

WYROK
z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2014 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania.**

- 2.2. zasądza od **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa)** na rzecz **Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków** kwotę **4 217 zł 18 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście siedemnaście złotych osiemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę telefonów komórkowych na rzecz sądów powszechnych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 września 2014 r., nr 2014/S 181-318739.

W dniu 30 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 30 września 2014 r.) na treść specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu, naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w postaci daty kalendarzowej, co w sytuacji przedłużającego się postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego, skutkować może skróceniem dla wykonawców czasu realizacji zamówienia, naliczeniem kar umownych oraz odstąpieniem od umowy przez zamawiającego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, aby termin wykonania zamówienia wynosił 4 tygodnie od dnia podpisania umowy, bez określania granicznej daty kalendarzowej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w Rozdziale II ust. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zamawiający postanowił, że „zamówienie będzie realizowane w terminie 4 tygodni od dnia zawarcia umowy, nie później niż do dnia 29 grudnia 2014 r.” Zamawiający określił termin końcowy realizacji zamówienia w postaci daty kalendarzowej. Oznacza to, że w przypadku przedłużającego się postępowania w sprawie zawarcia umowy, termin realizacji zamówienia może ulec znaczącemu skróceniu, z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy lub w skrajnej sytuacji umowa zostanie podpisana po upływie terminu dostawy. W związku z tym wykonawca, z przyczyn od siebie niezależnych, w takiej sytuacji nie będzie w stanie dotrzymać terminu umownego, a pomimo tego, zgodnie z postanowieniami SIWZ będzie musiał ponieść konsekwencje przewidziane w umowie z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia. Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z § 6 ust. 2 i 3 wzoru umowy, stanowiącego zał. nr 6 do SIWZ:

„w przypadku opóźnienia w dostawie częściowej, w stosunku do terminu, o którym mowa § 3 ust. 1 niniejszej umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia kary umownej na rzecz jednostki sądownictwa będącej płatnikiem w wysokości odpowiednio 0,5% wynagrodzenia brutto za część dostawy częściowej, która była opóźniona, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia liczony odrębnie dla każdego miejsca dostawy.”

„w przypadku niezrealizowania całości dostaw w terminie do 29 grudnia 2014 r.: Zamawiający ma prawo odstąpić od zawartej umowy w terminie 30 dni od zaistnienia przyczyny odstąpienia, a Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej na rzecz Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1.”

Tak opisanych ryzyk nie niweluje postanowienie § 9 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy, zgodnie z którym zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy polegającej na zmianie terminu realizacji zamówienia pod warunkiem niemożności realizacji zamówienia w terminie określonym w § 3 ust. 1 w przypadku zaistnienia przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Zmiana umowy wymaga zgody obu jej stron, a zatem zastrzeżenie takiej możliwości nie stanowi dostatecznej gwarancji, że termin dostawy telefonów wyrażony datą kalendarzową zostanie zmieniony, tak aby wykonawca miał 4 tygodnie na realizację zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w Rozdziale II „Opis przedmiotu zamówienia”, ust. 2 „Okres realizacji umowy” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, podał, że „zamówienie zrealizowane będzie w terminie 4 tygodni od dnia zawarcia umowy, nie później niż do dnia 29 grudnia 2014 r.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Termin realizacji zamówienia to jeden z podstawowych elementów SIWZ. Tak więc w jej treści zamawiający powinien termin ten wskazać. Może on być określony w jednostkach czasu - miesiącach czy tygodniach od podpisania umowy - lub przez wskazanie konkretnej daty, w której realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna się zakończyć. I taki termin przez tego zamawiającego, w tym postępowaniu, został jednoznacznie wskazany. Zamawiający określił bowiem termin poprzez określenie liczby tygodni, w których będzie ono realizowana a więc „4 tygodnie od dnia zawarcia umowy”, wskazując przy tym datę graniczną, tj. „nie później niż do dnia 29 grudnia 2014 r.”. Określenie granicznej daty nie stanowi, wbrew twierdzeniom odwołującego, naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest bowiem dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie stwierdzić, że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. W tym konkretnym stanie faktycznym zamawiający dokonał opis przedmiotu zamówienia, określając jednoznacznie wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia, w tym termin jego realizacji. Takie określenie terminu realizacji Izba uznała za prawidłowe. Zamawiający jest bowiem jednostką sektora finansów publicznych. Dlatego też, dokonując zakupów ograniczony jest budżetem danego roku. Niemożność wydatkowania środków finansowych w danym roku budżetowym skutkować będzie – co konsekwentnie podkreślał zamawiający - ich utratą. W takim też przypadku to zamówienie utraci dla zamawiającego znaczenie. A ponieważ zamówienie ma realizować obiektywną potrzebę zamawiającego jego realizacja musi nastąpić w terminie na to pozwalającym. Wykonawca ma bowiem możliwość zapoznania się z warunkami SIWZ, w tym także terminem realizacji zamówienia będącego przedmiotem danego postępowania, a tym samym zdecydowania, czy mu to odpowiada i czy chce złożyć ofertę. „Wykonawca może więc z uwagi na treść SIWZ i wzoru umowy nie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. To bowiem wykonawca, podejmując decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. (...) Niezależnie bowiem od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza swe interesy, kalkulując cenę oferty”. (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). W tym stanie faktycznym odwołujący ma możliwość skalkulowania ceny i złożenia oferty, jak również zrealizowania zamówienia w terminie wskazanym przez zamawiającego. Powyższe i sam przyznał, odpowiadając na pytanie Przewodniczącej. Tym samym zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 617,18 zł, na podstawie faktury oraz biletu złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: