

WYROK / POSTANOWIENIE
z dnia 28 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Marek Koleśnikow
Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 26 listopada 2008r.
w odwołania wniesionego przez **Polkomtel S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3** od
rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Energa – Operator S.A z siedzibą w Gdańsku, ul.**
Marynarki Polskiej 130 protestu / protestów * z dnia **28 października 2008r.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie **XXX** do postępowania odwoławczego **XXX** po
stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz
w sposób określony w treści uzasadnienia orzeczenia,**

2. kosztami postępowania obciąża Energa – Operator S.A z siedzibą w Gdańsku, ul.
Marynarki Polskiej 130 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł**
00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty
wpisu uiszczanego przez **Polkomtel S.A z siedzibą w Warszawie, ul.**
Postępu 3
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt
cztery złote zero groszy) przez **Energa – Operator S.A z siedzibą**
w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130 na rzecz **Polkomtel S.A z siedzibą**
w Warszawie, ul. Postępu 3, stanowiącej uzasadnione koszty strony
poniesione z tytułu wpisu,

1

-
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień
Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset
trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu
Zamówień Publicznych na rzecz **Polkomtel S.A z siedzibą w Warszawie, ul.**
Postępu 3.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu
nieograniczonego na świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej
zostało wszczęte przez Zamawiającego – Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul.
Marynarki Polskiej 130 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem
2008/S 198 – 263045 w dniu 11 października 2008r. W tym samym dniu Zamawiający
zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na swojej stronie internetowej
www.energa-operator.pl

Na treść tej siwz w dniu 24 października 2008r. wniósł protest Polkomtel S.A. z siedzibą w
Warszawie, ul. Postępu 3 – zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu
naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych ((Dz.
U. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058) – dalej ustawy) :

- a) art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie warunku udziału w
postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, w sposób naruszający
zasadę uczciwej konkurencji,
- b) art. 26 ust. 1 ustawy w związku z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady

- Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605), poprzez żądanie dokumentów podmiotowych, na podstawie których nie będzie możliwa ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- c) art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez umieszczenie wśród kryteriów oceny ofert podkryterium, którego zastosowanie będzie skutkowało złożeniem oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
 - d) art. 29 ust. 1 ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a także poprzez zaniechanie określenia zakresu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,
 - e) art. 30 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem odpowiednich norm,

2

- f) art. 35 ust. 2 ustawy, poprzez wadliwe określenie wartości szacunkowej zamówienia,
- g) art. 41 ust. 7 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, poprzez określenie różnych kryteriów oceny ofert w ogłoszeniu o zamówieniu (najniższa cena) oraz w siwz (średnia cena ważona),
- h) art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy, poprzez zaniechanie opisanie sposobu obliczenia ceny,
- i) art. 91 ust. 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy oraz z związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach poprzez zastosowanie w siwz kryterium oceny ofert niedopuszczalnego na podstawie przepisów ustawy i sprzecznego z kryterium podanym w ogłoszeniu o zamówieniu,
- j) art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy, poprzez opisanie kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w rozumieniu przepisów ustawy,
- k) art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez zaniechanie określenia w załączonym do siwz projekcie umowy istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia,
- l) art. 139 ust. 3 ustawy, poprzez zawarcie w projekcie umowy załączonym do siwz zastrzeżenia o poufności, pomimo, że informacje zawarte w siwz zostały upublicznione z chwilą publikacji w Internecie treści siwz, a umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne,
- m) art. 140 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 4 do siwz uprawnienia do wypowiedzenia umowy (§ 1 ust. 3) zawartej na czas oznaczony bez zaistnienia okoliczności, które z mocy art. 145 ust. 1 ustawy uprawniają do wcześniejszego zakończenia stosunku zobowiązaniowego wyłącznie w razie zaistnienia tej okoliczności, wobec czego treść siwz sprzeczna jest również z art. 353 kc,
- n) art. 38 ust. 5 ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w związku z wadliwym określeniem warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji postanowień siwz w sposób zapewniający zgodność postępowania z przepisami ustawy poprzez przedstawienie tekstu jednolitego i załączników uwzględniających wszystkie zmiany, ewentualnie o unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy w przypadku stwierdzenia naruszenia art. 38 ust. 5 ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na postanowienie pkt III.2.3 ogłoszenia i pkt VIII.1.3.1 siwz oraz pkt IX.1.9 siwz i wskazał, że wskazany w tych postanowieniach warunek udziału w postępowaniu jest niedookreślony i niejednoznaczny oraz uniemożliwia porównanie ofert, gdyż Zamawiający nie wymaga w ramach warunku wykazania się usługami, które są przedmiotem zamówienia np. telefonii konwergentnej oraz dzierżawy łączy, co świadczy o

3

jego nieadekwatności do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazał także

czasookresu realizacji usług wykazywanych oraz wartości usługi, pozwalających zakwalifikować doświadczenie jako odpowiadające swoim rodzajem i wartością. Takie działanie Zamawiającego narusza art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy oraz jest sprzeczne z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający nie doprecyzował także wymagań odnoszących się do dokumentów, które mają potwierdzać spełnianie warunku. Wskazał, że przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający rażąco naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż załącznik nr 2 do siwz (specyfikacja techniczna i jakościowa) nie zawiera opisu wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, zaś część informacji została zawarta w załączniku nr 1 do formularza oferty, który jest arkuszem oceny oferowanych stawek, a nie elementem opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że informacje podane przez Zamawiającego nie mogą być uznane za wystarczające do sporządzenia oferty, a w szczególności ustalenia zakresu zobowiązania wykonawcy. Stwierdził, iż Zamawiający nie podał:

- w jaki sposób wykonawca ma spełnić wymóg dostępności modemów i aparatów i czy przedmiotem zamówienia poza usługą telekomunikacyjną jest także zamówienie na dostawy,
- liczby zamawianych kart SIM,
- rodzaju usług aktywowanych lub blokowanych na kartach,
- liczby aparatów telefonicznych, modemów,
- liczby kont SMSC i zakresu funkcjonalnego aplikacji SMSC, wymagań technicznych i technologicznych,
- liczby i adresów lokalizacji dla telefonii konwergentnej, liczby numerów stacjonarnych w poszczególnych strefach numeracyjnych,
- liczby relacji i adresów lokalizacji dla łącz dzierżawionych, E1, E3, STM1, w tym terminów ich uruchomienia,
- liczby APN i terminów uruchomienia,
- harmonogramu zakupu sprzętu i aktywacji poszczególnych usług,
- opisu funkcjonalności „pakietu kwotowego”, taryfy, abonamentu,
- harmonogramu wymiany obecnie posiadanych przez Zamawiającego kart,
- definicji telefonu stacjonarnego.

W zakresie powyższych braków wskazał na postanowienia załącznika nr 1 do formularza oferty tabela 2a poz. 23 – 37 i tabela 2b poz. 42 – 47, tabeli 1a, tabeli 3a. Podniósł, że dane podane przez Zamawiającego są niepełne i nie pozwalają na skalkulowanie oferty np. podano liczbę nowych aparatów telefonicznych w określonych przedziałach cenowych, ale nie wskazano, jakie usługi mają być aktywowane, przez jaki okres czasu, co mieści się w pojęciu „pakietu kwotowego do 30 zł”, czasu rozliczania pul minutowych, momentu ich

uruchamiania, zdarzeń mających nastąpić po wyczerpaniu puli, rodzaju połączeń wykonywanych w ramach puli, czy zamówienie obejmuje usługi połączeń głosowych, transmisji danych w ruchu międzynarodowym i roamingu. Odwołujący wskazał, że u poszczególnych wykonawców różne są taryfy, pule, przedziały cenowe, różne sposoby kwalifikacji np. konkretnego modelu telefonu do przedziału cenowego, co powoduje, że Zamawiający otrzyma oferty nieporównywalne. Ponadto wymóg zgodności ceny za oferowane modele telefonów i modemów z aktualnym cennikiem operatora z uwagi na powyższe rozbieżności pomiędzy ofertami wykonawców, przesądza o nieporównywalności ofert. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający oczekuje podania upustu ceny na akcesoria, przy czym wymaga upustu, od ceny producenta, a nie wykonawcy, co powoduje, że wykonawca ma zaoferować akcesoria bez zysku, a poniżej ceny, za którą je nabędzie. Całokształt powołanych przez Odwołującego okoliczności wskazuje, jego zdaniem, na naruszenia art. 30 ust. 1 ustawy. W zakresie istotnych postanowień umowy Odwołujący powołał § 1 ust. 2 wzoru umowy, z którego nie można wywieść czasookresu trwania umowy, gdyż nie podano kwoty środków netto przeznaczonych na realizację umowy, dodatkowo w § 1 ust. 3 Zamawiający zastrzegł możliwość rozwiązania umowy za 3 miesięcznym wypowiedzeniem, co jest sprzeczne, według Odwołującego, z art. 353 kc w związku z art. 14 ustawy i zasadą pacta sunt servanda oraz narusza art. 145 ust. 1 ustawy. Ponadto w § 1 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że umowa jednostkowa jest automatycznie przedłużana po upływie okresu jej obowiązywania do czasu zgłoszenia rezygnacji z danej usługi lub wygaśnięcia umowy podstawowej, co oznacza, że wykonawca nie ma żadnej

gwarancji, że Zamawiający będzie umowę realizował, co jest sprzeczne z istotą umowy o zamówienie publiczne. Zdaniem Odwołującego, nieprecyzyjne są także postanowienia § 6 ust. 1 wzoru umowy dotyczące postępowania reklamacyjnego, zaś kary umowne zastrzeżone w § 7 wzoru umowy, zostały zastrzeżone wyłącznie na rzecz Zamawiającego, co narusza zasadę równowagi stron umowy, a ponadto zostały opisane w sposób uniemożliwiający ustalenie ich wysokości. Odwołujący przywołał także postanowienia załącznika nr 2 do siwz pkt 2 lit. d i e, które również z uwagi na nieznaną liczbę zamawianych kart nie pozwalają na wyliczenia kar umownych. Według Odwołującego, nie została także uregulowana kwestia podmiotu dokonującego płatności za zamawiane usługi. Odwołujący uznał, że niedopuszczalne i sprzeczne z art. 139 ust. 3 ustawy jest zobowiązanie wykonawców do zachowania poufności treści umowy, bo wprawdzie przepis art. 138c ust. 1 pkt 1 ustawy pozwala na zachowanie poufnego charakteru informacji w toku postępowania, to jednak tego przepisu nie da się zastosować do treści umowy, która jako projekt jest publikowana na stronie internetowej chwilą zamieszczenia siwz, a nadto po podpisaniu jest jawna, stąd postanowienia § 2 ust 1 lit a i § 2 ust 3 są niezgodne z ustawą. Według Odwołującego, Zamawiający poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia

5

w projekcie umowy naruszył także art. 140 ust. 1 i 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, doprowadził do sytuacji, w której treść umowy nie będzie tożsama ze zobowiązaniem wykonawcy złożonym w ofercie. Ponadto takie działanie Zamawiającego prowadzi do możliwości odrzucania ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 66 kc i w związku art. 14 ustawy. Odwołujący podniósł ponadto, że ustalone przez Zamawiającego w pkt XVII siwz kryterium oceny ofert jest wadliwe, gdyż wyłącznie cena może być jedynym kryterium ofert, a gdy występują inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, to jednym z nich musi być cena. Natomiast w przedmiotowej sprawie Zamawiający jako jedyne kryterium, odmiennie zresztą niż w ogłoszeniu, podał, że jest średnia cena ważona. Pojęcie to nie jest ceną w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001r. o cenach (Dz. U. z 2001r. Nr 97 poz. 1050 ze zm.). Średnia cena ważona ma być wyliczona według wzoru podanego przez Zamawiającego i nie może być utożsamiana z ceną oferty, gdyż nie jest wynagrodzeniem, jakie Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić wykonawcy w wyniku zawartej umowy. Stąd Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż pominął kryterium ceny, a nadto średnia cena ważona jest ceną netto, a w ogłoszeniu pkt IV.2.1 wskazał, że oceny ofert będzie dokonywał według kryterium najniższej ceny. Ponadto konstrukcja obliczenia średniej ceny ważonej nie pozwala na dokonanie oceny ofert, dodatkowo zaś w ogóle nie jest możliwe obliczenie ceny zamówienia, gdyż przedmiot zamówienia jest wadliwie opisany. Odwołujący wskazał także, że podkryterium określone w załączniku nr 1 do formularza oferty poz. 29 prowadzi do składania ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153 poz. 1530), gdyż udzielenie upustu poniżej cen producenta na akcesoria prowadziło do zaoferowania ceny dumpingowej. Zdaniem Odwołującego, wszystkie powyższe okoliczności wskazują, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a więc powinno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, a już w szczególności z uwagi na wady, jakimi dotknięte są warunki udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny oferty, co kwalifikuje postępowanie do unieważnienia z uwagi na brzmienie art. 38 ust. 5 ustawy i to niezależnie od wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008r. Ponadto Odwołujący stanął na stanowisku, że wobec błędów w określeniu przedmiotu zamówienia również i wartość szacunkowa zamówienia została wadliwie określona, co narusza art. 32 ustawy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien uwzględnić protest, a przy przygotowaniu nowego postępowania dokonać ponownego oszacowania wartości szacunkowej zamówienia, w celu uwzględnienia braków dotyczących przedmiotu zamówienia. Wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w jego interesie leży złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu i zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne, co przy wskazanych wadach postępowania nie jest możliwe.

6

W dniu 3 listopada 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając go w części dotyczącej określenia warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert i sposobu obliczenia ceny. W pozostałym zakresie protest oddalił.

W uzasadnieniu uznał, że zarzuty Odwołującego dotyczące nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, zaniechania określenia istotnych postanowień umowy, zastrzeżenia poufności w projekcie umowy, określenia zakresu świadczenia wykonawcy, możliwości wypowiedzenia umowy oraz unieważnienia postępowania są bezzasadne. Zamawiający wskazał, że opisał przedmiot w wystarczający sposób pozwalający na złożenie porównywalnych ofert, wzór zawiera wszystkie elementy istotne przyszłej umowy i dopuszczalne było zastosowanie klauzuli poufności, w odniesieniu do informacji, które strony uzyskały w związku z realizacją umowy.

Wskazał, że art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171 poz. 1058) zezwala Zamawiającemu na dokonanie zmiany treści siwz, treści ogłoszenia w zakresie warunków udziału w postępowaniu jak i kryteriów oceny ofert i z tego względu nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. Zamawiający zobowiązał się do zmiany treści ogłoszenia i siwz, zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

W dniu 13 listopada 2008r. Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem w części oddalającej protest i wniósł odwołanie. Utrzymał zarzuty dotyczące naruszenia :

- a) art. 29 ust. 1 ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a także poprzez zaniechanie określenia zakresu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,
- b) art. 30 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem odpowiednich norm,
- c) art. 35 ust. 2 ustawy, poprzez wadliwe określenie wartości szacunkowej zamówienia,
- d) art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez zaniechanie określenia w załączonym do siwz wzorze umowy istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia,
- e) art. 139 ust. 3 ustawy, poprzez zawarcie w wzorze umowy załączonym do siwz zastrzeżenia o poufności, pomimo, że informacje zawarte w siwz zostały upublicznione z chwilą publikacji w Internecie treści siwz, a umowy w sprawach Zamówień Publicznych są jawne,
- f) art. 140 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy zakresu świadczenia wykonawcy, który powinien być tożsamy ze zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie,

7

-
- g) art. 145 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 4 do siwz uprawnienia do wypowiedzenia umowy (§ 1 ust. 3) zawartej na czas oznaczony bez zaistnienia okoliczności, które z mocy art. 145 ust. 1 ustawy uprawniają do wcześniejszego zakończenia stosunku zobowiązaniowego wyłącznie w razie zaistnienia tej okoliczności, wobec czego treść siwz sprzeczna jest również z art. 353 kc.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w sposób zapewniający jej zgodność z ustawą i innymi ustawami, ewentualnie o nakazanie unieważnienia postępowania oraz o obciążenia Zamawiającego kwotą wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego. W całości w zaskarżonym zakresie podtrzymał podniesioną w proteście argumentację podając dodatkowo orzecznictwo KIO na poparcie swoich twierdzeń np. wyrok z 27.03.2008r. sygn. akt KIO/UZP 224/08, z 31.03.2008r. sygn. akt KIO/UZP 230/08, z 23.01.2008r. sygn. akt KIO/UZP 101/07 i 29.01.2008r. sygn. akt KIO/UZP 113/07.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym z ogłoszenia o zamówieniu publicznym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawierającego ustalenie wartości szacunkowej zamówienia.

Izba zapoznała się za stanowiskami stron wyrażonymi w pismach oraz zaprezentowanymi na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Sekcji II.1.5 ogłoszenia podał krótki opis zamówienia lub zakupu „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej, dostępność nowych aparatów telefonicznych GSM, świadczenie usług transmisji danych GSM, dostępność nowych modemów GSM przeznaczonych do transmisji danych w sieci telefonii komórkowej (GPRS/EDGE/UMTS/HSDPA), świadczenie dzierżawy łączów telekomunikacyjnych, świadczenie usług telefonii konwergentnej. W zakresie przedmiotu zamówienia wykonawca był zobowiązany dostarczyć kompletną zamówioną usługę. Zamawiający wskazał także kody CPV 64210000, 64212000, 32250000, 32252000, 32260000. W sekcji II.3 podał, że czas realizacji zamówienia ma wynosić 36 miesięcy od udzielenia zamówienia.

Zamawiający w pkt IV siwz wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii komórkowej, a szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia zawiera specyfikacja techniczna i jakościowa stanowiąca załącznik nr 2 do siwz. W załączniku nr 1 do siwz w formularzu ofertowym wykonawcy mieli oświadczyć, że oferują realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z siwz, w oparciu o ocenę jednostkową wg kalkulacji własnej, zawarte w załączniku nr 1 do formularza oferty. Załącznik nr 1 do

8

formularza oferty składał się z tabel 1a, 1b, 2a, 2b, 3a-3g w ramach, których wyodrębniono świadczenie poszczególnych usług i podano nazwy kryteriów, wyznacznik kryterium (w którym wykonawcy mieli podać ceny netto) oraz wagę kryterium.

Tabele 1 dotyczyły usług podstawowych, w ramach, których wyodrębniono :

Tabela 1a – świadczenie usług głosowych bez zakupu sprzętu u Operatora GSM i przewidziano wyznacznik kryterium – pakiet kwotowy do 30 zł, w ramach, którego wykonawcy mieli podać przykładowo – opłatę aktywacyjną, stawkę za minutę połączenia do sieci własnej Operatora, do innych krajowych operatorów, na numery stacjonarne, za przesyłanie wiadomości SMS, MMS, transmisji danych dla kart głosowych,

Tabela 1b – świadczenie usług transmisji danych bez zakupu sprzętu u Operatora GSM i przewidziano dwa wyznaczniki kryterium – abonament do 50 zł oraz od 51 zł do 100 zł w ramach, których wykonawcy mieli podać przykładowo – opłatę abonamentową za nieograniczony dostęp do Internetu, opłatę aktywacyjną i opłatę dodatkową za zachowanie przepustowości pasma po przekroczeniu danych w abonamencie.

Tabele 2 dotyczyły usług podstawowych z zakupem sprzętu i były podzielone na dwie tabele analogicznie jak w przypadku tabel 1 z dodatkowymi kryteriami odnoszącymi się do cen zakupu nowego telefonu z aktywacją w podanych przedziałach cenowych, upustu na akcesoria GSM od cen detalicznych producenta, ceny wymiany aparatu po upływie umowy o usługę głosową w podanych przedziałach cenowych oraz cen zakupu nowych modemów w zależności od ich rodzajów i cen wymiany modemów po upływie terminu umowy i usługę transmisji danych.

Tabele 3 dotyczą usług dodatkowych takich jak usługa rozmów firmowych dla Zamawiającego w ramach puli 50 000 minut oraz puli dodatkowej 25 000 minut, usługi SMSC, usług prywatnego APN, transmisji danych M2M, telefonii konwergentnej, łączów dzierżawionych i wystawienia duplikatu karty SIM.

W załączniku nr 2 do siwz – specyfikacji technicznej i jakościowej Zamawiający określił przedmiot zamówienia – analogicznie jak w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, czas trwania umowy wskazując, że jest on określony na 36 miesięcy licząc od dnia jej zawarcia lub do wykorzystania środków finansowych netto przeznaczonych na realizację umowy. Ponadto podał dane dotyczące czasookresu wymiany aparatów lub modemów w umowach pojedynczych subsydiowanych i niesubsydiowanych, liczbę umów na świadczenie usług telekomunikacyjnych wraz z zakupionym sprzętem podlegających rozwiązaniu bez kary pieniężnej, która wynosi 5% wszystkich dostępnych kart oraz liczbę umów na świadczenie usług telekomunikacyjnych podlegających rozwiązaniu bez kary pieniężnej, która wynosi 5% wszystkich dostępnych kart. Zamawiający udostępnił także dane o wielkości generowanego ruchu głosowego przez karty SIM Zamawiającego w skali 2008r. Wskazał także swoje wymagania konieczne do spełnienia przez oferentów.

9

W załączniku nr 4 do siwz Zamawiający przedstawił projekt umowy o świadczenie usług i w § 1 ust. 2 postanowił, że czas trwania umowy jest określony na 36 miesięcy licząc od dnia jej zawarcia lub do wykorzystania środków finansowych netto przeznaczonych na realizację umowy, natomiast w § 1 ust. 3 przewidział możliwość rozwiązania umowy przez każdą ze stron z zachowaniem 3 – miesięcznego okresu wypowiedzenia złożonego na koniec miesiąca kalendarzowego, a w ust. 5 tegoż paragrafu wskazał, że umowa zostaje automatycznie przedłużona po upływie terminu jej obowiązywania, do czasu zgłoszenia rezygnacji z danej usługi lub wygaśnięcia umowy.

W § 2 ust. 1 Zamawiający określił klauzule poufności związane z realizacją przedmiotowej umowy, w ust. 2 przewidział wyjątki od zasady poufności oraz w ust. 3 wskazał, że strony będą ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą za naruszenie zasady poufności.

§ 6 projektu umowy dotyczy postępowania reklamacyjnego za pomocą aplikacji internetowej z określeniem zakresu zgłoszenia reklamacji i daty, od której reklamację uważa się za wniesioną. W tej regulacji Zamawiający nie określił postępowania po wpłynięciu zgłoszenia do wykonawcy.

Zamawiający przewidział ponadto kary umowne określone w § 7 projektu umowy i wykonawca ponosić ma taką karę za opóźnienie w realizacji konkretnej usługi w wysokości 0,5% całkowitego wynagrodzenia należnego za realizację danej usługi, za opóźnienie w usunięciu wad w wysokości 0,5% całkowitego wynagrodzenia należnego za realizację danej usługi nie mniej niż 50 zł dziennie, za niedostępność usługi głosowej przez 3 dni w wysokości 0,5% całkowitej wartości netto przedmiotu zamówienia. Obie strony miały być zobowiązane do zapłaty 10% całkowitej wartości netto przedmiotu zamówienia za niezasadne rozwiązanie umowy. Zamawiający zobowiązał się do zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie należności bezspornych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu odwołania, gdyż kwestionuje zapisy siwz uniemożliwiające w jego ocenie złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zmiany kwestionowanych postanowień będzie on miał szansę na złożenie oferty, a w konsekwencji na uzyskanie zamówienia. Została zatem wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na

10

przygotowanie oferty, a także poprzez zaniechanie określenia zakresu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, oraz art. 30 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem odpowiednich norm, a także art. 140 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy zakresu świadczenia wykonawcy, który powinien być tożsamy ze zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wskazał, że nie jest w stanie oszacować ryzyka związanego z zawarciem umowy w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji dokonać oszacowania ceny oferty z uwagi na następujące braki w opisie przedmiotu zamówienia, tj.:

- w jaki sposób wykonawca ma spełnić wymóg dostępności modemów i aparatów i czy przedmiotem zamówienia poza usługą telekomunikacyjną jest także zamówienie na dostawy,
- liczby zamawianych kart SIM,
- rodzaju usług aktywowanych lub blokowanych na kartach,
- liczby aparatów telefonicznych, modemów,
- liczby kont SMSC i zakresu funkcjonalnego aplikacji SMSC, wymagań technicznych i technologicznych,
- liczby i adresów lokalizacji dla telefonii konwergentnej, liczby numerów stacjonarnych w poszczególnych strefach numeracyjnych,

- liczby relacji i adresów lokalizacji dla łącz dzierżawionych, E1, E3, STM1, w tym terminów ich uruchomienia,
- liczby APN i terminów uruchomienia,
- harmonogramu zakupu sprzętu i aktywacji poszczególnych usług,
- opisu funkcjonalności „pakietu kwotowego”, taryfy, abonamentu,
- harmonogramu wymiany obecnie posiadanych przez Zamawiającego kart,
- definicji telefonu stacjonarnego.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że ma on prawo opisać przedmiot zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Na takie działanie zezwala mu przepis art. 30 ust. 6 ustawy. Jednakże Izba zauważa, że opis wymagań funkcjonalnych powinien spełniać wymogi określone w art. 29 ust. 1 ustawy i zapewniać jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez podanie wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba zgadza się także z Zamawiającym, że możliwe jest skalkulowanie głównego przedmiotu zamówienia, tj. świadczenia usług telekomunikacyjnych w oparciu o podane ilości generowanego ruchu głosowego wychodzącego przy uwzględnieniu danych będących w dyspozycji samych wykonawców dotyczących ich doświadczenia w ocenie ruchu przychodzącego na podstawie podanego ruchu

11

wychodzącego. Jednakże Zamawiający poza podstawowym przedmiotem zamówienia oczekuje także innych świadczeń np. dostawy telefonów, modemów i akcesoriów, świadczenia usługi dzierżawy łącz, usługi telefonii konwergentnej. W tym zakresie Zamawiający nie tylko nie podał swoich wymagań, np. co do usług, jakie powinien obsługiwać telefon komórkowy, minimalnych funkcjonalności, jakie powinny zapewniać oferowane modemy, ale nawet nie wskazał gwarantowanego zakresu zakupów. Także w odniesieniu do telefonii stacjonarnej czy dzierżawy łącz nie określił swoich wymagań w tym zakresie w załączniku nr 2 do siwz, a w załączniku nr 1 do formularza oferty podał jedynie, że oczekuje instalacji (żądał podania opłaty instalacyjnej) oraz podania opłat za połączenia firmowe, z telefonu komórkowego na stacjonarny i odwrotnie oraz rodzaje łącz. Nie podał natomiast, w jakiej technologii oczekuje zaoferowania mu powyższych usług, w ilu lokalizacjach takie usługi mają być świadczone, a także, jakie są minimalne założenia funkcjonalności dla danych łącz. Brak tych informacji powoduje po stronie wykonawców brak możliwości ustalenia stawek za usługi. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że przedmiot zamówienia można podzielić na świadczenia istotne – świadczenie usługi telekomunikacyjnej i inne, dodatkowe, których określenie wyczerpujące nie jest wymagane. Izba stoi na stanowisku, że przy opisie przedmiotu zamówienia, w tym także poprzez odniesienie do wymagań funkcjonalnych Zamawiający powinien mieć na względzie językową wykładnię słów „wyczerpująco” – przedstawić jakieś zagadnienie wszechstronnie, szczegółowo, powiedzieć wszystko na dany temat, oraz „jednoznacznie” – nie budząc wątpliwości (internetowy Słownik Języka Polskiego PWN). Tym samym odstępstwa od wymogów określonych w art. 29 ust. 1 ustawy powinny stanowić wyjątek i jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach np. art. 29 ust. 3 ustawy mogą mieć zastosowanie. Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 30 ust. 1 ustawy i art. 140 ust. 1 ustawy poprzez niejednoznaczne i nie wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia i nakazuje Zamawiającemu modyfikację przedmiotu zamówienia poprzez podanie minimalnych wymagań funkcjonalnych poszczególnych pakietów, minimalnych wymagań funkcjonalnych odnoszących się do aparatów telefonicznych, modemów, akcesoriów w odniesieniu do poszczególnych pakietów, wskazanie minimalnych gwarantowanych przez Zamawiającego zakresów dostaw sprzętu telekomunikacyjnego, liczby i lokalizacji dla telefonii stacjonarnej oraz łącz dzierżawionych, opisu funkcjonalności aplikacji do obsługi SMSC, a zatem wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez zaniechanie określenia w załączonym do siwz wzorze umowy istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia oraz art. 140 ust. 1 ustawy

12

poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy zakresu świadczenia wykonawcy, który powinien być tożsamy ze zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie.

Zarzut ten dotyczy czterech okoliczności faktycznych:

1. opisu przedmiotu świadczenia, który szczegółowo został rozstrzygnięty w pkt 1 uzasadnienia,
2. terminu realizacji umowy - § 1 ust. 2 wzoru umowy,
3. postanowień dotyczących postępowania reklamacyjnego - § 6 wzoru umowy oraz
4. postanowień dotyczących określenia podstawy wymiaru kary umownej - § 7 ust. 1 lit. a i c wzoru umowy.

Ad 2

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Postanowienie umowne przewidujące rozwiązanie umowy z chwilą wykorzystania środków finansowych netto przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację umowy nie zostało przez Zamawiającego skonkretyzowane. W szczególności Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że wykonawcy nie znają wartości szacunkowej zamówienia i wartości netto, od której wyczerpania Zamawiający uzależnia rozwiązanie umowy zostanie przez Zamawiającego podana po upływie terminu składania ofert, a przed otwarciem ofert. Stanowisko to rodzi po stronie wykonawców niepewność, co do czasu trwania umowy, a więc obowiązku świadczenia usługi po stronie wykonawcy wybranego i okresu wypłacania wynagrodzenia. Zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy, jednak dla kalkulacji ceny oferty istotne jest to, czy umowa będzie trwać przez okres 36 miesięcy, czy też przez bliżej nieokreślony okres krótszy. Zamawiający poza świadczeniem usługi telekomunikacyjnej nałożył na wykonawców szereg innych dodatkowych świadczeń, jak np. świadczenie usług telefonii konwergentnej, dzierżawy łączy, dostawy telefonów, modemów i akcesoriów, przy czym szczegółowo dla umów subsydiowanych określił momenty wymiany telefonów i modemów, a więc dla kalkulacji zamówienia istotne jest to, czy umowa może rozwiązać się przed powstaniem obowiązku dostawy telefonów i modemów czy też po tym okresie. Ponadto nie ma racji Zamawiającego, że kwota, którą z mocy art. 86 ust. 3 ustawy Zamawiający podaje przed otwarciem ofert jest tożsama z kwotą, o której mowa w § 1 ust. 2 wzoru umowy. Przede wszystkim kwota, która ma stanowić podstawę rozwiązania umowy jest wartością netto, podczas, gdy kwota podawana przed otwarciem ofert jest wartością brutto. Jest to kwota, którą Zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a więc kwota założona w budżecie Zamawiającego jako zabezpieczenie realizacji zamówienia przyjmowana przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Kwota, która zostanie faktycznie przekazana następnie na realizację zamówienia, może być kwotą inną niż zamierzona. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym

13

na rozprawie. Ponadto nieskonkretyzowanie czasu trwania umowy nakłada na wykonawców ryzyko niedoszacowania umowy, gdyż brak jest możliwości przewidzenia, jaki minimalny zakres świadczenia Zamawiający przewidział do zrealizowania na podstawie przedmiotowej umowy. Zapis ten przenosi ryzyko na wykonawcę i powoduje brak równości stron umowy. W tej sytuacji Izba dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy oraz art. 140 ust. 1 ustawy poprzez nieokreślenie minimalnego zobowiązania wykonawcy i nakazuje modyfikację postanowienia § 1 ust. 2 wzoru umowy poprzez wskazanie minimalnego czasu trwania umowy lub minimalnego wynagrodzenia gwarantowanego wykonawcy.

Ad 3.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Regulacja § 6 wzoru umowy stoi w sprzeczności z przepisami rozdziału 3 Działu III ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków, jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej (Dz.U.04.226.2291), gdyż nie przewiduje trybu dochodzenia roszczeń na drodze sądowej i przewiduje jedynie tryb reklamacyjny dla rozstrzygania roszczeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem usługi. Ponadto przewidziany w § 5 ust. 12 termin rozstrzygnięcia reklamacji jest niezgodny z ustawą Prawo Telekomunikacyjne przewidującego 30 dniowy termin na rozpoznanie reklamacji. Biorąc to

pod uwagę Izba dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy oraz art. 140 ust. 1 ustawy poprzez określenie trybu postępowania reklamacyjnego niezgodnie z przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne i nakazuje dokonanie modyfikacji § 5 ust. 12 i § 6 wzoru umowy z sposób zgodny z rozdziałem 3 Działu III ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz cyt. wyżej rozporządzeniem wykonawczym.

Ad. 4.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz – Formularz oferty w pkt 1 nakazał zawrzeć oświadczenie, iż wykonawcy oferują realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z siwz, w oparciu o ceny jednostkowe wg kalkulacji własnej, zawarte w załączniku nr 1 do formularza oferty. W załączniku nr 1 do formularza oferty nie znalazły się rubryki pozwalające na wpisanie czy też obliczenie całkowitego wynagrodzenia należnego za realizację danej usługi, brak jest również w dokumentacji postępowania, obowiązku podania we wzorze umowy całkowitej wartości netto przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 1 do wzoru umowy Zamawiający oczekuje przykładowo podania stawki za minutę połączenia, stawki za wiadomość sms, ceny nowego aparatu, ceny transmisji danych za 1Mb itp., natomiast nie zostało przez Zamawiającego określone, w jaki sposób będzie obliczana cena

14

danej usługi, czy tą ceną będzie cena za np. dany pakiet, czy określone świadczenie usługi odpowiadające swojej nazwą nazwie tabeli, czy też konkretna cena jednostkowa podana w tabeli. Nadto z uwagi na niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia trudno jest ustalić wymiar kary umownej w odniesieniu do całkowitej wartości netto usługi. Tym samym Izba dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy oraz art. 140 ust. 1 ustawy poprzez określenie podstawy wymiaru kary umownej w sposób niemierzalny, a więc wykluczający możliwość oceny wysokości kary, w tym jej wygórowania i nakazuje Zamawiającemu modyfikację § 7 ust. 1 lit. a i c wzoru umowy poprzez wskazanie innego sposobu obliczenia kary umownej np. poprzez podanie konkretnych kwot kar umownych, lub określenie ich w sposób procentowy ale przy wskazaniu mierzalnego wskaźnika wymiaru np. wartości podanej na fakturze za dany okres rozliczeniowy zgodnie z § 5 ust. 1 i 2 wzoru umowy.

3. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 3 ustawy, poprzez zawarcie w wzorze umowy załączonym do siwz zastrzeżenia o poufności, pomimo, że informacje zawarte w siwz zostały upublicznione z chwilą publikacji w Internecie treści siwz, a umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Należy wprowadzić podzielić argumentację Zamawiającego, że stosownie do treści art. 139 ust. 3 umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zatem zakres jawności umowy o zamówienie publiczne wyznacza art. 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.01.112.1198 zm. Dz.U.05.132.1110). Jednakże Zamawiający jest spółką akcyjną z 1,07 % udziałem Skarbu Państwa, zaś wykonawcy są przedsiębiorcami świadczącymi usługi na rynku telekomunikacyjnym, a więc zakres klauzuli poufności może odnosić się do postanowień umownych dotyczących informacji chronionych ustawowo oraz tajemnic przedsiębiorcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast z § 2 ust. 1 wzoru umowy wynika szeroki zakres zastosowania klauzuli poufności odnoszący się nie tylko do informacji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, ale wszelkich informacji technicznych, technologicznych, ekonomicznych, finansowych, handlowych, prawnych i organizacyjnych, jakie strony uzyskały niezależnie od formy i źródła ich pozyskania. Tak szerokie określenie klauzuli tajności nie mieści się w ograniczeniu dostępu do informacji niejawniej regulowanym art. 5 ustawy o dostępie do informacji niejawniej, a więc wykracza poza ramy określone w art. 139 ust. 3 ustawy. Podstaw do tak szerokiego zastrzeżenia poufności nie daje także Dział VII ustawy Prawo telekomunikacyjne, który również stanowi o obowiązku zachowania tajemnicy związanej z

15

realizacją świadczenia usług telekomunikacyjnych i ochroną prywatności osoby fizycznej. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 139 ust. 3 ustawy i nakazuje modyfikację § 2 ust. 1 wzoru umowy w ten sposób, aby doprowadzić do zgodności postanowienia z treścią art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji niejawniej z uwzględnieniem treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz postanowień Działu VII ustawy Prawo telekomunikacyjne.

4. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 145 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 4 do siwz uprawnienia do wypowiedzenia umowy (§ 1 ust. 3) zawartej na czas oznaczony bez zaistnienia okoliczności, które z mocy art. 145 ust. 1 ustawy uprawniają do wcześniejszego zakończenia stosunku zobowiązaniowego wyłącznie w razie zaistnienia tej okoliczności, wobec czego treść siwz sprzeczna jest również z art. 353 kc.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wskazać należy, że art. 144 ustawy zawiera generalny zakaz zmian postanowień zawartej umowy i to zarówno w brzmieniu przed nowelizacją z dnia 4 września 2008r., jak i po tej nowelizacji. Jednakże zakaz dokonywania tych zmian dotyczy okoliczności mających miejsce po zawarciu umowy, a nieregulowanych postanowieniami tej umowy. Zatem należy przyznać rację Zamawiającemu, że z ustawy nie wynika zakaz stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku regulowania postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. Izba podziela także twierdzenie Zamawiającego, że ustawodawca w ustawie nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnośnienie się do uregulowań Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym. Powszechnie w doktrynie akceptowany jest pogląd np. o możliwości sądowego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne w przypadku istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Podobnie wypowiedział się w tym przedmiocie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003r. sygn. akt III CKN 1320/00, odnosząc się wprawdzie do art. 77 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.), jednakże z uwagi na tożsamość treści art. 77 ustawy o zamówieniach publicznych z art. 145 ust. 1 ustawy, należy uznać, że teza przedstawiona w tym orzeczeniu pozostaje aktualna. Argument podniesiony przez Odwołującego o zakazie wypowiedzania umów dotyczących świadczeń ciągłych zawartych na czas oznaczony, wywodzony z rozumowania a contrario w

oparciu o przepis art. 365 ¹ kc, Izba uznaje za nietrafny, albowiem należy zauważyć, że umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych z mocy art. 750 kc powinna być analizowana z zastosowaniem przepisów o umowie zlecenia. Przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne nie regulują w sposób szczególny kwestii rozwiązania umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie świadczenia usług telefonii komórkowej, nakazując jedynie wprowadzenie do treści umowy o świadczenie takiej usług postanowień regulujących problematykę rozwiązywania i wypowiedzania umów. W tej sytuacji do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych będzie mieć zastosowanie przepis art. 746 kc (vide wyrok SN z dnia 17 listopada 1999r. sygn. akt III CKN 450/98), który poza zasadami wypowiedzania umów przez strony umowy zlecenia statuuje generalną klauzulę zakazującą zrzeczenia się prawa do wypowiedzenia umowy zlecenia z ważnych przyczyn (vide wyrok SN z dnia 28 września 2004r. sygn. akt IV CK 640/03, wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2004r. sygn. akt V CK 433/03). Ponadto przepis art. 365 ¹ kc jest przepisem ogólnym i odstępstwa od tej reguły są określone przepisami dotyczącym poszczególnych rodzajów umów nazwanych Kodeksu cywilnego, stąd też rozumowanie a contrario, w przypadku wykładni tego przepisu powinno być dokonywane z uwzględnieniem stosowania przepisów szczególnych regulujących dany typ umowy, a nadto z uwzględnieniem zasady swobody kontraktowania z art. 353 ¹ kc. Powyższe znajduje swoje oparcie także w stanowisku doktryny – vide Romanowski Michał „Dopuszczalność wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony w świetle zasady swobody umów” PPH.2002.11.47, E. Rott-Pietrzyk

„Dopuszczalność zastrzeżenia wypowiedzenia umowy agencyjnej na czas oznaczony.” PPH 2003/10/45. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 145 ust. 1 ustawy.

5. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 35 ust. 2 ustawy, poprzez wadliwe określenie wartości szacunkowej zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający wadliwie dokonał wyceny wartości szacunkowej zamówienia, a swoje przekonania w tym zakresie oparł jedynie na niekompletności opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże, to na Odwołującym ciążył obowiązek dowiedzenia zarzutu. W tych okolicznościach Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 35 ust. 2 ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp. uwzględniając wniosek pełnomocnika Odwołującego o zwrot kosztów uiszczanego wpisu.

17

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058) na niniejszy wyrok/postanowienie* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

18