

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 24 kwietnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2014 r. przez **Odwolującego - NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.
- 2.1 zasądza od wykonawcy wykonawcę **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** na rzecz **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset zł 00 groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania - wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) 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:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Usług Wspólnych Instytucja Gospodarki Budowlanej z siedzibą w Warszawie działające także w imieniu innych zamawiających prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej tzw. progów unijnych, postępowanie na usługi telefonii stacjonarnej dla jednostek administracji państwowej.

Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Netią” lub „Odwolującym”) złożyła odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego.

Zamawiającemu odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- art. 186 ust. 2 Pzp w zakresie, w jakim zamawiający wobec uwzględnienia zarzutów odwołania powinien był wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołanie wnoszone jest wobec czynności z dnia 31 marca 2014 roku obejmującej wyjaśnienia treści s.i.w.z. wraz z dokonaną w tym samym dniu zmianą treści s.i.w.z. oraz zmianą ogłoszenia wskutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych przez Netię w odwołaniu z dnia 10 marca 2014 roku (sygn. KIO 471/14). Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz siwwz w zakresie opisanych w dalszej części odwołania żądań

Odwolującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 10 marca 2014 roku odwołujący wniósł do KIO odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz siwz. Zamawiający 21 marca 2014 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania. W dniu 31 marca Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 1 i 4 ustawy przedstawił wyjaśnienia treści siwz oraz dodatkowo poinformował, iż w wyniku uwzględnienia wniesionych odwołań dokonuje zmiany treści siwz.

3

Zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia - niejednoznaczny zakres zamówienia (procedura samodzielnej realizacji zamówienia za zgodą Szefa KPRM). W niniejszym postępowaniu zamawiający wskutek zamieszczenia kwestionowanych postanowień s.i.w.z. utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty przez podmioty zainteresowane realizacją zamówienia. Zawierana z Zamawiającym umowa ma mieć faktycznie charakter ramowy. Dopiero na jej podstawie wskazane w ogłoszeniu jednostki administracji państwowej będą nabywały usługi telekomunikacyjne od wybranego wykonawcy (na podstawie odrębnych umów). Z jednej strony mamy do czynienia z wielością miejsc wykonywania świadczeń (90 jednostek państwowych, ponad pięćset lokalizacji), z drugiej strony z próbą wypracowania ustandaryzowanego opisu przedmiotu zamówienia wspólnego dla każdego z dziewięćdziesięciu zamawiających. Jednak dokumentacja postępowania - pomimo istotnej jej modyfikacji z dnia 31 marca 2014 roku - nadal zawiera błędy uniemożliwiające sporządzenie oferty, w tym oszacowanie należnego wynagrodzenia. Dla usługodawców telekomunikacyjnych zasadnicze znaczenie ma jednoznaczne określenie czasu wykonywania usług telekomunikacyjnych dla danej jednostki. Oczekując od wykonawców uśrednienia kosztów połączeń, czy kosztów uruchomienia łącz, należałoby zapewnić wykonawcy określony poziom przychodów z umowy. Zamawiający wprowadza do dokumentacji postępowania procedurę dowolnego odstępowania przez poszczególne jednostki od wykonywania umowy (możliwość samodzielnego pozyskiwania świadczeń w odrębnej umowie). Uniemożliwia to przeprowadzenie jakichkolwiek uśrednionych szacunków (nie jest wiadomym jakie jednostki i w jakim okresie czasu będą korzystały z usług

W niniejszym postępowaniu Zamawiający domaga się od wykonawców określenia uśrednionych kosztów (podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert);

- abonamentów miesięczny dla trzech typów łącz;
- kosztów instalacji trzech typów łącz;
- kosztów trzech typów połączeń (krajowe, zagraniczne, sieci komórkowe).

Złożone w tym zakresie przez wykonawców oświadczenia wiążą wykonawcę przez cały okres trwania umowy w odniesieniu do każdego z jednostek administracji państwowej oraz każdego z lokalizacji wskazanych w umowie. Konkurencyjność samego postępowania wymaga, by - przy określeniu spodziewanego wynagrodzenia za poszczególne świadczenia - wykonawcy kierowali się nie tyle kosztami ponoszonymi przy najbardziej kosztotwórczych lokalizacjach, a raczej dokonali uśrednienia wynagrodzenia w skali całego projektu. Innymi słowy koszt pojedynczej deklarowanej instalacji, abonamentu miesięcznego czy połączeń nie będzie kosztem „najdroższej” dla wykonawcy lokalizacji, będzie to koszt uwzględniający także połączenie do własnej sieci lokalizacji, w których koszty te są najmniejsze (przykładowo wykonawca posiada tam już własną infrastrukturę). Przyjęcie jednak takiego

4

sposobu określenia wynagrodzenia wykonawcy wymaga ustabilizowania zakresu przedmiotu zamówienia na określonym poziomie. Za niedopuszczalną należałoby uznać sytuację, gdy w toku realizacji zamówienia zakres świadczonych usług (obsługiwanych lokalizacji) będzie się istotnie różnił od zakresu opisanego w przedmiocie zamówienia. Wykonawca uśredniając cenę oferowanych usług musi mieć pewność, iż faktyczny zakres zamówienia nie zostanie umniejszony o takie lokalizacje, które pozwalają na uzyskanie rentowności zamówienia. W postępowaniu Zamawiający wprowadził mechanizm, który uniemożliwia wykonawcom rzetelne przygotowanie oferty i prognozowanie kosztów wykonywania usług. Otóż zgodnie z treścią punktu III zmodyfikowanego siwz (s. 7) terminy rozpoczęcia świadczenia usług mogą ulec przesunięciu z uwagi na: uzyskanie przez Jednostkę zgody Szefa KPRM na

samodzielną realizację zamówienia na podstawie §7 ust. 3 Zarządzenia nr 16 w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej ze zm. Uzyskanie zgody wiąże się z późniejszym przystąpieniem jednostki, która uzyskała przedmiotową zgodę do umowy. Z uwagi na fakt, że zgody według wiedzy Zamawiającego wydawane są na ogół na okres 6 miesięcy, a wybrany wykonawca powinien rozpocząć świadczenie usług w danej lokalizacji Jednostki w okresie nie dłuższym niż 4 miesiące, późniejsze rozpoczęcie terminy świadczenia usługi powinno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 2 miesiące od podjęcia działań przez strony umowy (postanowienie powtórzone w § 3 wzorca umowy).

Nietrudno sobie wyobrazić, i nawet wbrew intencjom CUW w odniesieniu do tych jednostek administracji państwowej, dla których rynkowy koszt nabycia usług będzie ni szczytny ni uśredniony koszt zawarty w ofercie wybranego wykonawcy, powstanie uzasadniona potrzeba ubiegania się o zgodę Szefa KPRM na samodzielną realizację umowy. Zasada oszczędnego dokonywania wydatków zawarta w art. 44 ustawy o finansach publicznych stać może na przeszkodzie - w odniesieniu do poszczególnych zamawiających - w nabyciu usług telekomunikacyjnych powyżej kosztów rynkowych dla danej jednostki organizacyjnej. Z całą pewnością brak określenia jakichkolwiek zasad w sprawie udzielania zgody przez Szefa KPRM, a także brak określenia jaka liczba zamawiających może wystąpić o zgodę na „samodzielną realizację zamówienia” nie pozwala wykonawcom na rzetelne sporządzenie oferty. W ocenie odwołującego przy wybranym przez Zamawiającego sposobie określenia uśrednionego wynagrodzenia wykonawcy powinni uzyskać wiedzę na temat niezmiennego, minimalnego wolumenu zamawianych usług, tak by móc poprawnie sporządzić ofertę,

Zamawiający winien jednoznacznie oddzielić przedmiot zamówienia, który ma charakter pewny, od tej części zamówienia która może zostać udzielona w zależności od woli Zamawiającego (poprzez przykładowo zastosowanie prawa opcji). Warto w tym zakresie

5

odwołać się do opinii Prezesa UZP wskazujących na obowiązki zamawiającego: siwz, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznej wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający przewidział określone środki finansowe. W orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”. Instytucja prawa opcji pozwala zatem na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. KIO/UZP 1447/10, KIO/UZP 23 76/10).

Podobnie w wyroku sygn. 1447/10: ustawodawca wyposażył Zamawiającego w narzędzia pozwalające na uwzględnienie różnych sytuacji mających wpływ na sporządzenie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, od umowy ramowej, która stanowi jedynie etap postępowania o udzielenie zamówienia poprzez instytucję prawa opcji umożliwiający Zamawiającemu w kalkulowanie w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tego zamówienia, zobowiązując Zamawiającego do realizacji załozonego progu i opcjonalnie realizacji zamówienia w określonym prawem opcji zakresie po zamówienie uzupełniające pozwalające Zamawiającemu na zwiększenie zamówienia podstawowego o 50 % w przypadku gdy zamówienie podstawowe to usługa. Tak więc, opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie

oferty stanowi obowiązek Zamawiającego i jest koniecznością dla poprawnego przeprowadzenia postępowania. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być ogólna, szacunkowa i niedookreślona, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego

6

dookreślenia. W wyroku KIO/1756/10 Izba odniosła się do tematu obarczania przedsiębiorców telekomunikacyjnych ryzykiem zmiany sposobu wykonywania świadczenia: Postanowienie pkt 14 z pewnością jest niedookreślone i zakłada dowolność przesłanek decyzji Zamawiającego dotyczącej rezygnacji z usług w danej lokalizacji. Oznacza to zatem, że wykonawcy w swoich ofertach nie są w stanie należyście wyliczyć i skalkulować ryzyka ani rentowności projektu, ponieważ nie mają pewności w jakim zakresie świadczyć będą usługi. Ponoszą znaczące koszty przygotowując się do świadczenia usług (w tym budując własną infrastrukturę, czy zawierając umowę dzierżawy łączu), nie mając gwarancji, czy i w jakim zakresie koszty te zwrócą się w postaci wynagrodzenia za świadczone usługi. Art. 144 ustawy Pzp, dopuszczając zmiany umowy w stosunku do treści oferty, nakazuje przewidzenie możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenie warunków zmian. W doktrynie reprezentowany jest pogląd, podzielany przez Izbę, że przewidziane w ogłoszeniu lub specyfikacji przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty.

Treść przywołanego powyżej punktu była kwestionowana przez Netię w odwołaniu z 10 marca 2014 roku. W treści odwołania przedstawiono żądanie wykreślenia postanowienia o możliwości odstąpienia od wykonywania umowy za zgodą Szefa KPRM lub te określenia gwarantowanego poziomu usług świadczonych na podstawie niniejszej umowy (określenia jaka część jednostek może odstąpić od wykonywania umowy). Zamawiający nie wykreślił przedmiotowego postanowienia, co najwyżej doprecyzował postanowienie określając i „uzyskanie zgody wiąże się z późniejszym przystąpieniem jednostki, która uzyskała przedmiotową zgodę do umowy” oraz podniesienie i „według wiedzy Zamawiającego wydawane są na ogół na okres 6 miesięcy”. Takie postanowienia praktycznie nie dają adnej gwarancji, i pod presją ekonomiczną Szef KPRM (nie będący stroną umowy) będzie skłonny do wyrażenia zgody („na samodzielłą realizację umowy”) skutkującą faktycznym odstąpieniem od zlecenia usług zwycięskiemu oferentowi ze względu na możliwość pozyskania usług telekomunikacyjnych taniej. Takie działanie dysponentów środków w odniesieniu do poszczególnych jednostek będzie całkowicie zrozumiałe ale i zgodne z treścią przywołanego powyżej postanowienia.

Przedmiotem żądania było (1) wykreślenie postanowienia o możliwości odstąpienia od wykonywania umowy za zgodą Szefa KPRM lub te (2) określenie gwarantowanego poziomu usług świadczonych na podstawie niniejszej umowy (określenie jaka część jednostek może odstąpić od wykonywania umowy). Zamawiający pomimo uwzględnienia zarzutu nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W wyroku KIO 2439/11 stwierdzono: Izba wskazuje, że czynność uwzględnienia odwołania przez

7

zamawiającego winna być czynnością przemyślaną i racjonalną. Za niewłaściwe postępowanie należy uznać uwzględnienie przez zamawiającego odwołania, którego żądania obejmują czynności sprzeczne z prawem. Jednakże Zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu naraża się na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp i tym samym merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności. (...) Zamawiającemu nie przysługują uprawnienia Izby, wynikające z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, gdy w przypadku uwzględnienia odwołania jest ono związane zarówno zarzutami jak i żądaniami zawartymi w odwołaniu - jeżeli ma możliwość swobodnego kształtowania postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Tylko KIO w ramach rozpoznawania środka ochrony prawnej może modyfikować żądania odwołującego i oceniać je w odniesieniu do całokształtu postępowania przetargowego przy uwzględnieniu przepisów ustawy Pzp, gdy na mocy art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego - będąc związanej jedynie zarzutami na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Przedmiotem odwołania na tym etapie postępowania może być nie tyle sposób modyfikacji siwz przez Zamawiającego, co sposób wykonania czynności w następstwie uwzględnienia odwołania. Biorąc pod uwagę przedstawioną argumentację odwołujący domaga się wykreślenia postanowienia o możliwości odstąpienia od wykonywania umowy za zgodą Szefa KPRM lub te określenia gwarantowanego poziomu usług świadczonych na podstawie niniejszej umowy (określenia jaka część jednostek może odstąpić od wykonywania umowy).

IV. Zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia - w odniesieniu do treści wyjaśnień siwz z dnia 31 marca 2014 roku (sposób określenia czasu trwania umowy w odniesieniu do wielkości środków finansowych).

W dniu 31 marca br. Zamawiający działając na podstawie art. 38 ustawy Pzp udzielił następujących wyjaśnień treści siwz.:

Pytanie 1: Czy wartość umowy liczona będzie dla wszystkich jednostek jako wartość wspólna, czy dla każdej z jednostek oddzielnie?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, iż w wyniku niniejszego zamówienia umowy zostaną zawarte oddzielnie dla każdej Jednostki, a wartość każdej umowy zostanie określona na podstawie środków, jakie dana Jednostka posiada na realizację przedmiotu zamówienia.

Pytanie 9: W jaki sposób będzie obliczone maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy wskazane w § 4 projektu Umowy?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, iż w wyniku niniejszego zamówienia umowy zostaną zawarte oddzielnie dla każdej Jednostki, a wartość każdej umowy zostanie określona na podstawie środków, jakie dana Jednostka posiada na realizację przedmiotu zamówienia.

8

Przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja siwz w ocenie odwołującego wprowadza niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiając złożenie oferty.

Zamawiający nie przedstawił informacji na temat budżetów posiadanych przez każdą z Zamawiających z osobna. Skoro wykonawca zobowiązany został do przygotowania jednego, uśrednionego cennika wykonywania poszczególnych świadczeń kluczowego znaczenia nabiera kwestia czasu wykonywania umowy dla poszczególnych Jednostek. Brak wiedzy na temat czasu trwania poszczególnych umów (wynikająca z możliwości ich rozwiązania po osiągnięciu nieznanego pułapu zabezpieczonych środków) uniemożliwia przeprowadzenie badań stopnia rentowności usług dla poszczególnych lokalizacji wskazanych w siwz.

Dopiero w wyjaśnieniach z dnia 31 marca br. zostało ujawnione w sposób precyzyjny, iż Zamawiający przewiduje możliwość rozwiązania poszczególnych umów nie ze względu na wyczerpanie kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie całości zamówienia, a ze względu na wyczerpanie wartości poszczególnych umów w odniesieniu do danej Jednostki.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wnosi o nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności udzielenia wyjaśnień w zakresie powyżej przywołanym wraz z nakazaniem Zamawiającemu określenia możliwości rozwiązania umów zawartych w następstwie niniejszego postępowania po wyczerpaniu całości kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia albo nakazaniem uzupełnienia siwz. poprzez podanie informacji na temat kwot jakimi dysponują poszczególne Jednostki na realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób omówiony powyżej naruszył zasadę uczciwej konkurencji uniemożliwiając lub te bezzasadnie utrudniając złożenie oferty wykonawcom gotowym do wykonywania świadczeń objętych przedmiotem niniejszego postępowania. Rolą wykonawcy w postępowaniu odwoławczym jest uprawdopodobnienie naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że art. 7 ustawy pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu.

Zakwestionował sposób sformułowania zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

Stwierdził, że przepis odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia, a nie terminów świadczenia usług, które stanowią istotne postanowienia umowy, jednak nie mogą być zakwalifikowane do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał także, że art. 186 ust. 2 ustawy pzp nie może równie stanowić samodzielnej podstawy zarzutu. Stwierdził, że odwołujący nie wskazał odnośnie jakich konkretnie czynności zamawiającego wnoszony jest zarzut.

9

Ponadto zamawiający odnosząc się doądania wykreślenia postanowienia o możliwości odstąpienia od wykonywania umowy za zgodą Szefa KPRM oraządania określenia gwarantowanego poziomu usług świadczonych na podstawie umowy (określenia, jaka część jednostek może odstąpić od wykonywania umowy), podniósł, co następuje.

Zamawiający jest centralnym zamawiającym na podstawie przepisów wykonawczych do ustawy pzp i prowadzi niniejsze postępowanie dla zapewnienia usług telefonii stacjonarnej dla 90 jednostek administracji publicznej wskazanych w siwz. Jednostki te mają zawarte umowy o usługi telekomunikacyjne, o czym wykonawcy zostali powiadomieni. Dla zapewnienia ciągłości funkcjonowania i wobec różnych terminów zakończenia dotychczasowych umów, istniało ryzyko, i do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, niektóre jednostki byłyby pozbawione usług. Zamawiający (będący pełnomocnikiem zamawiających) zobowiązany był uwzględnić tę okoliczność w warunkach umowy (§ 3 ust. 2 postanowień umownych) i umożliwić samodzielną realizację zamówienia na podstawie zgody szefa KPRM, co dotyczy jedynie tych jednostek, które ze względu na terminy zakończenia dotychczasowych umów z operatorami, a z drugiej strony ze względu na toczące się obecnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być przez pewien czas pozbawione usług telefonii stacjonarnej. Zamawiający wskazał, że większość jednostek ma zawarte umowy do czerwca lub sierpnia 2014 r.

Zamawiający kwestionuje twierdzenia odwołującego, że powołana treść wzoru umowy umożliwia zamawiającym jednostkom odstąpić do przedmiotowej umowy.

Konsekwencją niewłaściwego rozumienia postanowień umowy są twierdzenia, że faktycznie niemożliwe jest złożenie prawidłowej oferty, a wykonawcy nie są w stanie skalkulować jej ceny, nie znając zakresu przedmiotowego świadczenia.

Zamawiający nie zgadza się z powyższym i wskazuje, że zasady obliczenia ceny przyjęte są w siwz i Formularzu ofertowym, w którym w pkt 6 wskazano, że wykonawcy mają obowiązek wskazać zarówno cenę jednostkową za abonament miesięczny (oddzielnie dla każdego rodzaju łączu) oraz wartość brutto, która stanowi iloczyn cen jednostkowych oraz przewidywanej ilości w okresie realizacji zamówienia.

Zdaniem zamawiającego przedmiotowy Formularz umożliwia złożenie prawidłowej oferty.

Zgodnie z § 4 ust. 1 wzoru wynagrodzenie z tytułu wykonania umowy ma charakter maksymalny, co oznacza, że będzie ulegać stosownemu zmniejszeniu w sytuacji, gdy przewidziana ilość abonentów nie zostanie wykorzystana przez zamawiających. Powyższe okoliczności związane są jednak z etapem realizacji umowy, nie natomiast z kalkulacją ceny oferty. Stwierdził, że to wykonawcy ponoszą ryzyko przystąpienia do postępowania i powinni w kalkulować to ryzyko w swojej ofercie. Wskazał na wyrok SO w Wrocławiu z 14.04.2008 r. sygn. akt X/Ga 67/08 dotyczący zakresu swobody kontraktowej stron stosunku prawnego

10

nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający zauważył, że wykonawca nie kwestionuje postanowień siwz dotyczących obliczenia ceny.

Wskazał także, że nie jest możliwe określenie pewnej liczby jednostek, które wystąpią o zgodę szefa KPRM na samodzielną realizację zamówienia.

Dodał, że w tym postępowaniu uzasadnioną potrzebą zamawiających jest uzyskanie w jednym postępowaniu usług telefonii stacjonarnej dla 90 jednostek, które dotychczas korzystały z tego typu usług na podstawie różnych umów. Wykonawcy, w zależności od tego, czy akceptują takie warunki umowy, mogą przystąpić lub nie do postępowania poprzez złożenie oferty.

Zamawiający wskazał, żeądanie dookreślenia możliwości rozwiązania umów zawartych w następstwie niniejszego postępowania po wyczerpaniu całości kwoty przeznaczonej na

ądanie nakazania uzupełnienia siwz przez podanie sfinansowanie zamówienia oraz informacji o kwotach, jakimi dysponują poszczególne jednostki. Zauważył, że odwołujący nie sformułował zarzutów odnośnie wskazanychądań, a wskazane w odwołaniu przepisy nie znajdują odniesienia do wskazanychądań. Stwierdził także, żeądania te zgłoszono po terminie, jako że postanowienia, do których się odnoszą zawarto już w pierwotnej treści siwz.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska.

Odwołujący podtrzymał stanowisko odwołania wraz z argumentacją zawartą w piśmie procesowym z dnia 23 kwietnia 2014 r. Wskazał na treśćądań pierwotnego odwołania (tj. z

10 marca 2014 r.), które przypomniał na stronie szóstej aktualnie wniesionego odwołania (patrz: punkt dziesiąty). Wskazał w tym zakresie na treść odpowiedzi na odwołanie na stronie czwarte, które to wyjaśnienie tam zawarte nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ. Wskazał tak e na stwierdzenie ze strony szóstej odpowiedzi, e adna z 43 jednostek nie mo e odłączyć się od postępowania. Stwierdził, i realne jest ryzyko nie przystąpienia do umowy przez znaczną/du ą liczbę Zamawiających. Zło ył zastrze one jako tajemnica przedsiębiorstwa zestawienie przykładowych kosztów i ewentualnych strat (w powiązaniu do okresu świadczenia usług) w wybranych lokalizacjach. Zło ył równie pismo potencjalnego konsorcjanta, który stwierdził, e nie mo e skalkulować ceny na potrzeby tego postępowania. Ponownie wskazał, jak istotne znaczenie ma wiedza o okresie świadczenia przy kalkulowaniu kosztów i ceny tej usługi. Stwierdził, e w usługi telekomunikacyjnej przy kalkulowaniu kosztów i ceny tej usługi. Stwierdził, e w usługi telekomunikacyjnej praktyce polskich zamówień publicznych wypracowano standardy opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do usług telekomunikacyjnych. Stwierdził, e na dzień składania odwołania (tj. 10 kwietnia 2014 r.) nie istniały przesłanki ądania uniewa nienia

11

postępowania. Zamawiający nie przedłu ył terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 15 kwietnia 2014 r. i kolejne zdarzenia uzasadniają podtrzymanie wniosku sformułowanego w zło onym piśmie procesowym. Ponownie wskazał na realną mo liwość zmniejszenia liczby Zamawiających w tym postępowaniu korzystających z procedury opisanej w tym piśmie, co skutkuje zmniejszeniem liczby lokalizacji, abonamentów etc. W związku z brakiem mo liwości prawidłowego przygotowania oferty, oferty nie zło ył, podobnie jak jego konsorcjant.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości zgodnie z pisemnym stanowiskiem zło onym do akt sprawy. Wskazał na przepis art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i brak powodów do uniewa nienia postępowania. Zauwa ył, e w uzasadnieniu prawnym odwołania nie powołano się na art. 93 ust. 1, a jedynie na art. 186 ust. 2 i art. 7 ustawy pzp niebędące samodzielną podstawą zarzutów i ądań. Stwierdził, e nie naruszył art. 29 ust. 1 i ust. 2 opisując przedmiot zamówienia. Podtrzymał stwierdzenie z pisma procesowego, e termin realizacji nie wchodzi w skład pojęcia przedmiotu zamówienia. Wskazał przy tym na treść formularza ofertowego, gdzie przedmiot zamówienia opisany jest w punkcie szóstym. Ta treść nie była kwestionowana. Wskazał ponadto na treść wzoru umowy z uwzględnieniem postanowień wskazujących, e stronami będą poszczególni Zamawiający, które to postanowienia nie były kwestionowane w postępowaniu.

Zło ył do akt sprawy przykład decyzji: „zgoda na samodzielną realizację zamówienia publicznego” na okoliczność zgodności przedstawionej procedury z przepisami ustawy Pzp dotyczącymi centralnego Zamawiającego.

Zakwestionował wartość dowodową dokumentów zło onych przez Odwołującego stwierdzając, e wynika z nich co najwy ej, i wykonawcy nie opłaca się zło yć oferty w postępowaniu, a nie potwierdzenie okoliczności niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia lub czynu nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, e w specyfikacji nie wskazywano na ewentualne odstąpienia jednostek, lecz przewidywane terminy przystąpienia do umowy (przesunięcie z uwagi na opisane w § 3 ust. 2 okoliczności).

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron wyra onych na piśmie i do protokołu, treści siwz i treści wyjaśnień zamawiającego z dnia 31 marca 2014 r., zwa yła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W kwestii interesu odwołującego w rozumieniu art. 179 ustawy pzp Izba podzieliła stanowisko Netii S.A., i istotnie taki interes posiada i niewątpliwie posiadał w chwili wniesienia odwołania (por. wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 sygn. akt XIII Ga 379/12).

12

Szczegółowe dodatkowe uzasadnienie tej okoliczności nie wydaje się przy tym celowe zwa ywszy, e zamawiający w tym zakresie nie podnosi braku interesu odwołującego.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy pzp w zakresie, w jakim zamawiający wobec uwzględnienia zarzutów odwołania powinien był wykonać, powtórzyć lub uniewa nić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia

zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu stwierdzić należy, że powołany przepis ustawy zawiera normę o charakterze proceduralnym i nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu naruszenia ustawy. W sytuacji, w której zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, Izba nie bada odwołania merytorycznie, lecz umarza postępowanie odwoławcze, a zamawiający prowadzi nadal postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zgodnie z postanowieniami zdania drugiego art. 186 ust. 2 ustawy pzp. W tym wypadku ewentualne kolejne odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Natomiast brak takich czynności po stronie zamawiającego, w tym niewykonanie czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania daje wykonawcy prawo do wniesienia odwołania, tak jak w niniejszym postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję należy zauważyć, co następuje. Postanowienia siwz zawierają opis przedmiotu zamówienia w rozdziale II zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania” oraz załącznikach 4, 5 i 6 powołanych w tym rozdziale. Odwołujący kwestionuje opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie na niejednoznaczny zakres zamówienia z uwagi na możliwą procedurę samodzielną realizacji zamówienia za zgodą szefa KPRM, a także brak pewności co do czasu trwania umowy w odniesieniu do wielkości środków finansowych, jakimi dysponować będą poszczególni zamawiający (jednostki wg nomenklatury przyjętej w niniejszym postępowaniu). W ocenie odwołującego zamawiający wprowadził w postępowaniu procedurę dowolnego odstępowania przez poszczególne jednostki od wykonywania umowy, co uniemożliwia przeprowadzenie kalkulacji kosztów wykonawcy.

Zamawiający natomiast podnosi, że kwestia terminów świadczenia usługi i ewentualnych nie pozostaje w związku z opisem przedmiotu zamówienia, który zasadniczo zawarty jest w pkt 6 formularza ofertowego.

W ocenie składu orzekającego rację należy przyznać odwołującemu, z uwagi na charakter zamówienia, że przy świadczeniu usług o charakterze ciągłym w wielu lokalizacjach, przedmiotem zamówienia, a w efekcie przedmiotem umowy zawartej między stronami, jest również parametr terminu (okresu) świadczenia usługi, jako mający wpływ na wycenę

13

kosztów usługi i jej ceny. Naturalne jest, że przy krótszym okresie umowy, średni koszt poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia, będzie wyższy.

Dla wyceny ma to niewątpliwie znaczenie ilość zamawiających oraz lokalizacji.

W ocenie składu orzekającego zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia uwzględnił wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W szczególności, zważywszy na zakres zarzutów, wskazał na czynniki mogące spowodować przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi na rzecz określonej jednostki (par 3 ust. 2 umowy), które są niezależne od zamawiającego i na które nie ma on obiektywnie wpływu.

Izba nie podziela poglądu odwołującego o dowolności w liczbie zamawiających, z których każdy może skutecznie skorzystać z procedury samodzielnego realizowania zamówienia, co w konsekwencji może doprowadzić do znacznego ograniczenia liczby zamawiających.

Należy zauważyć, procedura przewidziana w § 7 Zarządzenia Nr 16 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej, jak wynika z treści tego przepisu, ma charakter szczególny i wyjątkowy, co wprost wynika ze sformułowań „w szczególnie uzasadnionych przypadkach”, „w razie usprawiedliwionej konieczności pilnej realizacji zamówienia publicznego.” Natomiast zasadą jest nabywanie usług przez zamawiających od wykonawców wybranych przez Centrum Usług Wspólnych, co potwierdza § 3 Zarządzenia, który wprost zobowiązuje zamawiających do realizacji zamówienia będącego wynikiem postępowania prowadzonego przez centralnego zamawiającego. Tak z praktyki stosowania § 7 Zarządzenia Nr 16 przedstawionej przez zamawiającego i potwierdzonej przykładem w postaci zgody Szefa KPRM z dnia 13 stycznia 2014 r. wynika, że zgody są terminowe i opatrzone klauzulami zawierającymi wymóg wcześniejszego rozwiązywania umowy w przypadku udzielenia przez centralnego zamawiającego zamówienia na analogiczny przedmiot zamówienia i

realizowania umowy zawartej przez Centrum Usług Wspólnych. W tym świetle skład orzekający uznaje za uzasadnione stanowisko zamawiającego o prawidłowym ustaleniu liczby zamawiających i okresie realizacji umów, ze wskazaniem, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi może ulec przesunięciu z uwagi na wiarygodne okoliczności wskazane w istotnych postanowieniach umowy (§ 3 ust. 1 i 2). Należy zatem zauważyć, że postanowienia siwz, w tym postanowień umownych nie wskazują na możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiających lecz jedynie ewentualność przesunięcia terminu początkowego realizacji.

14

W takim stanie rzeczy brak jest podstaw do twierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia wraz z przedstawionym terminem świadczenia usług dokonany przez zamawiającego nastąpił z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp. W ocenie Izby dokumentacja postępowania, a w szczególności zasady obliczenia ceny określone w siwz oraz w formularzu ofertowym umożliwiają przygotowanie i złożenie prawidłowej oferty. Fakt, iż wykonawca nie ma stuprocentowej pewności co do liczby zamawiających i terminów rozpoczęcia świadczenia usług dla każdego z nich nie zaprzecza stwierdzeniu zdania poprzedniego, a w istocie mieści w granicach ryzyka gospodarczego kontraktu. Odnośnie żądań odwołania dotyczących dookreślenia możliwości rozwiązania umów po wyczerpaniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz nakazania podania informacji o kwotach, jakimi dysponują poszczególne jednostki na realizację przedmiotu zamówienia Izba podziela stanowisko zamawiającego, że żądania powyższe nie wynikają z zarzutów odwołania, a przy tym zostały zgłoszone po terminie. Odwołujący powołuje się na fakt zmiany siwz, jednakże w tym zakresie zmiany nie były dokonywane i w pierwotnej wersji specyfikacji już wskazano, iż każda z jednostek będzie oddzielną stroną umowy ponoszącą odpowiedzialność za wykorzystanie środków posiadanych na realizację zamówienia.

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 186 ust. 2 ustawy pzp w toku prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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:

15

16