

Warszawa, 10 lipca 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie
Ul. Żelazna 59A
00-848 Warszawa
e-mail: przetragei-kzgw@wody.gov.pl

Odwołujący:

Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
Numer KRS: 0000010681
e-mail: Robert.Kloczko@orange.com
tel.: +48 509 697 047

Reprezentowana przez:

Robert Kłoczko

Numer ogłoszenia TED: 2023/S 124-390838

ODWOŁANIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa aparatów telefonicznych wraz ze świadczeniem usług w zakresie telefonii GSM dla jednostek organizacyjnych PGW WP na okres 36 miesięcy”. Znak sprawy: KZGW/KI/207/2023.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych nr 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 dn. 6 lipca 2023 r.

Na podstawie art. 513 ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wnoszę odwołanie na treść dokumentów zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa aparatów telefonicznych wraz ze świadczeniem usług w zakresie telefonii GSM dla jednostek organizacyjnych PGW WP na okres 36 miesięcy”, zwanym dalej „Postępowaniem”.

Odwołujący jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, jednocześnie na skutek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z ustawą, w szczególności niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także mogący utrudniać uczciwą konkurencję, nie ma możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia w Postępowaniu. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności opisu przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w ustawie, co umożliwi Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Wobec powyższego należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

Zamawiającemu zarzucam następujące naruszenie przepisów ustawy:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na:
 - a) brak podania informacji na temat poziomu sygnału w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego i jednocześnie zastrzeżenie przez Zamawiającego rażąco wygórowanej kary umownej za każdy dzień zwłoki w stosunku do tego terminu (§ 5 ust. 1 Wzoru Umowy), co uniemożliwia sporządzenie oferty z uwagi na brak możliwości skalkulowania ceny oferty ze względu na nieznaną ilość lokalizacji wymagających inwestycji, a także zakresu inwestycji w poszczególnych lokalizacjach oraz brak możliwości oceny przez wykonawców innych niż wykonawca obecnie świadczący usługi tego, czy będą w stanie zrealizować zamówienie w terminach określonych przez Zamawiającego i związanego z tym ryzyka zapłaty kar umownych;
 - b) Brak podania ruchu telefonicznego u Zamawiającego, co uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty, z uwagi na to, że wykonawca nie będzie wiedział, w jaki sposób musi skalkulować koszty wynikające ze świadczenia usług telekomunikacyjnych,
- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp.

2. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję poprzez:
 - a) brak podania informacji na temat poziomu sygnału w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego i jednocześnie zastrzeżenie przez Zamawiającego rażąco wygórowanej kary umownej za każdy dzień zwłoki w stosunku do tego terminu (§ 5 ust. 1 Wzoru Umowy), co powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie wykonawcy świadczącego obecnie usługi z uwagi na to, że wykonawca ten ma wiedzę na temat infrastruktury i wie, w jaki sposób ma skalkulować ewentualne koszty realizacji zamówienia związane z jej rozbudową, a także ryzyka związanego z rozbudową infrastruktury, w przeciwieństwie do wykonawców nie świadczących obecnie usług, które to uprzywilejowanie wynika tylko i wyłącznie z nieprawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, a nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;

- b) brak podania ruchu telefonicznego u Zamawiającego, co powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie wykonawcy świadczącego obecnie usługi z uwagi na to, że wykonawca ten ma wiedzę na temat ruchu telefonicznego u Zamawiającego, co umożliwi mu skalkulowanie kosztów realizacji zamówienia, podczas gdy inni wykonawcy takiej wiedzy nie mają, a ograniczenie to wynika tylko i wyłącznie z nieprawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, a nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;
- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp;
3. Zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za każde rozpoczęte 12 godzin przerwy w świadczeniu Usług GSM w odniesieniu do każdej poszczególnej usługi na aktywnej karcie SIM w ramach Usługi GSM (§ 7 ust. 3 Umowy) oraz za każdą rozpoczętą godzinę braku świadczenia Usługi prywatnego APN (brak dostępności transmisji danych z kartą znajdującą się w prywatnym APN) w odniesieniu do każdej aktywnej karty SIM (§ 7 ust. 3a Umowy), gdyż wysokość tych kar przekracza w sposób znaczący wartość samych usług, których kara dotyczy, co stanowi naruszenie art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia poprzez:

1. Zmianę § 5 ust. 1 Wzoru Umowy poprzez dodanie zastrzeżenia, że w przypadku, gdy w którejkolwiek z lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych, wykonawca przedstawi rozwiązanie jakie należy zastosować w celu poprawienia poziomu sygnału, oszacuje koszty jego instalacji oraz proponowany możliwy termin realizacji. Po akceptacji tego rozwiązania przez Zamawiającego, wykonawca na koszt Zamawiającego dokona niezbędnych instalacji w terminie uzgodnionym przez strony;
2. Wykreślenie kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 1 dla lokalizacji, w których siła sygnału okaże się zbyt słaba, aby bez dodatkowych inwestycji zapewnić świadczenie Usług GSM
3. Wykreślenie kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 3 Wzoru Umowy, ewentualnie ograniczenie jej do maksymalnej wartości miesięcznego abonamentu za kartę SIM.
4. Wykreślenie kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 3 a Wzoru Umowy ewentualnie ograniczenie jej do maksymalnej wartości miesięcznego abonamentu za usługę Prywatny APN.
5. Podanie ruchu telekomunikacyjnego u Zamawiającego za okres ostatnich 12 miesięcy, z podziałem na następujące kategorie połączeń:
 - a. Ruch krajowy w ramach firmy – średnia liczba minut miesięcznie ...,
 - b. Ruch krajowy w sieci macierzystej – średnia liczba minut miesięcznie ...,
 - c. Ruch krajowy do innych sieci – średnia liczba minut miesięcznie ...,
 - d. Ruch krajowy na stacjonarne – średnia liczba minut miesięcznie ...,
 - e. SMS krajowy w sieci macierzystej – średnia liczba SMS-ów miesięcznie ...,
 - f. SMS krajowy w pozostałych sieciach – średnia liczba SMS-ów miesięcznie ...,
 - g. MMS krajowy w sieci macierzystej – średnia liczba MMS-ów miesięcznie ...,

- h. MMS krajowy do pozostałych sieci – średnia liczba MMS-ów miesięcznie ...,
- i. Transmisja danych krajowa – średnia liczba MB lub Kb. miesięcznie...,
- j. Transmisja danych na terenie UE – średnia liczba MB lub Kb. miesięcznie...,
- k. Transmisja danych poza UE – średnia liczba MB lub Kb. miesięcznie...,
- l. Połączenia wychodzące w roamingu UE – średnia liczba minut miesięcznie ...,
- m. Połączenia odebrane w roamingu UE – średnia liczba minut miesięcznie ...,
- n. Połączenia wychodzące w roamingu Świat – średnia liczba minut miesięcznie ...,
- o. Połączenia odebrane w roamingu Świat – średnia liczba minut miesięcznie ...,
- p. Połączenia międzynarodowe do UE – średnia liczba minut miesięcznie ...,
- q. Połączenia międzynarodowe Świat – średnia liczba minut miesięcznie ...,
- r. SMS w roamingu – średnia liczba SMS-ów miesięcznie ...,

Zamawiający opublikował dokumenty zamówienia dn. 30 czerwca 2023 r. wobec czego dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy należy uznać za zachowany.

Odwołanie zostało przesłane Zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dn. 10 lipca 2023 r., zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa aparatów telefonicznych wraz ze świadczeniem usług w zakresie telefonii GSM dla jednostek organizacyjnych PGW WP na okres 36 miesięcy”. Dnia 30 czerwca 2023 r. Zamawiający opublikował dokumenty zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego jest niezgodny z ustawą, z uwagi na to, że jest niejednoznaczny, niewyczerpujący nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Zarzuty 1 a) i 2 a) – brak informacji na temat poziomu sygnału

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Dokonanie przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Jednymi z podstawowych zasad, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia są jednoznaczność oraz

wyczerpujący charakter opisu przedmiotu zamówienia, a także uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje zgodność zarówno, co do tego, jak istotną czynnością jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, jak i co do tego, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji ustalić co musi zaoferować oraz jakie są wymagania Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać dokonany w sposób jednoznaczny, ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty (tak: B. Artymowicz i in. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021, s. 339). Podobne stanowisko prezentuje M. Stachowiak, stwierdzając, że „Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.). Zamawiający nie spełnił tych wymagań formułując OPZ w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wymaga:

- zgodnie z Pkt 1.1.2 lit. a) OPZ, aby Wykonawca spełnił wymienione tam wymagania. Koszt ich realizacji musi być wliczony w cenę oferty. Wymagania obejmują m. in., aby Wykonawca zapewnił **zasięg na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosu i danych w każdym kierunku we wszystkich pomieszczeniach biurowych, we wszystkich ciągach komunikacyjnych, garażach jak i pomieszczeniach technicznych w kluczowych lokalizacjach Zamawiającego.** Dokładny wykaz lokalizacji znajduje się w Załączniku nr 6 do Umowy pkt 1 - Zestawienie adresów kluczowych lokalizacji Zamawiającego.
- zgodnie z Pkt 1.1.2 lit. b) OPZ, aby Wykonawca spełnił wymienione tam wymagania. Koszt ich realizacji musi być wliczony w cenę oferty. Wymagania obejmują m. in., aby Wykonawca zapewnił **zasięg na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosu i danych w każdym kierunku na obiektach Zamawiającego.** Dokładny wykaz lokalizacji znajduje się w Załączniku nr 6 do Umowy pkt 2 – Zestawienie adresów lokalizacji Zamawiającego oraz pkt 3 - Zestawienie adresów obiektów hydrotechnicznych.

Zamawiający nie podał jednak informacji na temat tego jaki jest poziom zasięgu w poszczególnych lokalizacjach, co uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty, gdyż wykonawca nie wie, jakie nakłady będzie musiał ponieść na to, aby świadczyć usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający wskazuje ponad 700 lokalizacji, w których oczekuje zapewnienia zasięgu. Znacząca część tych lokalizacji to obiekty hydrotechniczne, które nie są zlokalizowane w aglomeracjach miejskich, a w miejscach niezamieszkałych, trudnodostępnych, odległych od miast, gdzie w szczególności mogą występować tzw. „białe plamy”.

Problem z zasięgiem mogą występować na terenie otwartym, jak i w budynkach. W przypadku problemów z poziomem sygnału w budynku sposób działania i tym samym czas realizacji, a także koszt tych prac uzależniony jest m. in. od tego:

- 1) Lokalizacji problemów (np. kondygnacje podziemne, materiały budowlane użyte przy konstrukcji budynku – pewne materiały będą w większym stopniu będą wpływać na sygnał, niż inne – np. żelbet);
- 2) Czy w budynku znajdują się urządzenia wzmacniające zasięg, z których może skorzystać wykonawca;
- 3) Kto jest właścicielem budynku – czy Zamawiający, czy podmiot trzeci, od którego Zamawiający wynajmuje powierzchnie. Wykonanie prac w budynku wymaga opracowania projektu, który musi zostać następnie uzgodniony i zaakceptowany przez właściciela lub zarządcę – który to czas jest niezależny od wykonawcy, a ma wpływ na termin realizacji zamówienia przez wykonawcę;
- 4) Czy prace w budynku, w związku z tym, że budynek ma strategiczne znaczenie, nie wymagają dodatkowych formalności i procedur.

W przypadku, gdy poziom sygnału jest zbyt niski w terenie otwartym, czas wzmocnienia sygnału może być jeszcze dłuższy i w skrajnych przypadkach wiązać się z koniecznością zbudowania dodatkowego nadajnika BTS, którego czas budowy może wynosić od 18 miesięcy do 36 miesięcy.

Zamawiający oczekuje zapewnienia odpowiedniego poziomu zasięgu, w momencie rozpoczęcia świadczenia usług.

Nawet gdyby Wykonawca posiadał wiedzę nt. lokalizacji w których należy wykonać inwestycje zasięgowe, to Zamawiający nie przewidział, iż są to procesy bardzo czasochłonne, a dysponując informacjami, które obecnie są zawarte w dokumentach zamówienia, wykonawca, inny niż obecnie świadczący usługi nie jest w stanie oszacować nawet, czy w wymaganym czasie będzie mógł rozpocząć świadczenie usług we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach.

Tak opisany przedmiot zamówienia, nie uwzględniający poziomu sygnału w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego, jest niezgodny z ustawą również z tego względu, że może utrudniać uczciwą konkurencję.

Co do zasady, każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt (za: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, B. Artymowicz i in., UZP, Warszawa 2021, s. 340).

Podobnie M. Stachowiak stwierdza, że „zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania wymagań, w tym sensie, że muszą one mieć uzasadnienie; osiągnięcie określonego celu uzasadnionego potrzebami zamawiającego jest przeciwwagą dla ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl., rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy.”

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 20.01 2023 r. KIO 18/23, Zamawiający w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie.

Wykonawca nie będący Wykonawcą obecnie świadczącym usługi Zamawiającemu nie ma wiedzy nt. poziomu zasięgu w lokalizacjach Zamawiającego i nie jest w stanie dokonać sprawdzenia poziomu zasięgu w tak dużej liczbie lokalizacji do terminu składania ofert, tym bardziej, że Zamawiający nie podał kontaktów do poszczególnych obiektów i nie przewidział przeprowadzenia wizji lokalnych w lokalizacjach co uniemożliwia Wykonawcy dokonanie sprawdzenia poziomu zasięgu oraz przygotowanie oferty.

Brak informacji dla wykonawców innych niż obecnie świadczący usługi dla Zamawiającego uprzywilejowuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego i nie jest to w żaden sposób uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a wynika jedynie z tego, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia niezgodnie z ustawą bez dochowania należytej staranności i uwzględnienia wszystkich informacji które z jednej strony są niezbędne wykonawcom innym niż wykonawca obecnie świadczący usługi dla Zamawiającego, a z drugiej są wymagane ustawą.

Nie może być tak, że Zamawiający może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu jedynie z tego powodu, że opisując przedmiot zamówienia nie spełnia obowiązków nakładanych przez ustawę na Zamawiającego, gdyż wymagałoby to od niego dodatkowego nakładu pracy.

Wpływ naruszeń, o których mowa powyżej na możliwość sporządzenia oferty jest tym większy, że Zamawiający powiązał niezapewnienie Usług GSM z wysokimi karami umownymi, przewidzianymi w § 7 ust. 1, a także § 7 ust. 3 Wzoru Umowy.

Postanowienie to przerzuca na wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a ryzyko to jest zwiększone przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z ustawą.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Zarzut nr 1 b) i 2 b) brak informacji na temat ruchu telefonicznego u Zamawiającego

Jak już była o tym mowa w uzasadnieniu do zarzutów nr 1a) i 2a) Zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia w szczególności w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Bez informacji o ruchu telekomunikacyjnym u Zamawiającego wykonawca nie będący wykonawcą obecnie świadczącym usługi, nie posiada podstawowych danych do przygotowania oferty, w szczególności skalkulowania kosztów świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Dane ruchowe Zamawiającego są zatem niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty.

Jedynie wykonawca obecnie świadczący usługi posiada wiedzę o rzeczywistym ruchu Zamawiającego, co stawia go w uprzywilejowanej sytuacji, a uprzywilejowanie to nie jest w żaden sposób uwarunkowane potrzebami Zamawiającego, a jedynie wynika z tego, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez Zamawiającego bez zachowania należytej staranności i bez dochowania wymogów ustawowych.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Zarzut nr 3 rażąco wygórowane kary umowne

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy do umów w sprawie zamówienia publicznego mają odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego. Zgodnie z art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego możliwe jest miarkowanie kar umownych, które są rażąco wygórowane. A contrario należy stwierdzić, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości.

Zamawiający przewidział we Wzorze Umowy, w szczególności następujące kary umowne:

- 1) § 7 ust. 3 Wzoru Umowy – „Za każde rozpoczęte 12 godzin przerwy w świadczeniu którejkolwiek z Usług GSM określonych w § 1 pkt 4 lit. a - d Umowy Zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) w odniesieniu do każdej poszczególnej usługi na aktywnej karcie SIM w ramach Usługi GSM, z zastrzeżeniem ust. 4. Kara umowna wskazana w zdaniu pierwszym będzie miała zastosowanie w przypadku braku dostępności powyżej 3 godzin przynajmniej jednej usługi spowodowanej niedostępnością przynajmniej jednej aktywnej kart SIM, w tym z powodu braku działania (dostępności) Usługi VPN”;
- 2) § 7 ust. 3a Wzoru Umowy – „Za każdą rozpoczętą godzinę braku świadczeniu Usług usługi prywatnego APN (brak dostępności transmisji danych z kartą znajdującą się w prywatnym APN) Zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) w odniesieniu do każdej aktywnej kart SIM.”.

W definicjach do Umowy Zamawiający precyzuje pojęcie Usługi GSM:

„4) **Usługa GSM** - publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne telefonii komórkowej w standardzie GSM, polegające na zapewnieniu łączności telefonicznej GSM, obejmujące:

- a) usługi głosowe,
- b) usługi tekstowe (SMS),
- c) usługi multimedialne (MMS),
- d) usługi transmisji danych,
- e) usługi prywatnego APN”

Zamawiający w ramach Usług GSM wyodrębnia 5 poszczególnych usług na każdej aktywnej karcie SIM. Jednocześnie kara umowna w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) ma zastosowanie w odniesieniu do każdej poszczególnej usługi na aktywnej karcie SIM w ramach Usługi GSM. To oznacza, że za każde 12 godzin przerwy Zamawiający będzie mógł żądać po 500 zł kary umownej w odniesieniu do pojedynczej karty SIM. Co więcej zgodnie z par. 7 ust. 4 Umowy, jeśli przerwa wyniesie 24 godziny, Zamawiający będzie mógł naliczyć karę w wysokości 2-krotności wysokości kary umownej określonej w par. 7 ust. 3 i 3a.

Jest to rażąco wysoka kara w stosunku do opłaty abonamentowej za kartę SIM, która w podobnych postępowaniach wynosi zazwyczaj od kilku do kilkunastu złotych miesięcznie. W konsekwencji kara

umowna może w ciągu dnia wielokrotnie przekroczyć maksymalną wartość świadczonych usług w ciągu miesiąca. Z tego względu wysokość kar umownych należy uznać za rażąco wygórowaną.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 2) Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu;
- 3) Pełnomocnictwo;
- 4) Wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sadowym;
- 5) Kopia ogłoszenia o zamówieniu.

Z poważaniem

Robert Kłoczko
Dyrektor Handlowy