zamawiającego na nieporównywalność ofert (przy różnych interpretacjach niejasnych postanowień).

Odwołujący żąda doprecyzowania specyfikacji w tym zakresie.

VIII. Treść załącznika nr 11 w § 4.2 stwierdza:

Jeżeli liczba usuniętych awarii i usterek, o których mowa jest w § 2 ust. 1 pkt 10 umowy, wyniesie więcej niż 4 (cztery) w ciągu jednego miesiąca kalendarzowego, a przyczyny tych awarii i usterek leżały po stronie wykonawcy, zamawiającemu przysługuje prawo rozwiązania umowy z zachowaniem sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia. Bieg terminu wypowiedzenia rozpoczyna się od ostatniego dnia miesiąca, w którym oświadczenie o wypowiedzeniu zostało złożone. Oświadczenie o wypowiedzeniu wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Oświadczenie o wypowiedzeniu nie może być złożone później niż 30 dni po wystąpieniu ostatniego zdarzenia uzasadniającego wypowiedzenie umowy.

Zamawiający nie precyzuje zarazem szczegółowo pojęcia awarii i usterek - tym samym przesłanką wypowiedzenia umowy objęte mogą być zarówno poważne uchybienia w świadczeniu usług, jak i drobne zdarzenia typowe dla specyfiki usług telekomunikacyjnych. Więcej, możliwym jest także takie typowe zdarzenie, jak awaria jednego urządzenia, skutkująca brakiem możliwości świadczenia, co najmniej kilku usług przez wykonawcę. Przytoczone postanowienie specyfikacji jest niejednoznaczne i naraża wykonawców na

nadmierne ryzyko rozwiązania umowy bez istotnych, z rynkowego punktu widzenia, przyczyn. Usługa telekomunikacyjna, będąca rodzajem świadczenia ciągłego, obejmuje, szczególnie w tak dużym zamówieniu, szereg funkcjonalności.

Usługodawca telekomunikacyjny ponosi istotne koszty inwestycyjne związane z rozpoczęciem świadczenia usługi, które są następnie zwracane w trakcie wykonywania umowy. Dlatego szczególnej ochronie, z punktu widzenia podmiotów telekomunikacyjnych, powinna podlegać trwałość stosunku prawnego nawiązanego pomiędzy stronami umowy. Jedynie precyzyjny opis warunków wykonywania umowy pozwala wykonawcom na dokonanie prawidłowej kalkulacji uwzględniającej zwrot całości poniesionych przez wykonawcę kosztów. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 13 września 2005 r. (sygn. V Ca 1110/04): „wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że postanowienia projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie”.

Ponadto § 6 ust. 2 projektu umowy stanowi: „Jeżeli opóźnienie w rozpoczęciu przez wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań określonych w § 2 ust. 1 pkt 1, 2, 3 lub nie realizowanie tychże zobowiązań w trakcie obowiązywania umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wynosi więcej niż 2 (dwa) dni, zamawiającemu przysługuje prawo rozwiązania umowy i prawo żądania kary umownej w wysokości 20% sumy cen brutto (COT) oferty z dnia _ _ _ _ 2010 r. stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy. Za usługi wykonane prawidłowo do chwili rozwiązania umowy przez zamawiającego, wykonawcy należy się wynagrodzenie wynikające z umowy”.

Postanowienie to, w zestawieniu z omówionym w punkcie I odwołania, nierealistycznym, wadliwie wyznaczonym terminem rozpoczęcia świadczenia usług, naraża wykonawców na nieakceptowalne ryzyko rozwiązania umowy w trakcie finalizowania etapu inwestycyjnego. Odwołujący zwraca uwagę, iż wyżej przytoczone postanowienie wprowadzające – nieproporcjonalne do stopnia zawinienia wykonawcy – sankcje w istocie podnosi znacznie koszt świadczenia usług, opłacany finalnie przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty odwołujący żąda doprecyzowania treści specyfikacji w zakresie powyżej opisanym.

IX. W treści punktu 3.13 specyfikacji, zamawiający poinformował, iż nie jest wyłącznym właścicielem niektórych budynków, w których znajdują się terenowe jednostki NIK i tym samym może zaistnieć konieczność uzyskania przez wykonawcę zgód administratorów na

przeprowadzenie prac instalacyjnych. Odwołujący podnosi, iż do obowiązków zamawiającego winno należeć zapewnienie możliwości uruchomienia usług w siedzibach wskazanych w specyfikacji. Zamawiający zarazem nie powinien nakładać na wykonawcę odpowiedzialności odszkodowawczej w przypadku braku możliwości świadczenia usług z powodu braku zgód przywołanych powyżej.

Odwołujący żąda zmiany Specyfikacji w tym zakresie.

X. Zamawiający w treści specyfikacji (przykładowo kryteria oceny ofert) różnicuje połączenia telefoniczne na dokonywane do odbiorców w krajach UE oraz poza obszarem UE. Zamawiający nie precyzuje jednak, czy powyższe połączenia dotyczą tylko połączeń na telefony stacjonarne, czy również na telefony komórkowe. Koszt połączeń międzynarodowych na telefony stacjonarne i komórkowe jest zasadniczo różny. Brak precyzji zamawiającego w tym zakresie skutkować może nieporównywalnością ofert w zależności od przyjętego sposobu obliczania ceny w tym zakresie.

Odwołujący wnosi o doprecyzowanie specyfikacji.

XI. Odwołujący żąda uzupełnienia specyfikacji w zakresie dotyczącym kar umownych określonych w § 6 załącznika nr 13 do specyfikacji (projekt umowy). Usługi świadczone na rzecz Zamawiającego obejmują, obok usług podstawowych, także świadczenie usług transmisji danych po łączach zapasowych. Tym samym uzasadnionym jest wyłączenie wprost odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy sytuacji czasowego uruchomienia łącza zapasowego w związku z zaistniałą awarią łącza podstawowego.

Odwołujący proponuje, by wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej obejmowało pierwsze 8 godzin działania łącza zapasowego (czas na usunięcie awarii i uruchomienie łącza podstawowego).

XII. Zamawiający w punkcie 12.2 Specyfikacji żąda podania oferowanych cen z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Odwołujący przytacza w tym zakresie treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 czerwca 2008 roku (sygn. KIO/UZP 504/08): „Powyższe postępowanie wykonawcy [...] świadczy o złożeniu oferty z błędnie wyliczoną ceną i niezgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim. Stosownie do dyspozycji art. 31 przywołanej ustawy znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze, wobec obowiązującego systemu dziesiętnego cena podlega określeniu z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Podanie ceny z dokładnością trzech lub więcej miejsc po przecinku nie odnosi skutku prawnego.

Odwołujący wnosi o zmianę wadliwej specyfikacji w tym zakresie.

XIII. Zamawiający wadliwie określił przesłanki zmiany umowy określone w punkcie 16.5.2 specyfikacji. Postanowienie zezwalające na zmianę zakresu wykonywanych prac jest postanowieniem zbyt ogólnym, niedopuszczalnym na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Postanowienie to pozwala na praktycznie każdą modyfikację treści oferty złożonej przez wybranego wykonawcę w zakresie jego obowiązków (w szczególności zmniejszenie obowiązków przy pozostawieniu niezmiennego wynagrodzenia). Postanowienie to narusza art. 7 Pzp.

Odwołujący żąda zmiany treści punktu 16.5.2 specyfikacji.

XIV. Zamawiający w treści specyfikacji (przykładowo § 2 załącznika nr 11) informuje, iż w 13 lokalizacjach użytkowane centrale PABX nie mają możliwości podłączenia łączy ISDN PRI. Wykonawca został zobowiązany do zastosowania odpowiednich rozwiązań technicznych celem wykonania usługi pomimo powyższego zastrzeżenia. Zamawiający nie precyzuje zarazem warunków wykonania tej dodatkowej usługi (jakie minimalne warunki, parametry ma spełniać PABX po czynności zastosowania odpowiedniego rozwiązania technicznego).

Zamawiający żąda doprecyzowania specyfikacji.

XV. Zgodnie z treścią § 3 pkt 10 załącznika nr 11, datą płatności wynagrodzenia wykonawcy jest data obciążenia rachunku zamawiającego. Zamawiający pomija utrwaloną praktykę obrotu gospodarczego popartą orzecznictwem sądów, zgodnie z którą wykonanie zobowiązania następuje z chwilą wpływu środków na rachunek bankowy wierzyciela, a nie z chwilą obciążenia rachunku odbiorcy.

Odwołujący wnosi o zmianę treści specyfikacji w tym zakresie.

XVI. W obu wzorach umów (załącznik nr 11 i 13) w § 6 zamawiający przewidział rażąco wysokie kary umowne. Dla przykładu w przypadku opóźnienia w uruchomieniu całości usług o 10 dni zamawiający naliczy karę umowną o wartości 25% wartości całej umowy za okres 48 miesięcy. Zarazem umowa nie przewiduje zapłaty kar umownych przez zamawiającego.

Kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 481 § 1 Kc) prowadziłyby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (wyrok SN z 17 marca 1988, IV CR 58/88, LEX 8867). Zgodnie z Kodeksem cywilnym kara umowna ma charakter odszkodowawczy, a nie prewencyjny. Ustalając wysokość kar umownych strony powinny brać pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter. Tezę taką wyrażono przykładowo w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07): „W zakresie zarzutu

dotyczącego wysokości kar umownych Zespół Arbitrów zauważa, iż zgodnie z kodeksem cywilnym kara umowna ma charakter odszkodowawczy, kompensacyjny a nie prewencyjny jako silny środek oddziaływania na niesolidnych wykonawców, zapewniający należyte wykonanie umowy. Obecne postanowienia specyfikacji nie oddają charakteru odszkodowawczego tej instytucji prawa cywilnego. W sytuacji, gdy kara umowna równa się, bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 1 Kc (*vide*: wyrok SN z 20 maja 1980 r. I CR 229180, OSNC 1980/12/243). Należy pamiętać, iż zastrzeżenie kary umownej podlega kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych (art. 58 Kc), jak i zakresu swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353¹ Kc). W konkretnych okolicznościach żądanie kary umownej może zostać uznane za sprzeczne z tymi zasadami. Żądanie kar umownych jedynie od wykonawcy nie znajduje żadnego uzasadnienia w charakterze stosunku prawnego łączącego strony w tej umowie. Takie działanie zamawiającego jest niedopuszczalne. Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji w ramach postępowania, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony prawa. Należy ponownie przypomnieć, iż: Jakkolwiek pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”.

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień dotyczących kar umownych przewidzianych w projekcie umowy powołując się na postulat równości pozycji stron zawieranej umowy.

Biorąc pod uwagę rażącą wysokość, zapisanych w projektach umów, kar umownych, w ocenie odwołującego uzasadnionym jest zmniejszenie wysokości kar do 2% wartości.

XVII. Zgodnie z § 3 ust. 5 projektu umowy (załącznik nr 11) zamawiający przewiduje tzw. optymalizację cen polegającą na zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy pod rygorem skorzystania przez zamawiającego z uprawnienia do rozwiązania umowy z winy wykonawcy. Należy zauważyć zarazem, iż wykonawca uprawnienia do rozwiązania umowy w ramach powyższej procedury nie posiada.

Postanowienie dotyczący procedury optymalizacji cen w sposób rażąco narusza interesy wykonawców. Świadczenie przez wykonawcę usługi opisanej w umowie wiąże się z poniesieniem określonych kosztów inwestycyjnych. Wykonawca ma prawo, co zostało omówione powyżej, oczekiwać stabilności trwania umowy, jak i stabilności wysokości swojego wynagrodzenia. Możliwość uzyskiwania na rynku w kolejnych latach trwania umowy takich samych usług za mniejszą cenę np. z powodu zmian technologicznych, czy też zmian cen sprzętu, nie powinna mieć wpływu na istniejący już stosunek prawny. Raz poczynione

wydatki inwestycyjne nie mogą być ponoszone przez wykonawców ponownie w mniejszym stopniu.

Jest oczywistym, iż w perspektywie czterech lat będą na rynku następowały zmiany umożliwiające odmienne kształtowanie cen, jednak sytuacja ta, przyszła i niepewna, nie może wpływać na zakres wynagrodzenia wykonawcy.

Wykonawca ma prawo do skalkulowania, przed złożeniem oferty, spodziewanych kosztów świadczenia usługi oraz spodziewanego zysku. Nie jest rolą zamawiającego kształtowanie, po zawarciu umowy, stopnia rentowności usługi z punktu widzenia wykonawcy. Zamawiający wprowadza niedookreśloną procedurę celem faktycznie jednostronnego (przez uprawnienie do rozwiązania umowy) wpływania na wynagrodzenie wykonawcy. Analizowane postanowienia rażąco naruszają art. 29 Pzp przez świadome niedookreślenie warunków wykonywania zamówienia. Należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 lutego 2010 r. analizując podobne postanowienia umowy stwierdziła, iż „Przeniesienie ustalenia wynagrodzenia (ceny usługi) przez zamawiającego i wykonawcę na etap po zawarciu umowy prowadziłoby w istocie do ustalania wynagrodzenia (ceny) zależnego od woli samych stron, z pominięciem mechanizmu konkurencji, a i zasady równości, ponieważ żaden inny wykonawca, który złoży ofertę w tym postępowaniu nie będzie już mógł złożyć swojej oferty i konkurować z ofertą, jaką złoży wykonawca – strona umowy – zamawiającemu. (...Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący wnosi o wykreślenie w całości przytaczanych powyżej postanowień umowy dotyczących procedury optymalizacji cen.

07.06.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

07.06.2010 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

10.06.2010 r. wykonawca Crowley Data Poland Sp. z o.o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu – pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego (art. 185 ust. 2 Pzp).

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego, złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z regułami obowiązującymi po wejściu w życie, w szczególności przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut I – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp¹ przez wskazanie bardzo bliskiej, określonej kalendarzowo daty rozpoczęcia świadczenia usługi bez wskazania daty zakończenia postępowania – jest zasadny.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający posiada umowy ważne do 30 września 2010 r. na telefony stacjonarne i do 31 października 2010 r. w zakresie WAN. W związku z tym zamawiający w listopadzie 2009 r. wszczął postępowanie, jednak mimo 96 zapytań i odpowiedzi, 8 protestów i jednego odwołania po zweryfikowaniu specyfikacji, w uprzednim postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta, co zmusiło zamawiającego do unieważnienia postępowania i wszczęcia kolejnego, obecnego postępowania, którego ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28.05.2010 r. Jednak mimo późniejszego o około pół roku wszczęcia kolejnego postępowania, zamawiający nie przesunął terminu rozpoczęcia świadczenia usługi i nie dokonał zmian w uprzedniej specyfikacji.

¹ **Art. 29. [opis przedmiotu zamówienia]**

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający musi brać pod uwagę taki czynnik, jak okres czasu konieczny na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi. Jeżeli okres ten jest obiektywnie dostatecznie długi, czynnik ten nie ma znaczenia. Odwołujący i przystępujący wskazali, że taki okres w tym konkretnym postępowaniu wynosi około 4 miesiące i wobec tego ci wykonawcy nie kwestionowali okresu na przygotowanie do świadczenia usługi w uprzednim postępowaniu, gdyż zamawiający wszczął uprzednie postępowanie na prawie rok przed wskazanym terminem rozpoczęcia świadczenia przedmiotu zamówienia.

Strony zgodnie przyznały, że przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usługi jest dosyć skomplikowane i musi trwać dłuższy czas.

Jednak w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie wziął pod uwagę czynnika wpływającego czasu między kolejnymi wszczęciami postępowań i pozostawił termin rozpoczęcia świadczenia przedmiotu zamówienia określony datami kalendarzowymi bez zmian w stosunku do poprzedniego postępowania.

W przypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece zmieniają się i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy obecnie świadczącego zamawianą usługę.

Na marginesie Izba zaznacza, że zamawiający nie może się powoływać na to, że jakiś element specyfikacji był w innym postępowaniu niekontrowersyjny, gdyż każde postępowanie należy traktować w najwyższym stopniu indywidualnie, a w szczególności z uwzględnieniem wpływającego czasu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Podobne stanowisko zajęły Zespół Arbitrów i Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanych przez odwołującego wyrokach z 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07, UZP/ZO/0-1031/07, UZP/ZO/0-1044/07), z 22 lipca 2009 r. (KIO/UZP/874/09).

Dlatego Izba uznaje zarzut I za zasadny i stwierdza, że zamawiający powinien zmodyfikować w tym zakresie specyfikację przez precyzyjne określenie czasu na przygotowanie się wykonawcy do spełnienia świadczenia lub ustanowienie odpowiednio

długiego terminu między przewidywanym terminem zakończenia postępowania, a rozpoczęciem spełniania świadczenia.

W ocenie Izby, zarzuty II, III i IV – dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez ustanowienie zbyt krótkich terminów, określonych w datach kalendarzowych na wykonanie wielu czynności wykonawcy związanych z przygotowaniem wykonawcy do świadczenia przedmiotu zamówienia – są zasadne.

Odwołujący zakwestionował:

- 1) wyznaczenie zbyt krótkich terminów na przeprowadzenie czynności wykonawcy dotyczących przygotowania do spełniania świadczenia;
- 2) wyznaczenie dat przeprowadzenia niektórych działań wykonawcy na dni ustawowo wolne od pracy;
- 3) wyznaczenie przeprowadzenia czynności wykonawcy po czynnościach zamawiającego bez stwierdzenia, w jakim terminie zamawiający będzie zobowiązany do wykonania swoich czynności;
- 4) wyznaczenie niespójnych terminów przeprowadzenia czynności wykonawcy.

Ad 1. Zarzut wyznaczenia zbyt krótkich terminów na przeprowadzenie czynności wykonawcy został uznany za zasadny w ramach zarzutu nr I omówionego powyżej.

Ad 2 i 3. Zamawiający może wyznaczać dni przeprowadzenia działań wykonawcy na dni ustawowo wolne od pracy. W innym przypadku wiele usług, jak np. usługi komunikacji miejskiej, nie mogłoby być zamawiane i świadczone. Jednak zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia musi wyjaśnić przyczyny takiego ustanowienia terminów, o ile nie wynikają one z istoty zamówienia, tak jak to jest w przypadku np. zapewnienia funkcjonowania komunikacji miejskiej w dni ustawowo wolne od pracy. W rozpoznawanym postępowaniu przeprowadzanie czynności w dni wolne od pracy jest uzasadnione, jednak w ramach dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający musi to zamieścić w specyfikacji, zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, cyt. „[...] w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Pozostawianie jakichkolwiek treści, a szczególnie treści skutkujących możliwością powstania obowiązku zapłacenia kar umownych, do dorozumienia, nie może być uznane za właściwe wypełnienie unormowania art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba zwraca uwagę, że nawet najszczegółowsze opisanie przedmiotu zamówienia i wszelkich okoliczności nie deroguje możliwości unormowanej w art. 38 ust. 2 Pzp, to jest zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji, przy czym wykonawcy przysługuje uprawnienie od razu do zastosowania środków ochrony prawnej przez wniesienie odwołania, zamiast zwracania się o wyjaśnienie treści specyfikacji.

Izba stwierdza, że postanowienia specyfikacji w zakresie: wpisania wpływających terminów w dni ustawowo wolne od pracy bez zawarcia w specyfikacji bliższego opisu powodów takiego ustanowienia terminów oraz bez wskazania, jak będzie się zachowywać w te dni wolne od pracy sam zamawiający, czyli że będzie we wskazanych dniach udostępniał swoje pomieszczenia, sprzęt i stawił do dyspozycji właściwych pracowników – są niewłaściwe.

Dopiero konkretne daty zamawiający wskazał w dowodzie nr 1, z którego wynikają nie okresowe terminy kończące się w dniach wolnych od pracy (do 10.10.2010 r., do 31.10.2010 r.), ale konkretne terminy wykonania poszczególnych czynności przypadające właśnie w tych dniach. Mimo, że dowód ten, wg zaprotokołowanych słów zamawiającego, jest cyt. „[...] jedynie schematem ułatwiającym zrozumienie chronologii przebiegu postępowania. Szczegółowo jest to wykazane w załączniku nr 6 do specyfikacji na stronie 9 [...]”, to jest w tym dowodzie wykazany wprost wymóg, aby działania wykonawcy były przeprowadzone w skonkretyzowanych terminach, właśnie w dni ustawowo wolne od pracy – dni 10.10.2010 r. i 31.10.2010 r. – to niedziele.

Ze względu na przedstawienie pisemnego dowodu realnie doprecyzowującego opis przedmiotu zamówienia, oprócz doprecyzowania werbalnego, mniej precyzyjnego, Izba stwierdza, że kwestionowane daty i okoliczności ich ustanowienia nie zostały w sposób wymagany przez art. 29 ust. 1 Pzp wyspecyfikowane.

Ad 4. Wobec konieczności innego określenia i doprecyzowania terminów wykonania poszczególnych czynności wykonawcy, zakwestionowanie niespójności terminów stanie się nieaktualne. Natomiast Izba stwierdza, że sama niespójność terminów występowała w pierwotnej specyfikacji, gdyż zamawiający, aby usunąć tę niespójność, musiał dokonywać tłumaczeń, doprecyzowań ustnych, a ponadto złożyć pisemny dowód obrazujący intencje zamawiającego, a nawet doprecyzowującą specyfikację.

Wobec powyższych konstatacji zarzuty II, III i IV zostały uznane za zasadne.

W ocenie Izby, zarzuty V, VIII i XVI – dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez nieprecyzyjne zdefiniowanie dwóch pojęć branych osobno (1) awaria i (2) usterka oraz ustanowienia zbyt dotkliwych sankcji za zaistnienie niesprecyzowanych awarii lub usterki – jest zasadny.

Podczas rozprawy zamawiający stwierdził, że cyt. „doprecyzował pojęcie awaria w § 2 ust. 1 pkt 20 i 19 załącznika 13 do specyfikacji. Ponadto pojęcie awaria jest sprecyzowane w § 2 ust. 1 pkt 10 zdanie 2 załącznika 11 do specyfikacji strona 3”.

Jednak we wskazanych postanowieniach zamawiający użył różnych wyrażeń:

- 1) „awarie i usterki” – § 2 ust. 1 pkt 10 załącznika nr 11 do specyfikacji, czyli traktował to wyrażenie jako koniunkcja dwóch czynników użytych w liczbach mnogich – awarie i usterki;
- 2) „awarie lub usterki” – § 5 ust. 1 załącznika nr 11 do specyfikacji, czyli traktował to wyrażenie jako alternatywa nierozłączna dwóch elementów użytych w liczbach mnogich – awarie lub usterki;
- 3) „awaria lub usterka” – § 5 ust. 2 załącznika nr 11 do specyfikacji, czyli traktował to wyrażenie jako alternatywa nierozłączna dwóch elementów użytych w liczbach pojedynczych – awaria lub usterka;
- 4) „awarie” (bez usterki) – § 2 ust. 1 załącznika nr 13 do specyfikacji, czyli traktował to wyrażenie jako samoistna nazwa użyta zapewne w liczbie mnogiej na co wskazuje zastosowanie do ich usuwania więcej niż jednej procedury – awarie;
- 5) „awaria” (bez usterki) – § 2 ust. 1 załącznika nr 13 do specyfikacji, czyli traktował to wyrażenie jako samoistna nazwa użyta w liczbie pojedynczej – awaria.

Zamawiający nie określił jakie pojedyncze zdarzenie będzie traktować jako awaria, jakie – jako usterka, a jaki zespół zdarzeń jako zespół awarii i usterek bądź zespół awarii lub usterek wypełniających znamiona zdarzenia z którym zamawiający wiąże dotkliwe konsekwencje dla wykonawcy. Ponadto zamawiający nie określił czy dla zamawiającego istotne jest aby czynniki te zaistniały łącznie, na co wskazuje użycie koniunkcji, czy dla zamawiającego wystarczającą przesłanką do zastosowania sankcji jest aby wystąpił przynajmniej jeden czynnik. Zamawiający nie doprecyzował tych zagadnień w specyfikacji ani w trakcie udzielania wyjaśnień podczas rozprawy.

Również odwołujący podniósł zagrożenie nieproporcjonalnymi sankcjami – do stopnia zawinienia wykonawcy – w postaci kary umownej w wysokości 20% ceny umowy lub rozwiązania umowy. Należy stwierdzić, że kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego do pokrycia jego strat wywołanych czynnikami opisanymi w umowie. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń. Podobnie możliwość odstąpienia od umowy musi być bardzo precyzyjnie określona i nie można grozić zastosowaniem tej sankcji bez względu na okoliczność zawinienia czy przyczynienia się do powstania strat przez wykonawcę.

Na marginesie Izba stwierdza, że kary umowne dotyczą tylko świadczeń rzeczowych i nie stosuje się ich wobec świadczeń pieniężnych. Za świadczenia pieniężne, których regulowaniem jest obciążony zamawiający, przysługują odsetki umowne, a w braku ich uregulowania – odsetki ustawowe.

W związku z tym zarzuty V, VIII i XVI Izba uznaje za zasadne.

W ocenie Izby, zarzut VI – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez zażądanie, aby (w przypadku wprowadzenia zmian dotychczasowych numerów telefonów zamawiającego) na dotychczasowych numerach zainstalować automatyczne informowanie o zmianie numerów przez czas określony – jest zasadny.

W przypadku żądania od przyszłego wykonawcy czynności związanych ze współpracą z dotychczasowym usługodawcą, to na zamawiającym ciąży obowiązek uzgodnienia warunków takiej współpracy z dotychczasowym wykonawcą i przedstawienia tych warunków w specyfikacji wszystkim zainteresowanym podmiotom. Inaczej może dojść do sytuacji, że – ze względu na złą wolę lub jakieś nie określone w specyfikacji czynniki – nowy wykonawca nie będzie mógł spełnić świadczenia w zakresie współpracy z dotychczasowym wykonawcą.

Wobec tego zarzut VI jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut VII – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez nieudzielanie informacji o liczbie minut prowadzenia rozmów telefonicznych międzystrefowych pomiędzy poszczególnymi lokalizacjami ośrodków zamawiającego – nie jest zasadny.

Zamawiający stwierdził, że wcześniej nie była świadczona usługa kontaktów między poszczególnymi lokalizacjami w ramach abonamentu bez dodatkowych opłat. Zamawiający nie jest w stanie sprecyzować liczby minut i liczby poszczególnych rozmów między poszczególnymi lokalizacjami i oddzielić tej liczby od globalnej liczby minut faksów i rozmów prowadzonych z innymi abonentami zamiejscowymi.

Zamawiający może nie znać pewnych swoich dotychczasowych danych, na przykład liczby minut faksów i rozmów prowadzonych pomiędzy poszczególnymi lokalizacjami zamawiającego. Jednak istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że zmiana sposobu rozliczeń (z wyliczenia minut poszczególnych połączeń na zagregowaną w abonamencie) wpłynie na zmianę częstotliwości i długości takich połączeń.

Dlatego wykonawca nie może żądać od zamawiającego dokonywania nowych obliczeń czy analiz dotychczasowych połączeń, chociaż przedstawienie szczegółowszych informacji może wpłynąć na sposób obliczenia ceny ofertowej. Jednak ze względu na czynnik zmiany podejścia użytkowników do środków łączności ze względu na zmianę sposobu opłacania tych usług, dane te nie będą mogły być brane pod uwagę jako niepodważalna i niezmienna podstawa kreowania ceny ofertowej w danym zakresie.

W związku z powyższym zarzut VII nie może być potraktowany jako zasadny.

W ocenie Izby, zarzut IX – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez powiadomienie wykonawców tylko o tym, że zamawiający nie jest właścicielem wskazanych

obiektów i niepodjęciem żadnych obowiązków związanych z przyszłym instalowaniem urządzeń w tych obiektach – nie jest zasadny.

Zamawiający zaznaczył w pkt 3.13 i 3.27 specyfikacji, że w lokalizacjach w Szczecinie, Wrocławiu, Zielonej Górze, Kielcach i Gdańsku nie jest właścicielem tych obiektów i w ramach oględzin wykonawcy muszą zwrócić szczególną uwagę na przyszłe kontakty z administratorami tych budynków, aby właściwie wycenić swoją ofertę i zrealizować przedmiot zamówienia. W związku z tym, to na wykonawcy spoczywa obowiązek uzgodnienia przyszłej ewentualnej współpracy z administratorami wszystkich budynków, a nawet podpisania z nimi odpowiednich umów, aby móc właściwie wycenić wszystkie koszty, jakie będzie musiał ponieść wykonawca w celu spełnienia ewentualnego świadczenia zamówienia publicznego.

Wobec tego zarzut IX nie jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut X – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie zidentyfikowania liczby minut międzynarodowych połączeń z rozróżnieniem na połączenia z telefonami komórkowymi i stacjonarnymi oraz z podziałem na poszczególne kraje – nie jest zasadny.

Zamawiający stwierdził, że w załączniku nr 3 do specyfikacji rozdzielił wszystkie połączenia komórkowe i stacjonarne w obrębie UE i wskazał drugą kwotę za połączenia stacjonarne i komórkowe poza terenem UE, gdyż nie ma możliwości weryfikacji czy dany numer jest komórkowy czy stacjonarny, natomiast co do krajów orientuje się.

Odwołujący ani przystępujący nie wskazali jaką techniką można rozdzielić połączenia na zagraniczne telefony stacjonarne albo komórkowe, a jedynie stwierdzili, że taki podział jest możliwy.

Bezsprzeczne pozostaje stwierdzenie odwołującego, że udzielenie możliwie największej liczby informacji o przedmiocie zamówienia w efekcie może przynieść złożenie tańszych ofert, jednak nie można wymagać od zamawiających, aby poświęcali nieracjonalną ilość czasu na przygotowanie postępowania i sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia ponad obowiązki powszechnie przyjęte w obrocie i ponad obowiązki wynikające z należytej staranności. Sami zainteresowani nie wykazali jakim sposobem można podzielić zagraniczne numery telefonów na przynależące do telefonii komórkowej i stacjonarnej.

Ze względu na brak wykazania możliwości podziału numerów w różnych państwach na numery telefonów stacjonarnych i komórkowych, nie można stwierdzić, że zarzut X jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut XI – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez uznanie, że umożliwienie funkcjonowania łącz zapasowych zamiast łącz podstawowych nie powinna być sankcjonowana przez określony czas karami umownymi – nie jest zasadny.

To zamawiający formułuje wszystkie postanowienia specyfikacji i zgodnie z jego ukierunkowaniami, ale w ramach ogólnego porządku obrotu, może ustanawiać poszczególne elementy specyfikacji i redagować zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami.

Odwołujący nie dowiódł, że posługiwanie się łączami zapasowymi, kilkanaście razy wolniejszymi od łącz podstawowych (wg słów zamawiającego od 12 do 20 razy), może być uznane za właściwe spełnienie świadczenie.

W związku z tym zarzut XI nie jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut XII – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez żądanie podawania poszczególnych pozycji składnikowych ceny z dokładnością do 4 miejsc po przecinku – nie jest zasadny.

W pkt 12.2 specyfikacji zamawiający żądał podania ceny ofertowej brutto za usługi telefonii stacjonarnej z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, a zamawiający zażądał podania z dokładnością do czterech miejsc po przecinku składających się na tę cenę elementów. Jest to zdaniem odwołującego niezgodne z przepisami i linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazując wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 504/08. Jednak przepisy oraz linia orzecznicza odnosi się do cen ostatecznych, a nie odnosi się do składników tych cen. Zamawiający zażądał aby cena ofertowa brutto za usługi telefonii stacjonarnej była określona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami i wobec tego zarzut XII należy uznać za niezasadny.

W ocenie Izby, zarzut XIII – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez wadliwe określenie przesłanek zezwalających na dokonanie zmian w umowie zawężających się tylko do wskazania formy dokonania tych zmian – jest zasadny.

Zamawiający stwierdził (w § 7 ust. 1 załącznika nr 11 do specyfikacji i w § 8 załącznika nr 13 do specyfikacji), że cyt. „Wszelkie zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności [...]” oraz wskazał zakres możliwych do przeprowadzenia zmian z zastrzeżeniem zgody wyrażonej przez wykonawcę w formie aneksu do umowy w pkt 16.5.2 specyfikacji. Jednak zamawiający zaniechał wskazania warunków takiej zmiany, co jest unormowane w art. 144 ust. 1 *in fine* Pzp. Warunkami tymi są powody umożliwiające zastosowanie procedury wprowadzenia zmian i sposobu wyceny tych zmian. Zaniechanie to, oprócz naruszenia unormowania art. 144 ust. 1 Pzp, może być powodem zatargów między stronami umowy.

W związku z powyższym zarzut XIII jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut XIV – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez brak sprecyzowania warunków wykonania dodatkowej usługi umożliwiającej podłączenie użytkowanych central PABX do łączy ISDN PRI – jest zasadny.

Na rozprawie zamawiający stwierdził, że nie będzie wymieniać central PABX w lokalizacjach wykazanych w specyfikacji. Natomiast zamawiający dopuszcza rozszerzenie central o elementy zdaniem wykonawcy konieczne do podłączenia łączy ISDN PRI i to ma wycenić wykonawca w swojej ofercie.

Tak istotne informacje, wpływające na wysokość ceny ofertowej, muszą być wprost wyrażone w specyfikacji, a zamawiający nie może polegać na większej lub mniejszej domyślności wykonawców. Stanowi o tym art. 29 ust. 1 Pzp.

W związku z tym zarzut XIV jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut XV – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez ustanowienie, że datą płatności wynagrodzenia wykonawcy jest data obciążenia rachunku zamawiającego – nie jest zasadny.

Jak stwierdził to zamawiający, powszechną praktyką jest zawieranie w umowach klauzul o dacie wykonania świadczenia pieniężnego spoczywającego na zamawiającym. Strony powszechnie stanowią, że datą wykonania świadczenia zamawiającego jest data obciążenia rachunku zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, że taka klauzula narusza obowiązujące przepisy.

W związku z tym zarzut XV nie jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut XVII – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez ustanowienia klauzuli optymalizacji cen polegającej na zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy pod rygorem skorzystania przez zamawiającego z uprawnienia do rozwiązania umowy z winy wykonawcy – nie jest zasadny.

Zamawiający przedstawił szczegółowo procedurę optymalizacji cen i wykonawca kalkulując ofertę może przewidzieć ten czynnik i wynikające z niego konsekwencje dla kształtowania się ceny zamówienia w przyszłości. Kształtowanie się ceny umowy będzie zrelatywizowane do kilku, wskazanych operatorów, co obiektywizuje procedurę. Do wyboru wykonawcy należy wskazanie czynnika obiektywizującego zmiany w cenach przyszłej umowy, byle te czynniki nie były obciążone zbytnią dozą subiektywizmu. Zamawiający może więc uznać obiektywne wskazania np. GUS czy innych urzędów, ale może też wskazać cenniki większej grupy wykonawców. Grupa czterech, wskazanych wykonawców nie może być uznana za niereprezentatywną w rozpoznawanym postępowaniu.

W związku z tym zarzut XVII nie jest zasadny.

Biorąc pod uwagę, że wiele zarzutów odwołującego uznano za zasadne, Izba orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....