

Sygn. akt: KIO 2264/10

WYROK
z dnia 2 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 października 2010 r. przez **Telekomunikację Polską S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Sprawiedliwości w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowanie w pkt. III.3 załącznika nr 5.1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż parametry jakościowe będą mierzone z użyciem pakietu o wielkości 128 bajtów.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Ministra Sprawiedliwości w Warszawie** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Telekomunikację Polską S.A. w Warszawie** oraz zasądza od **Skarbu Państwa – Ministra Sprawiedliwości w Warszawie** na rzecz **Telekomunikacji Polskiej S.A. w Warszawie** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy stu złotych) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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**.

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Minister Sprawiedliwości z siedzibą przy Al. Ujazdowskich 11, 00-950 Warszawa zwany dalej „zamawiający”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na *„zakup transmisji danych dla obsługi teletransmisyjnej 105 lokalizacji obsługujących system Nowej Księgi Wieczystej (NKW), realizowany w oparciu o łącza transmisji danych w sieci transmisyjnej Wykonawcy, pomiędzy centralnymi węzłami teletransmisyjnymi Zamawiającego (POPD, ZOPD) a jednostkami organizacyjnymi resortu”*.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 7 października 2010 r. (ogłoszenie o zamówieniu w tym dniu zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie), co ustalono na podstawie akt postępowania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 października 2010 r. pod numerem 2010/S 195-298009.

Dnia 18 października 2010 r. (17 października 2010 r. – niedziela) odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), dotyczące treści zamieszczonej w dniu 7 października 2010 r. na stronie internetowej zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7, art. 29 ust. 1 ustawy oraz 353¹ kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także naruszenie zasad równości kontraktowej stron umowy, poprzez zastrzeżenie niezmienności wynagrodzenia oraz zaniechanie wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej przewidującej zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki VAT, w sytuacji

- spodziewanej podwyżki tego podatku oraz nieznanej skali tej podwyżki,
- 2) art. art. 7, art. 29 ust. 1 ustawy poprzez brak wskazania metodologii pomiarów parametrów jakościowych określonych w siwz.

Odwołujący także zakwestionował sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawarty w ogłoszeniu w sekcji III pkt 2.3.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł o modyfikację siwz w następujący sposób:

- 1) wykreślenie w rozdziale X siwz ust. 2 oraz uwzględnienie w siwz klauzuli waloryzacyjnej w przypadku zmiany podatku VAT,
- 2) określenie metodologii pomiaru parametrów jakościowych określonych w siwz w szczególności określenie wielkości parametru pakietu pomiarowego.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, iż w rozdziale X siwz „Opis sposobu obliczenia ceny” ust. 2 zamawiający stwierdził, że: *„Cena podana przez wykonawcę jest wiążąca od chwili złożenia przez wykonawcę oferty i nie ulegnie zmianie, nawet jeśli wykonawca nie przewidział w ofercie zmian cenotwórczych składników, w tym dotyczących np. zmiany podatku VAT, i w związku z tym cena nie ulega zmianie w trakcie realizacji umowy”*. Przywołane postanowienie siwz zdaniem odwołującego narusza art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Dalej z normy wyrażonej z art. 29 ust. 1 ustawy można wywieść zasadę minimalizowania ryzyka wykonawcy, która oznacza, że opis przedmiotu zamówienia musi uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Podstawowe znaczenie mają informacje potrzebne do kalkulacji ceny. Kwestionowane zastrzeżenie zawarte w siwz powoduje, że wykonawca ponosi pełne ryzyko związane ze zmianą stawki podatku VAT, którego przy zachowaniu najwyższej staranności nie jest w stanie oszacować na etapie składania ofert, co prowadzi do zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy. Odwołujący wskazując na art. 353¹ kc podniósł, iż

granica swobody umowy zakreślona jest również poprzez zasady współzycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Wnoszący odwołanie zaznaczył, iż art. 7 ust. 1 Pzp statuuje zasadę równości wykonawców. Zasada ta wyraża się w równym dostępie do rynku zamówień publicznych, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, czy też uprzywilejowania któregokolwiek z wykonawców. Odwołujący dowodził, iż zasada ta przejawia się również w stosowaniu do wykonawców w toku postępowania takich samych reguł. Przestrzeganie zasady równości wzmacnia mechanizm konkurencji. Odwołujący podniósł, iż zasada równości odnosi się również do równości pomiędzy zamawiającym i wykonawcami. Zachowanie zamawiającego nie może zaburzać równości stron stosunku cywilnoprawnego, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Dodał, iż zamawiający nie może stawiać siebie w uprzywilejowanej pozycji względem wykonawców, bowiem stanowiłoby to przejaw zaburzenia tej równości. W konsekwencji odwołujący wniósł o zastosowania klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej zmiany stawki VAT (zarówno w górę jak i w dół) powołując także art. 536 kc, zgodnie z którym cenę można określić zarówno kwotowo, jak i poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia.

Dalej odwołujący wskazał, iż zamawiający w załączniku nr 5.1 do siwz pkt. III. ppkt. 3 sformułował wymagania dla minimalnych parametrów usług SLA. Zamawiający określił w nich maksymalne opóźnienie pakietów dla ruchu typu DATA_1 na nie więcej niż 120 ms. Odwołujący podniósł, iż w powyższych zapisach nie została jednak zdefiniowana metodologia pomiarów tych parametrów. Zwrócił uwagę, iż jednym z kluczowych parametrów jest wielkość samego pakietu, który służy do badania. W przypadku założenia że pakiet pomiarowy będzie wynosił 1500B dla badanego łącza 256kbps, końcowy wynik badanego opóźnienia nie będzie spełniał wymagań siwz. Wymagania takie będą spełnione w przypadku zastosowania pakietu pomiarowego o wielkości 128B. Brak precyzyjnego zdefiniowania metodologii nie pozwala jednoznacznie określić wymagań zamawiającego, a tym samym przygotować rzetelnej oferty spełniającej wymagania techniczne zawarte w siwz.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy na „*zakup transmisji danych dla obsługi teletransmisyjnej 105 lokalizacji obsługujących system Nowej Księgi Wieczystej (NKW), realizowany w oparciu o łącza transmisji danych w sieci transmisyjnej Wykonawcy, pomiędzy centralnymi węzłami teletransmisyjnymi Zamawiającego (POPD, ZOPD) a jednostkami organizacyjnymi resortu*”.

W rozdziale X siwz „Opis sposobu obliczenia ceny” ust. 2 zamawiający postanowił, że: „*Cena podana przez wykonawcę jest wiążąca od chwili złożenia przez wykonawcę oferty i nie ulegnie zmianie, nawet jeśli wykonawca nie przewidział w ofercie zmian cenotwórczych składników, w tym dotyczących np. zmiany podatku VAT, i w związku z tym cena nie ulega zmianie w trakcie realizacji umowy*”.

Opisując przedmiot zamówienia zamawiający w załączniku nr 5.1 do siwz pkt. III. 3 ustalił minimalne parametry usług SLA określając m.in. maksymalne opóźnienie pakietów dla ruchu typu DATA_1 na nie więcej niż 120 ms, nie wskazując wielkości pakietu pomiarowego.

Zestawienia i uruchomienia 105 łączy dostępowych do lokalizacji wyszczególnionych w załączniku nr 5.2 do siwz (łącznie z podpisaniem przez strony protokołu odbioru zestawienia i uruchomienia wszystkich wymaganych w danym okresie umową łączy) wykonawca zobowiązany jest wykonać w terminie 2 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy (rozdział VII.1 siwz). Okres świadczenia usługi transmisji danych dla łączy wymienionych w załączniku nr 5.2 do siwz to 10 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru zestawienia i uruchomienia wszystkich wymaganych w danym okresie umową łączy. Świadczenie usługi transmisji danych nastąpi nie wcześniej niż od dnia 1 lipca 2011 r. (rozdział VII.1 i VII 2 siwz).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając

Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania w pierwszej kolejności uważa za zasadne podkreślenie, iż siwz – której treści dotyczy odwołanie – jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego oraz opisuje sposób oceny warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert oraz weryfikując, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych.

Przechodząc do analizy podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7, art. 29 ust. 1 ustawy oraz 353¹ kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także naruszenie zasad równości kontraktowej stron umowy, poprzez zastrzeżenie niezmienności wynagrodzenia oraz zaniechanie wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej przewidującej zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki VAT, w sytuacji spodziewanej podwyżki tego podatku oraz nieznannej skali tej podwyżki, Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Ustawodawca nie sformułował w ustawie szczegółowych reguł, które uniemożliwiałyby zamawiającemu ustalenie wynagrodzenia cechującego się niezmiennością (brakiem klauzul waloryzacyjnych) niezależnie przykładowo od zmiany stanu prawnego (w tym ustawowych stawek podatku VAT) czy wzrostu inflacji. Nie mniej jednak niewątpliwie postanowienia siwz, także te dotyczące ustalania wynagrodzenia, nie mogą prowadzić do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust.1 zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w danym postępowaniu. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu zasady te nie zostały naruszone, bowiem wszyscy wykonawcy zobowiązani są zaoferować cenę za

realizację zamówienia z uwzględnieniem dyrektyw wynikających z jawnej przed terminem składania ofert siwz, stosując te same, jednakowe dla wszystkich reguły.

Odnosząc się do zarzucanego zamawiającemu naruszenia zasady równości kontraktowej stron umowy poprzez brak w siwz klauzuli waloryzacyjnej wiążącej zmianę wynagrodzenia należnego wykonawcy ze wzrostem lub obniżeniem stawki podatku VAT, należy podkreślić, iż zasada równości odnosi się na gruncie ustawy, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, której istotne postanowienia zamieścił zamawiający w siwz (załącznik nr 5 do siwz) zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp. Trzeba zgodzić się z odwołującym, iż jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest wyrażona w art. 353¹ kc swoboda stron w kształtowaniu stosunku zobowiązaniowego, która jednak doznaje ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku prawnego, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Dokonując analizy sformułowanych przez zamawiającego postanowień siwz dotyczących ustalenia wynagrodzenia za realizację umowy pod względem zgodności z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy na mocy art. 14 Pzp, Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 353¹ kc, w tym w szczególności art. 5 kc. Niezależnie od rysujących się w doktrynie i orzecznictwie rozbieżności, czy przywołany przepis może stanowić samodzielną podstawę potwierdzenia zarzutów, stwierdzić należy, że właściwe zastosowanie art. 5 kc nakazuje wzięcie pod uwagę całokształtu okoliczności mających znaczenie dla oceny, czy czynienie użytku z prawa narusza zasady współżycia społecznego. Ocena całokształtu okoliczności, w szczególności spornych postanowień siwz wskazuje, że zamawiający przez wykonanie swego prawa do ustalenia postanowień siwz, w tym projektu umowy w części dotyczącej ustalenia wynagrodzenia nie nadużył swojego. Ewentualna podwyżka stawki podatku VAT dotknie wszystkich podatników w jednakowy sposób. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób wzrost stawki podatku VAT zaburzy równość pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, skoro wykonawcy mają możliwość ukształtowania ceny za realizację zamówienia na takim poziomie, aby uwzględniała wszystkie elementy istotne dla jej ustalenia.

Ustosunkowując się do tezy odwołującego, iż postanowienia rozdziału X ust. 2 siwz naruszają art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż uniemożliwiają wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny, stwierdzić trzeba, iż nie jest trafiona. Przepis art. 29 ust. 1 zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten jednak – inaczej niż wywodzi

odwołujący – zawiera dyrektywy, które zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę określając przedmiot zamówienia (parametry techniczne, funkcjonalności, wymagania jakościowe itp.). Dyspozycją przywołanego przepisu nie są objęte natomiast ewentualne zmiany prawa. Faktem jest, iż kwota podatku VAT stanowi element cenotwórczy, jednak jej wysokość wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie postanowień siwz opisujących przedmiot zamówienia.

W tym miejscu zasadnym jest wskazanie na kolejny aspekt istotny dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego przez Izbę odwołania. Stosownie do postanowienia art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm.), który znajduje zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych na podstawie z art. 2 pkt 1 ustawy, cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (zamawiający) jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy (wykonawcy) za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Cena (brutto) jest ustalana zatem z uwzględnieniem podatku VAT oraz innych elementów cenotwórczych jak marża, ryzyko związane ze zmianą wartości pieniądza w czasie, zmiany prawa, czy cen surowców, ryzyko kursowe itp. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 lipca 2006 r. (sygn. akt III CZP 54/06, Lex nr 188835) wyżej powołany przepis nie stanowi podstawy do uznania, że z jego mocy nabywca towaru lub usługi jest obowiązany zapłacić sprzedawcy cenę wyższą, powstałą w wyniku zmiany stawki podatku VAT. Jednak wykonawcy są uprawnieni, aby kalkulując cenę ofertową uwzględnić w niej ryzyka związanego z przewidywanym wzrostem stawki podatku VAT. Jak słusznie podniósł odwołujący na rozprawie do zmian stawek podatku VAT nie znajduje zastosowania ukształtowana przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego reguła zakazująca zmiany stawek podatków w trakcie roku kalendarzowego (zasada ta obowiązuje wyłącznie w odniesieniu do rozliczanych w skali roku podatków dochodowych). Powyższe dowodzi, iż ryzyko zmian podatkowych zawsze obciąża podatnika, przy czym w okolicznościach badanej sprawy, uwzględniając zaawansowanie prac legislacyjnych dotyczących ustawy zmieniającej stawki podatku VAT na 2011 r. oraz w świetle wieloletniego planu finansów państwa wykonawcy mają szansę to ryzyko realnie oszacować i wycenić. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż kwestionowane postanowienia siwz w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej umożliwiają wykonawcy określenie wynagrodzenia umownego w taki sposób (w takiej wysokości), aby było w jego ocenie odpowiednie. Zmiany stawki VAT pozostają zatem ryzykiem wykonawcy, który powinien je uwzględnić i skalkulować w cenie swojej oferty. Twierdzenie o nieporównywalności ofert w tym zakresie pozostaje bezprzedmiotowe, gdyż zamawiający porównuje ceny ofertowe brutto (kwoty, za które wykonawcy zobowiązują się wykonać przedmiot zamówienia). Sposób

kalkulacji ceny i zabezpieczenie się przed ryzykami, które mogą pojawić się przy prowadzeniu działalności gospodarczej jest decyzją wykonawcy, w szczególności biorąc pod uwagę zorganizowany i profesjonalny charakter prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, przy czym *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: A Ca 1018/05 *niepubl*). Zasada ta jest aktualna także w przypadku opisanym w art. 91 ust. 3a Pzp (wewnątrzspółnotowe nabycie towarów), bowiem dla potrzeb oceny ofert zamawiający doliczy do przedstawionej w ofercie ceny (istotnego elementu oświadczenia woli wykonawcy, który stanowi oferta) obowiązującą na dzień składania ofert kwotę podatku VAT, a wykonawca w oferowanej cenie (bez kwoty podatku VAT obowiązującego w Polsce) uwzględni ryzyka, które z jego perspektywy są istotne dla określenia wynagrodzenia umownego. Zamawiający nie porównuje pomiędzy sobą elementów cenotwórczych, które wykonawcy wzięli pod uwagę kalkulując wynagrodzenie i oferując realizację umowy za określoną cenę, lecz cenę ofertową stanowiącą element oświadczenia woli wykonawcy. Przepis art. 91 ust. 3a Pzp adresowany jest wyłącznie do zamawiającego wskazując wyłącznie jak prawidłowo ma zamawiający dokonać oceny ofert.

O obowiązku modyfikacji siwz w przedmiotowej kwestii nie przekonali Izby wskazane przez odwołującego na rozprawie uwarunkowania organizacyjne związane z trudnościami w dokonywaniu przez odwołującego operacji księgowych w przypadku ustalania ceny netto za podstawę przyjmując wartość brutto. Ewentualne zmiany stawki VAT dotyczyć będą wszystkich podmiotów prowadzących działalność gospodarczą.

Zdaniem Izby odwołujący także błędnie zinterpretował postanowienia rozdziału X ust. 2 siwz twierdząc na rozprawie, iż prowadzą one do ograniczenia możliwości zastosowania art. 144 ust. 1 Pzp. w odniesieniu do wynagrodzenia z powodu zmiany stawki podatku VAT. Brzmienie tego przepisu zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz oraz określił warunki takiej zmiany. Bezsprzecznie zamawiający w okolicznościach badanej sprawy nie przewidział w siwz ani w ogłoszeniu możliwości zmiany ceny. Zatem ustawodawca przyjął w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych jako zasadę trwałość stosunku umownego nawiązanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi ograniczenie wynikającej z art. 353¹ kc zasady swobody umów. Zastosowanie przywołanego postanowienia ustawy jest dopuszczalne

zawsze, gdy spełnione są opisane w nim przesłanki, przy czym – co istotne – do zmiany umowy niezbędne jest zgodne oświadczenie woli jej stron, a żadnej ze stron umowy nie przysługuje w tym zakresie roszczenie o zmianę umowy na podstawie art. 144 ust. 1 Pzp. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy choć zamawiający nie przewidział ani w siwz, ani w ogłoszeniu możliwości dokonania modyfikacji postanowień umowy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, o ile zmiany umowy będą miały charakter nieistotny w stosunku do treści oferty, uprawniona będzie modyfikacja postanowień umowy o zamówienie publiczne, pomimo brzmienia kwestionowanego przez wnoszącego odwołanie postanowienia rozdziału X ust. 2 siwz.

Jak słusznie zauważył na rozprawie odwołujący podatek VAT konstrukcyjnie jest neutralny ekonomicznie dla podatnika, gdyż podatnik tego podatku ma prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego. Reguła ta znajduje odzwierciedlenie w dyrektywie 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE. L Nr 347) oraz – co do zasady – jest wyrażona także w art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) i - zdaniem Izby - nie została poprzez brak zawarcia w siwz klauzuli waloryzacyjnej przewidującej zmianę wynagrodzenia wykonawcy (ceny) o kwotę wynikającą ze zmienionej stawki tego podatku obowiązującej w dacie powstania obowiązku podatkowego w czasie trwania umowy, naruszona. Z powołanych przepisów nie sposób wywieść, jak chciałby odwołujący, iż niedopuszczalne jest zawarcie umowy, która nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej na wypadek zmiany stawki podatku VAT. Odwołujący nie wskazał na jakikolwiek przepis, który wiązałyby brak omawianej klauzuli w siwz z nieważnością czynności prawnej bądź z innymi, doniosłymi prawnie, konsekwencjami. Zaznaczyć trzeba, iż zasada neutralności ekonomicznej omawianego podatku wyraża się w możliwości obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego (zapłaconego) przez podatnika w cenie nabytych towarów i usług dla celów jego działalności opodatkowanej, nie stanowiąc tym samym dla podatnika kosztu w sensie ekonomicznym. W praktyce jeżeli podatnik w przyszłości realizując umowę będzie wystawiał fakturę VAT, w której ujmie wyższą kwotę podatku VAT wynikającą z obowiązującej stawki VAT (być może innej, niż obowiązująca w dniu upływu terminu składania ofert), także i wyższą kwotę (odpowiadającą kwocie podatku należnego) będzie mógł, zgodnie z zasadą neutralności, odliczyć.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że niezależnie od kwestii neutralności kosztowej podatku od towarów i usług, zmienność w czasie kosztów i nakładów zaangażowanych w realizację zamówienia jest immanentnym elementem działalności gospodarczej. Ceny poszczególnych czynników cenotwórczych z zasady zmieniają się bowiem na skutek działania mechanizmu rynkowego, jak i działań Państwa, czy też czynników zewnętrznych

takich jak zmiany kursu walutowego, ogólna sytuacja gospodarcza kraju, klęski żywiołowe, itp. Zmiany te (za wyjątkiem sytuacji nadzwyczajnych) nie są podstawą to waloryzacji ceny kontraktu ani w sektorze prywatnym, ani publicznym. Przyjęcie innej zasady oznaczałoby w przypadku wszystkich kontraktów długoterminowych (co w rozumieniu przepisów ustawy o rachunkowości oznacza kontrakty przekraczające 6 miesięcy) całkowity brak stabilności ceny, co jest nie do zaakceptowania zarówno w przypadku podmiotów prywatnych jak i publicznych.

Racjonalnie działający wykonawca, w sytuacji gdy jest w stanie z dużą pewnością takie zmiany przewidzieć (a zapowiedziana zmiana stawki podatku od towarów i usług, na obecnym etapie procesu legislacyjnego jest niewątpliwie taką sytuacją) powinien to uwzględnić w kalkulacji swojej ceny. Taka praktyka postępowania jest powszechna i wynika z konieczności uwzględnienia ryzyka w prowadzonej działalności.

W kontekście dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na zmianę stawki podatku VAT należy również wskazać na możliwość modyfikacji treści umowy w drodze konstytucyjnego orzeczenia sądu na podstawie art. 357¹ kc (klauzula rebus sic stantibus). W literaturze i w orzecznictwie przyjmuje się, iż zmiana stanu prawnego może być kwalifikowana jako nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu art. 357¹ kc (vide: wyrok SN z dnia 14 września 2005 r., sygn. akt III CK 43/05, Lex nr 346085). Ocena jednak, czy w konkretnych okolicznościach danego przypadku zostały spełnione przesłanki sądowej modyfikacji treści umowy, należy każdorazowo do sądu orzekającego w sprawie. Kwestia ta jednakże pozostaje bez związku z postanowieniami siwz, z których wynika, iż zamawiający nie przewiduje obligatoryjnej zmiany wynagrodzenia umownego z powodu zmian stawki VAT.

Zważywszy powyższą argumentację oceniając kwestionowane postanowienia siwz Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu w tym zakresie. W szczególności Izba nie znajduje podstaw dla nakazania zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez wykreślenie rozdziału X ust. 2 siwz i wprowadzenie do siwz waloryzacji wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany stawki podatku VAT. Zmiana siwz w tej kwestii, choć korzystna dla obu stron przyszłej umowy, stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego. Izba wyraża pogląd, iż brak adekwatnych mechanizmów przeciwdziałających negatywnym skutkom okoliczności takich jak przykładowo zmiany prawa w zakresie w jakim może to oddziaływać na prawidłowość i niezakłócony przebieg wykonania zamówienia, pozostają również ryzykiem zamawiającego. Jednakże powyższe w żaden sposób nie ustanawia prawnego obowiązku wprowadzenia postulowanych przez odwołującego zmian postanowień siwz w tym przedmiocie. W konsekwencji zarzuty zawarte w odwołaniu w tej kwestii uznać należało za chybione.

Wnoszący odwołanie natomiast trafnie podniósł, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający art. 7 ust.1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp nie wskazując wielkości pakietu pomiarowego przy badaniu opóźnienia pakietów dla ruchu typu DATA_1 określonego na maksymalnie 120 ms (załącznik nr 5.1 do siwz pkt. III. 3).

Podkreślić należy, iż dokonywany przez zamawiającego w siwz opis przedmiotu zamówienia jest jednym z jej istotnych elementów wpływający na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Dlatego też na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich dotyczących go wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienie to służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji oraz równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, aby w siwz zostały wskazane i wyczerpująco opisane wszystkie elementy przedmiotowo istotne, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, ofertę nie podlegającą odrzuceniu powinien mieć szansę złożyć każdy wykonawca, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Stwierdzić trzeba, iż kwestionowane przez odwołującego postanowienie siwz nie odpowiada ww. dyrektywom określającym reguły rządzące opisywaniem przedmiotu zamówienia, co przyznał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 października 2010 r. składając oświadczenie, iż *„uwzględnia zarzut Odwołującego w zakresie braku zdefiniowania parametru dotyczącego wielkości pakietu”*. Swoje stanowisko zamawiający podtrzymał na rozprawie przedkładając pismo procesowe datowane na 28 października 2010 r., z którego wynika, iż uwzględnił odwołanie w całości, z wyłączeniem zarzutu dotyczącego braku klauzuli waloryzacyjnej. Zatem w tym zakresie zarzut błędnego opisanie przedmiotu zamówienia należało uznać za uzasadniony, gdyż brak precyzyjnego zdefiniowania parametru dotyczącego wielkości pakietu pomiarowego nie pozwala wykonawcom prawidłowo przygotować oferty.

Izba nie odniosła się do proponowanych przez odwołującego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 października 2010 r. modyfikacji siwz polegających w szczególności na zastąpieniu wymagania, aby opóźnienia pakietów dla ruchu typu DATA_1 wynosiło nie więcej niż 120 ms stwierdzeniem, iż *„gwarantowane opóźnienie w obu kierunkach (RTD – Round Trip Delay) – nie więcej niż 70 ms”*. Jeśli zamawiający wprowadzi deklarowane zmiany do siwz, wówczas będą one mogły być zakwestionowane przez wykonawców w drodze środków ochrony prawnej. Ponadto podnieść trzeba, iż odwołujący nie powołał w

odwołaniu żadnych okoliczności faktycznych pozwalających ustalić na czym miałyby polegać nieprawidłowy sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawarty w ogłoszeniu w sekcji III pkt 2.3., zatem niemożliwym jest ustosunkowanie się przez Izbę do tak gołosłownego stanowiska odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

.....