

WYROK

z dnia 30 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2012 roku przez **Polkomtel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Energa - Operator Spółkę Akcyjną w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Energa-Operator Spółce Akcyjnej w Gdańsku** dokonanie modyfikacji Umowy Realizacyjnej - załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ):
 - w zakresie żądania zapewnienia zamawiającemu audytu u producenta dostarczanych urządzeń (§ 139 - § 148) poprzez umożliwienie przeprowadzenia audytu związanego z weryfikacją projektu sprzętu i oprogramowania na terenie dostawcy urządzeń, pod jego kontrolą i przy udziale Producenta Urządzeń Końcowych, na udostępnionym sprzęcie komputerowym, bez możliwości skopiowania dokumentacji projektowej ani kodów źródłowych,
 - w zakresie § 111 poprzez jego wykreślenie lub zmianę w sposób umożliwiający wykonawcy precyzyjne ustalenie, w jakich okolicznościach zostanie on obciążony więcej niż jedną karą umowną
2. kosztami postępowania obciąża **Energa - Operator Spółkę Akcyjną w Gdańsku** i:

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polkomtel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 1.2. zasądza od zamawiającego - **Energa - Operator Spółki Akcyjnej w Gdańsku** na rzecz **Polkomtel Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Energa - Operator SA w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na, którego przedmiotem jest *Zawarcie umowy ramowej na odstawę Infrastruktury Pośredniczącej w technice 3GPP i CDMA oraz świadczenie usług transmisji danych w technice 3GPP i CDMA.*

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 16 lipca 2012 roku wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także utrudniający uczciwą konkurencję
2. art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
4. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, co następuje:

W zakresie zarzutu dotyczącego charakteru Usługi Utrzymania Łączy, Usługi Aktywacji Łączy oraz Usługi Transmisji Danych:

Zgodnie z SIWZ zamawiający przewidział realizację umowy zarówno za pomocą techniki jednozakresowej jak i dwuzakresowej. Stosownie zaś do § 7 wzoru Umowy Realizacyjnej, Zamawiający wymaga aby Usługi Utrzymania Łączy, Usługi Aktywacji Łączy oraz Usługi Transmisji Danych (niezależnie od tego czy jednozakresowe czy dwuzakresowe) stanowiły usługi telekomunikacyjne, jednakże niedostępne dla ogółu użytkowników sieci telekomunikacyjnej Wykonawcy i nie mogące być uznawane za publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne. Jednakże Usługi Jednozakresowe 3GPP są typowymi usługami

publicznymi - są oferowane ogółowi użytkowników na terytorium RP, w tym usługi Transmisji Danych czy Utrzymania Łączy. Według wiedzy odwołującego na terytorium RP żaden z przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie świadczy usług telekomunikacyjnych w technologii jednozakresowej 3GPP, które to usługi miałyby charakter niepubliczny, przy czym należy podkreślić, że sam fakt, iż dana usługa telekomunikacyjna jest dostępna dla ogółu użytkowników sieci telekomunikacyjnej nie oznacza, iż bezpieczeństwo informacji, na którym zamawiającemu zależy będzie zagrożone. Dlatego też powyższe wymaganie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego. W myśl art. 7 ustawy, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania:

1. modyfikacji SIWZ, w ten sposób, aby wszelkie usługi objęte przedmiotem zamówienia były świadczone w technologii dwuzakresowej,
- albo
2. modyfikacji SIWZ w ten sposób, aby w stosunku do usług objętych przedmiotem zamówienia świadczonych w technologii jednozakresowej brak było obowiązku zapewnienia SLA oraz wymogu dotyczącego niedostępności dla ogółu użytkowników sieci telekomunikacyjnej.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymagania SLA dla kart SIM, które będą wykorzystywane w urządzeniach zamawiającego, których modelu, ani technologii w jakich one działają zamawiający nie podał w SIWZ odwołujący się podniósł, że zamawiający wymaga od wykonawców aby zagwarantowali odpowiednie SLA dla świadczonych przez siebie usług: Usługa Utrzymania Łączy oraz Usługa Transmisji Danych. SLA dla Techniki Jednozakresowej została określona w punkcie 5.1 Załącznika nr 3 Umowy realizacyjnej: Przepływność udostępniona dla warstwy aplikacji (model TCP/IP) do transmisji realizowanych z wykorzystaniem każdej Karty SIM, za pomocą której realizowana będzie

usługa, powinna wynosić przynajmniej 64kbps w przypadku Techniki Dwuzakresowej i 32kbps w przypadku Techniki Jednozakresowej w każdym kierunku niezależnie, mierzone w warstwie aplikacji. Prędkość ta powinna być utrzymana w urządzeniach. Jednakże opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie określa w sposób wystarczający przedmiotu zamówienia, W przypadku dostarczenia Usług 3 GPP. SLA nie może być zapewnione ze względu na fakt, iż nie są znane urządzenia, z wykorzystaniem których będą świadczone usługi 3GPP objęte SLA. W szczególności, nawet przy spełnieniu przez urządzenia wymagań określonych w punkcie 3 Załącznika nr 3 Umowy Realizacyjnej, może zaistnieć sytuacja, że Usługa Transmisji Danych nie będzie mogła osiągnąć wymaganej przez SLA przepływności, co będzie niezależne od działania usługi dostarczanej przez Odwołującego. Ponadto, zapewnienie SLA a w szczególności punktu 5.6 Załącznika nr 3 Umowy Realizacyjnej (Załącznik nr 3 SIWZ) tj. wymagania, aby urządzenie wspierało zaimplementowane przez Operatora Mechanizmy Monitorowania stanu urządzenia (jest to możliwe w obszarze usług 3GPP+CDMA, gdzie Wykonawca dostarcza zarówno Urządzenie Końcowe jak i Usługi objęte SLA). Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymagania od wykonawców zapewnienia odpowiednich parametrów świadczonych usług bez dookreślenia wszystkich niezbędnych ku temu okoliczności (brak wskazania konkretnych urządzeń) uniemożliwia wykonawcom przygotowanie i wycenę oferty. Wykonawcy bowiem nie mają możliwości przetestowania i sprawdzenia urządzeń, których zamawiający będzie używał a tym samym nie są w stanie przewidzieć czy wymagane SLA będzie spełnione. Co więcej nie jest możliwe zweryfikowanie, zgodności urządzeń zamawiającego ze standardami sieci telekomunikacyjnej odwołującego, a w konsekwencji ich prawidłowego działania. Warunkiem zagwarantowania SLA jest poprawność działania urządzenia wykorzystywanego do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, na które odwołujący nie ma wpływu mając na uwadze obecne brzmienie SIWZ.

W związku z powyższym odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania:

1. modyfikacji SIWZ, w ten sposób że w stosunku do usług objętych przedmiotem zamówienia świadczonych w technologii jednozakresowej (3GPP) brak będzie wymogu zapewnienia SLA;

albo

2. modyfikacji SIWZ poprzez określenie parametrów technicznych, niezawodnościowych i eksploatacyjnych urządzeń, do których będą używane karty

3GPP oraz uzależnienie spełnienia wymogów SLA od pozytywnych testów urządzeń z rozwiązaniem przygotowanym przez odwołującego pod 3GPP,

W zakresie zarzutu dotyczącego żądania zapewnienia zamawiającemu audytu u producenta dostarczanych urządzeń odwołujący się podniósł, iż:

W § 139-§ 148 Umowy Realizacyjnej (załącznika nr 3 do SIWZ), zamawiający oczekuje zapewnienia współpracy w zakresie przeprowadzenia audytu. Do celów audytu oczekuje się udostępnienia firmie audytorskiej wszelkich schematów, co może rozciągać się na kody źródłowe czy schematy konstrukcyjne Urządzeń Końcowych, a także dostępu do hal produkcyjnych i magazynów producenta Urządzeń Końcowych. Nawet przy założeniu, że pomiędzy Dostawcą Urządzeń a firmą audytorską zostanie podpisana umowa o poufności, nie jest możliwym udostępnienie zamawiającemu/firmie audytorskiej wszystkich założeń i rozwiązań technicznych Urządzeń Końcowych. Urządzenia Końcowe są produkowane przez podmioty, które nie są zainteresowane świadczeniem usług transmisji danych dla zamawiającego, a co za tym idzie operatorzy telekomunikacyjni nie mogą być zobowiązani do zapewnienia zamawiającemu dostępu do tajemnicy przedsiębiorstwa innego podmiotu. Zamawiający żąda udostępnienia informacji, które są nie tylko poufne ale wręcz strategiczne dla prowadzonej przez producentów Urządzeń Końcowych działalności gospodarczej. Ujawnienie części z tych informacji może spowodować powstanie szkody znacznych rozmiarów, tym bardziej że ani Wykonawca ani producent Urządzeń Końcowych nie będą mieli wpływu na wybór audytora ani na wybór laboratorium. Wymogi opisane w §139-148 Umowy realizacyjnej należy uznać za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz naruszające zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania:

1. modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie wymagań dotyczących audytu (§139-148);
albo
2. modyfikacji SIWZ w taki sposób aby zapewnione było, iż audytor przeprowadzi wszelkie prace związane z weryfikacją projektu sprzętu i oprogramowania na terenie Dostawcy Urządzeń, pod jego kontrolą oraz przy udziale Producenta Urządzeń Końcowych, na udostępnionym sprzęcie komputerowym, bez możliwości skopiowania dokumentacji projektowej ani kodów źródłowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego § 59 Umowy Realizacyjnej - Zamawiający może zrezygnować z wykorzystywania kart SIM w dowolnym zakresie i czasie po zawarciu umowy - odwołujący się wskazał, iż zgodnie z § 59 Umowy Realizacyjnej „w przypadku, gdy z

jakiegokolwiek powodu dana karta SIM nie będzie wykorzystywana, Zamawiający przekaze Wykonawcy stosowną informację celem dezaktywacji karty SIM". Oznacza to, iż zamawiający uprawniony jest do zrezygnowania ze świadczonych usług w dowolnym zakresie i dowolnym czasie. Tak opisany przedmiot zamówienia i wymagania nałożone na wykonawcę stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz sprzeczne są z zasadami współzycia społecznego. Umowa Realizacyjna nie przewiduje minimalnej ilości uruchomionych Urządzeń Końcowych, a tym samym brak jest pewności czy zamawiający nie zrezygnuje z Usług po zawarciu Umowy Realizacyjnej. Należy zauważyć, iż wykonawca ponosi inwestycje, które są konieczne do rozpoczęcia świadczenia usługi. Umowa Realizacyjna nie gwarantuje wykonawcy przychodów ani zwrotu kosztów z inwestycji, a tym samym wycena oferty jest niemożliwa.

W związku z powyższym odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez określenie maksymalnego pułapu deaktywacji kart SIM (nie więcej niż 5 % ogólnej liczby aktywowanych Kart SIM objętych przedmiotem postępowania o zawarcie Umowy Realizacyjnej, nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty aktywacji danej karty SIM).

Odwołujący się podniósł zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia (§ 107) - polegający na wprowadzeniu niezrozumiałego wzoru, który zostanie użyty do obliczenia kwoty kary umownej oraz niewspółmierność kar umownych i wielokrotność naliczania kar umownych za to samo (§ 108 i § 111), a także brak procedury reklamacyjnej.

Zgodnie z §107 wzorca Umowy Realizacyjnej zamawiający określił sposób naliczenia kar umownych za niedotrzymanie poziomu SLA a także za niedoprowadzenie Łącza do stanu prawidłowego funkcjonowania. Wskazany przez Zamawiającego w pkt 5 załączniku nr 3 do SIWZ sposób weryfikacji dotrzymania SLA jest niejednoznaczny, w szczególności nie określa w sposób precyzyjny i obiektywny metod badania SLA. Co więcej Zamawiający wskazuje pomiar „w warstwie aplikacji”, na którą nie ma wpływu odwołujący, a która może rzutować na wynik pomiaru, W związku z powyższym nie ma możliwości poprawnego określenia ryzyka wystąpienia konieczności zapłaty kwot, o których mowa w §107 w związku z niedotrzymaniem poziomu SLA.

W ocenie odwołującego się powyższe braki w opisie sposobu oceny spełnienia SLA stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 i ust, 2 ustawy PZP, poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ, w sposób zapewniający weryfikację spełnienia SLA w sposób jednoznaczny i obiektywny.

Zgodnie z § 108 i § 111 wzorca Umowy Realizacyjnej kary umowne mogą być potrącane z wynagrodzenia oraz płatne są w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania, bez uwzględnienia procedury uzyskiwania pisemnego potwierdzenia Wykonawcy. Kara umowna powinna przysługiwać zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67): „(...)jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c), kary umownej nie nalicza się”. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację wskazanych postanowień poprzez ich usunięcie i zastąpienie postanowieniem, iż naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz dobrymi obyczajami odwołujący się uznał postanowienia § 111 Umowy Realizacyjnej, która przewiduje możliwość nakładania wielu kar umownych za jedno zdarzenie. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikację § 111 Umowy Realizacyjnej, w ten sposób, iż w przypadku gdy za jedno zdarzenie będzie przypadała zamawiającemu więcej niż jedna kara umowna wówczas naliczona zostanie jedynie jedna kara umowna.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się w zakresie zarzutów dotyczących żądania zapewnienia zamawiającemu audytu u producenta dostarczanych urządzeń oraz zarzutu dotyczącego kar umownych przystąpił wykonawca Polska Telefonia Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o. w Warszawie.

Na rozprawie w dniu 30 lipca 2012 roku odwołujący się cofnął zarzut w zakresie § 59 Umowy Realizacyjnej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z StWZ zamawiający przewidział realizację umowy zarówno za pomocą techniki jednozakresowej jak i dwuzakresowej. Stosownie zaś do § 7 wzoru Umowy Realizacyjnej, Zamawiający wymaga aby Usługi Utrzymania Łączy, Usługi Aktywacji Łączy oraz Usługi Transmisji Danych (niezależnie od tego czy jednozakresowe czy dwuzakresowe) stanowiły usługi telekomunikacyjne, jednakże niedostępne dla ogółu użytkowników sieci telekomunikacyjnej Wykonawcy i nie mogące być uznawane za publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne.

Zamawiający wymaga od wykonawców aby zagwarantowali odpowiednie SLA dla świadczonych przez siebie usług: Usługa Utrzymania Łączy oraz Usługa Transmisji Danych. SLA dla Techniki Jednozakresowej została określona w punkcie 5.1 Załącznika nr 3 Umowy realizacyjnej: Przepływność udostępniona dla warstwy aplikacji (model TCP/IP) do transmisji realizowanych z wykorzystaniem każdej Karty SIM, za pomocą której realizowana będzie usługa, powinna wynosić przynajmniej 64kbps w przypadku Techniki Dwuzakresowej i 32kbps w przypadku Techniki Jednozakresowej w każdym kierunku niezależnie, mierzone w warstwie aplikacji. Prędkość ta powinna być utrzymana w urządzeniach. W przypadku dostarczenia Usług 3 GPP zamawiający nie podał specyfikacji urządzeń, z wykorzystaniem których będą świadczone usługi 3GPP objęte SLA.

W myśl § 107 Umowy Realizacyjnej w przypadku niedotrzymania poziomu SLA w stosunku do zasad opisanych w pkt. 5.6 Załącznika nr 3 do Umowy, a także w razie niedoprowadzenia Łącza do stanu prawidłowego funkcjonowania zgodnie z § 55, Zamawiający może domagać się od Wykonawcy zapłaty kwoty w wysokości.....
[kwota do wyliczenia na wg wzoru: [wartość całkowita Umowy brutto dzielona przez $(5 \cdot 4 \cdot 365 \cdot \text{liczba Kart SIM})$] za każdą dobę, podczas której nastąpiło odpowiednio niedotrzymanie poziomu SLA (zgodnie z punktem 4.6. Załącznika nr 3] dla jednego Łącza, liczone od momentu zgłoszenia Wykonawcy faktu niedotrzymania poziomu SLA albo opóźnienie w doprowadzeniu Łącza do stanu prawidłowego funkcjonowania w stosunku do terminu, o którym mowa w § 55.

Zgodnie z § 108 zapłata kwoty może nastąpić w drodze obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, zastosowania upustu, zapłaty odszkodowania bądź kary umownej.

Stosownie do § 109 Zamawiający ma prawo dochodzenia kar umownych w przypadku:

- a) niedotrzymania każdego z terminów dostawy Urządzeń Końcowych w wysokości

0,3% wartości całkowitej Umowy brutto za każdy dzień opóźnienia;

- b) opóźnienia w uruchomieniu Usługi Aktywacji Łącza dla pojedynczego Łącza (brak potwierdzenia aktywacji Karty SIM), w wysokości 200 zł za każdy taki przypadek;
- c) niedochowania parametrów SLA albo niedoprowadzenia Łącza do stanu prawidłowego funkcjonowania zgodnie z § 55, w wysokości określonej w § 107, jeżeli zapłata kwoty określonej w § 107 nie nastąpi w inny sposób opisany w § 108;
- d) niedochowania czasu na usunięcie Wad Urządzeń Końcowych lub Karty SIM - w wysokości 10 PLN za każdy dzień opóźnienia w naprawie Urządzeń Końcowych lub Karty SIM;
- e) naruszenia przez Wykonawcę zobowiązania do ochrony Informacji Poufnych - w wysokości 10.000 PLN za każdy przypadek naruszenia.

W myśl § 110 naliczenie kar umownych nie wyłącza możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, do pełnej wysokości szkody, ale w granicach limitów odpowiedzialności Wykonawcy.

Stosownie do § 111 kary umowne są niezależne i należą się nawet w przypadku, gdy z powodu jednego zdarzenia naliczona jest więcej niż jedna kara. Kary umowne należne są również w przypadku wypowiedzenia Umowy.

W §139 - §148 Umowy Realizacyjnej (załącznika nr 3 do SIWZ) zamawiający oczekuje zapewnienia współpracy w zakresie przeprowadzenia audytu. Do celów audytu oczekuje udostępnienia firmie audytorskiej wszelkich schematów, a także dostępu do hal produkcyjnych i magazynów producenta Urządzeń Końcowych.

W dniu 25 lipca 2012 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Na pytanie nr 9 o treści: „Proszę podać specyfikację urządzeń jednozakresowych odpowiadającą swoją szczegółowością zapisom dotyczącym urządzeń dwuzakresowych i pozwalającą na integrację z Oprogramowaniem Narzędziowym” zamawiający udzielił odpowiedzi; „Na tym etapie Zamawiający nie jest w stanie podać specyfikacji urządzeń jednozakresowych, które będą kontraktowane w ramach odrębnych postępowań. W przypadku, gdyby parametry urządzeń jednozakresowych powodowały obniżenie przepływności łącza poniżej wymagań zdefiniowanych w SLA, Wykonawca nie będzie ponosił z tego tytułu odpowiedzialności za niedotrzymanie poziomu SLA”.

Podobnie odpowiedział na pytania nr 59 i 101.

Na pytanie 138 o treści: „Zamawiający podaje informacje o dostarczeniu kart SIM dla

urządzeń, których właścicielem jest Zamawiający. Jeśli łączy te również mają być objęte SLA to czy Zamawiający przewiduje dodanie zapisu z informacją na temat modeli urządzeń modułów radiowych zainstalowanych w tych urządzeniach oraz współrzędnych geograficznych, jeśli urządzenia te SA już wykorzystywane przez Zamawiającego" zamawiający odpowiedział: „Kwestia modeli urządzeń posiadanych przez Zamawiającego nie ma znaczenia dla odpowiedzialności Wykonawcy za niedotrzymanie poziomu SLA. Jeżeli okaże się, że powodem niedotrzymania poziomu SLA jest wadliwość lub parametry urządzeń dostarczonych przez Zamawiającego, Wykonawca nie będzie w tym zakresie ponosił odpowiedzialności za niedotrzymanie SLA”.

Na pytanie 128 o treści: „Zamawiający zastrzegł sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania Umowy z usług osób trzecich celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych umową. Prosimy o modyfikację zapisu określonego w par. 14 Umowy Realizacyjnej, w ten sposób, aby Quality Control było dopuszczalne wyłącznie w przypadku wyrażenia zgody Wykonawcy na taką kontrolę. Wykonawca nie może zaakceptować niczym nie ograniczonej możliwości kontroli przez Zamawiającego działalności Wykonawcy, która jest działalnością zgodną z ustawą Prawo telekomunikacyjne. Ponadto czy biorąc pod uwagę fakt, iż w interesie Wykonawcy jest przeprowadzenie audytu w sposób rzetelny i prawidłowy, Zamawiający wyrazi zgodę na udział przedstawiciela Wykonawcy w audycie?" zamawiający udzielił odpowiedzi: „Przedstawiona przez Wykonawcę propozycja zmiany zapisu Wzoru Umowy Realizacyjnej (kontrola wyłącznie za zgodą Wykonawcy) może doprowadzić do całkowitego sparaliżowania przedmiotowej instytucji. Wystarczy bowiem, że Wykonawca nie wyrazi ani razu zgody na przeprowadzenie kontroli, by zapis § 14 stał się zapisem martwym. Tym samym Zamawiający nie może zgodzić się na przedstawioną pozycję zmiany zapisów Wzoru Umowy Realizacyjnej. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, iż: 1) przedmiotową instytucję kontroli traktuje jak rozwiązanie szczególne, stosowane w uzasadnionych okolicznościach wskazujących na nienależyte wykonywanie Umowy Realizacyjnej przez Wykonawcę; 2) nie zamierza tej instytucji nadużywać, zwłaszcza że będzie musiał ponosić koszty takich kontroli; 3) obowiązki Wykonawcy związane z kontrolą zostały ograniczone do udzielenia informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie niezbędnym do przeprowadzenia kontroli, a zatem nie obejmują np. udostępniania pomieszczeń Wykonawcy i w związku z tym nie powinny być szczególnie dotkliwe dla Wykonawcy; 4) kontrola nie może naruszać obowiązujących przepisów prawa, w tym ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. -Prawo telekomunikacyjne (Dz.U.2004, Nr 171, poz, 1800), co gwarantuje Wykonawcy bezpieczeństwo prawne.

Na pytanie nr 163 o treści: „Zgodnie z par. 143 Umowy Realizacyjnej do celów audytu Producent miałby firmie audytorskiej udostępnić wszelkie schematy, kody źródłowe oraz inne informacje, których sobie zażyczy. Zwracamy się z prośbą o zmianę tych wymogów i przyjęcie rozwiązania, w którym firma audytorska przeprowadza wszelkie prace związane z weryfikacją projektu sprzętu i oprogramowania na terenie Wykonawcy lub Producenta urządzeń, pod kontrolą Wykonawcy na udostępnionym sprzęcie komputerowym, ale bez możliwości skopiowania dokumentacji projektowej i kodów źródłowych" zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „W § 141 Wzoru Umowy Realizacyjnej zostało wskazane, że „§ 141. Audyt bezpieczeństwa prowadzony będzie w lokalizacjach odpowiednich do charakteru czynności audytora, w szczególności w miejscu produkcji Urządzeń Końcowych i w magazynach producenta Urządzeń Końcowych (tj. odpowiednio: Wykonawcy lub producenta będącego osobą trzecią) lub w magazynach Wykonawcy". Zamawiający zakłada, że miejsca u Producenta i u Wykonawcy będą podstawowymi miejscami prowadzenia audytu i dlatego tak to zapisał w § 141 Wzoru Umowy Realizacyjnej. Zamawiający nie prowadził tych miejsc jako jedynych na prowadzenie audytu, albowiem Zamawiający nie wie kto będzie producentem Urządzeń Końcowych i jakie postawi wymagania i ograniczenia. Teoretycznie zatem możliwa jest sytuacja, w której np. producent nie zgodzi się na prowadzenie audytu u siebie, ale zgodzi się na laboratorium audytora. Tym samym Zamawiający nie chciał zapisami Umowy ograniczać możliwych sytuacji, przy czym w przypadku zapewnienia możliwości prowadzenia w miejscu produkcji Urządzeń Końcowych i w magazynach producenta Urządzeń Końcowych (tj. odpowiednio: Wykonawcy lub producenta będącego osobą trzecią) lub w magazynach Wykonawcy, Zamawiający uzna wymaganie Umowy za spełnione.

Postanowienia Wzoru Umowy Realizacyjnej nie przewidywały możliwości kopiowania dokumentacji projektowej. Celem audytu jest zbadanie dokumentacji a nie jej kopiowanie. Także zapis § 143 lit. d) mówiący o tym, że Producent zobowiązany będzie udostępnić audytorowi kopię oprogramowania Urządzeń Końcowych w postaci źródłowej, niezabezpieczonej, umożliwiającej sprawdzenie kodu pod względem bezpieczeństwa wraz z informacjami na temat używanego kompilatora oraz jego ustawieniami" oznacza udostępnienie kopii oprogramowania do badania a nie zapewnienie możliwości dalszego jej kopiowania. Zapisy Umowy nie wykluczają również badania kodu na sprzęcie producenta. Należy na to zwrócić uwagę w szczególności na procedury badania kodu przewidziane w § 144 Umowy i zastrzeżony w nich udział Producenta. Wykonawca oczekuje w proponowanych zapisach uwzględnienia oczekiwań i wymagań, jakie zapewne przedstawi mu producent, z którym współpracuje. Jednak Zamawiający musi opisywać warunki zamówienia w sposób obiektywny, oderwany od oczekiwań danego Wykonawcy, Istotnym

jest, by po zawarciu Umowy Realizacyjnej możliwe było przeprowadzenie weryfikacji badania w celach i zakresie opisanym w § 139 i nast. Wzoru Umowy Realizacyjnej. Jeśli dany producent będzie oczekiwał dalej idących ograniczeń niż wynikają one z zapisów wzoru Umowy realizacyjnej, a ograniczenia te nie będą sprzeczne z opisanymi w Umowie wymaganiami, Zamawiający nie widzi przeszkód by uwzględnić je w toku prowadzenia audytu. Zamawiający zdaje sobie bowiem sprawę ze znaczenia badanych informacji dla producentów, jednak nie ma możliwości opisanego z góry wszystkich wymagań każdego możliwego producenta,

W dniu 25 lipca 2012 roku zamawiający zmodyfikował treść załącznika nr 3 do Umowy Realizacyjnej w zakresie SLA w ten sposób, że:

W pkt. 5.1 zamiast zapisu: „Przy czym prędkość ta powinna być utrzymana w urządzeniach” jest: „pomiar przepływności Łącza realizowany będzie w systemie centralnym AMI (akwizycji danych pomiarowych) i udostępniany Oprogramowaniu Narzędziowemu przy pomocy webserwisu”.

W pkt. 5.2. zamiast zapisu: „Zamawiający wymaga przepływności udostępnionej dla warstwy aplikacji (w modelu TCP/IP). Aplikacja centralna Systemu AMI będzie w stanie dostarczyć poprzez API informację zawierającą ile danych i w jakim czasie wysłała i odebrała” jest: „Średnia przepływność zrealizowanych transmisji mierzona będzie w kolejnych 15-minutowych interwałach czasowych, zwanych dalej Cyklami”;

W pkt. 5.3 zamiast zapisu: „Oprogramowanie Narzędziowe mierzyć będzie średnią przepływność zrealizowanych transmisji mierzona będzie w kolejnych 15-minutowych interwałach czasowych, zwanych dalej Cyklami” jest: „Pomiar przepływności Łącza będzie bazował na pomiarze wielkości i czasu transmisji realizowanych z urządzenia przyłączonego do Urządzenia Końcowego. Do wyliczenia przepływności nie będzie brany pod uwagę czas bezczynności Łącza związany z brakiem transmisji”.

W pkt. 5.4. zamiast zapisu: „Oprogramowanie Narzędziowe zapewni Zamawiającemu, niezależnie od warunku wskazanego w pkt. 4.3, możliwość cyklicznego wymuszania transmisji danych w celu weryfikacji przepustowości łącza w obydwóch kierunkach, z wykorzystaniem paczek danych o dowolnie definiowalnym przez Zamawiającego rozmiarze. Zamawiający może uznać, że w przypadku gdy pomiar przepływności nastąpi w trakcie realizacji Cyklu na podstawie statystyk z Urządzenia Końcowego przesłanych protokołem SNMP, to dodatkowy pomiar z wymuszaniem transmisji nie będzie realizowany, pod warunkiem, że przepływność danych w ostatniej zrealizowanej transmisji była zgodna z wymogami, W przypadku, gdyby transmisja wymuszona pokryła się w czasie z transmisją z/do Systemu AMI, przepustowość oceniania będzie na podstawie

sumy przepływności obydwóch realizowanych jednocześnie transmisji" jest: „Zamawiający ma prawo, niezależnie od warunku wskazanego w pkt, 4.3, cyklicznego wymuszania transmisji danych w celu weryfikacji przepustowości łącza w obydwóch kierunkach, z wykorzystaniem paczek danych o dowolnie definiowalnym przez Zamawiającego rozmiarze. Zamawiający może uznać, że w przypadku gdy pomiar przepływności nastąpi w trakcie realizacji Cyklu na podstawie statystyk z Urządzenia Końcowego przesłanych protokołem SNMP, to dodatkowy pomiar z wymuszaniem transmisji nie będzie realizowany, pod warunkiem, że przepływność danych w ostatniej zrealizowanej transmisji była zgodna z wymogami. W przypadku, gdyby transmisja wymuszona pokryła się w czasie z transmisją z/do Systemu AMI, przepustowość oceniania będzie na podstawie sumy przepływności obydwóch realizowanych jednocześnie transmisji"

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów dotyczących postanowień § 139-148 Umowy Realizacyjnej, dotyczących audytu oraz § 111 Umowy Realizacyjnej, dotyczącego kar umownych.

Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący charakteru Usługi Utrzymania Łączy, Usługi Aktywacji Łączy oraz Usługi Transmisji Danych izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że jedną z pierwszych czynności, do których zobowiązany jest zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest opis przedmiotu zamówienia. Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego, Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Zgodnie z SIWZ zamawiający przewidział realizację umowy zarówno za pomocą

techniki jednozakresowej jak i dwuzakresowej. Stosownie zaś do § 7 wzoru Umowy Realizacyjnej, Zamawiający wymaga aby Usługi Utrzymania Łączy, Usługi Aktywacji Łączy oraz Usługi Transmisji Danych stanowiły usługi telekomunikacyjne, jednakże niedostępne dla ogółu użytkowników sieci telekomunikacyjnej Wykonawcy i nie mogące być uznawane za publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne. Z takim wymogiem nie zgadza się odwołujący się żądając modyfikacji SIWZ, w ten sposób, aby wszelkie usługi objęte przedmiotem zamówienia były świadczone w technologii dwuzakresowej albo żeby w stosunku do usług objętych przedmiotem zamówienia świadczonych w technologii jednozakresowej brak było obowiązku zapewnienia SLA oraz wymogu dotyczącego niedostępności dla ogółu użytkowników sieci telekomunikacyjnej.

Żądania odwołującego się Izba uznała za nieuprawnione. Izba wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego. To bowiem zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia oraz jakie cechy techniczne i jakościowe są istotne z punktu widzenia jego rzeczywistych potrzeb. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ma prawo wymagać usług o wysokim standardzie, zapewniającym odpowiedni poziom w zakresie wskazanych parametrów, takich jak m.in. przepływowość czy czas reakcji na zgłoszoną usterkę.

Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-602/00, który głosi, iż "wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 17 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych,"

A zatem oceniając poszczególne postanowienia siwz w świetle zasad wskazanych powyżej Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie.

Zgodnie z art. 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *accidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony

wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np, art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego wymagania SLA dla kart SIM, które będą wykorzystywane w urządzeniach zamawiającego, którego modelu, ani technologii w jakich one działają zamawiający nie podał w SIWZ.

Izba stwierdziła, iż zamawiający w udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców wskazał, że na tym etapie nie jest w stanie podać specyfikacji urządzeń jednozakresowych, które będą kontraktowane w ramach odrębnych postępowań. Wskazał jednak, że w przypadku, gdyby parametry urządzeń jednozakresowych powodowały obniżenie przepływności łącza poniżej wymagań zdefiniowanych w SLA, Wykonawca nie będzie ponosił z tego tytułu odpowiedzialności za niedotrzymanie poziomu SLA. Informacji takich zamawiający udzielał konsekwentnie w odpowiedziach na pytania nr 9, 59, 101, 138.

W tym miejscu Izba wskazuje na zasady dotyczące wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej wyjaśnień i modyfikacji. Otóż specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Jest swoistym zaproszeniem wykonawców do

składania ofert. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, czy są w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego.

Powyższe zasady odnoszą się również do wyjaśnień treści specyfikacji oraz jej modyfikacji dokonanych na podstawie art. 38 ust. 1 i nast. ustawy Pzp. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i wykonawców. Każdorazowo jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Jest ona wiążąca dla uczestników postępowania i stanowi wyznacznik interpretacji postanowień umowy.

A zatem, wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż brak informacji na temat urządzeń jednozakresowych nie narusza praw wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający w sposób jasny i kategoryczny stwierdził, iż wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, jeżeli niedotrzymanie wymagań przewidzianych w SLA będzie spowodowane parametrami urządzeń dostarczonych przez zamawiającego. Dokonana przez zamawiającego modyfikacja czyni zadość żądaniu zawartemu w odwołaniu, w związku z czym popieranie zarzutu przez odwołującego się należy uznać za bezpodstawne.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący postanowień § 139 - § 148 Umowy Realizacyjnej.

W pierwszej kolejności Izba potwierdza zasadność wprowadzenia do Umowy Realizacyjnej postanowień dotyczących audytu. Niemniej jednak Izba zgadza się z odwołującym się, iż postanowienia Umowy Realizacyjnej należy uznać za zbyt daleko idące.

Izba zwraca uwagę na odpowiedzi na pytania nr 128 i 163, gdzie zamawiający podzielił argumentację odwołującego się. Sam przyznał m.in., że możliwa jest sytuacja, w której producent nie zgodzi się na prowadzenie audytu u siebie. Należy zwrócić uwagę na fakt, że zamawiający zapisami Umowy Realizacyjnej chce zobowiązać wykonawcę do zapewnienia dostępu do hal produkcyjnych i magazynów podmiotów trzecich, co może się wiązać z zapewnieniem dostępu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa innego podmiotu. W ocenie Izby nieuprawnionym jest żądanie umożliwienia takiego dostępu, tym bardziej, że wykonanie takiego zobowiązania nierzadko może okazać się niemożliwe do

zrealizowania. Trudno oczekiwać bowiem, że producent urządzeń będzie skłonny do wpuszczenia na swój teren audytora wyznaczonego zamawiającego.

Na rozprawie zamawiający przyznał, że zamierza przeprowadzać audyt korzystając ze sposobów optymalnych. Wobec takiego oświadczenia Izba widzi potrzebę zobowiązania zamawiającego do dokonania zmian Umowie Realizacyjnej w zakresie przeprowadzenia audytu w sposób zaproponowany przez odwołującego się.

Izba nie uwzględniła zarzutu nieprecyzyjnego opis przedmiotu zamówienia (§ 107) - polegającego na wprowadzeniu niezrozumiałego wzoru, który zostanie użyty do obliczenia kwoty kary umownej oraz niewspółmierności kar umownych i wielokrotności naliczania kar umownych za to samo (§ 108 i § 111), a także brak procedury reklamacyjnej.

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z § 107 wzorca Umowy Realizacyjnej zamawiający określił sposób naliczenia kar umownych za niedotrzymanie poziomu SLA a także za niedoprowadzenie Łączna do stanu prawidłowego funkcjonowania. Odwołujący się wskazywał na niejednoznaczność zawartego w pkt. 5 załącznika nr 3 do SIWZ sposobu weryfikacji dotrzymania SLA.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 25 lipca 2012 roku zmodyfikował treść załącznika nr 3 do Umowy Realizacyjnej w zakresie pkt. 5 dotyczącego SLA. Zaskarżony przez odwołującego się zapis przestał istnieć, w związku z czym orzekanie w zakresie podniesionego zarzutu stało się bezprzedmiotowe. Odnosząc się do nowego brzmienia pkt. 5 załącznika nr 3 odwołujący się nie przytoczył żadnej argumentacji ograniczając się do złożenia oświadczenia, iż podtrzymuje zarzut odwołania. Wobec nie wskazania żadnych okoliczności uzasadniających popieranie zarzutu, w tym w szczególności zakresu i powodu kwestionowania treści pkt. 5 załącznika nr 3 Izba uznała zarzut za bezpodstawny.

Dokonując oceny zarzutu dotyczącego kar umownych Izba uznała, że zamawiający nie jest obowiązany do wprowadzania w projekcie Umowy Realizacyjnej postanowień przewidujących procedurę reklamacyjną w przypadku, gdy stwierdzi, że wystąpiły okoliczności uprawniające go do obciążenia wykonawcy karą umowną. Obowiązku tego nie przewiduje żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a zatem brak jest podstawy prawnej do nakazania zamawiającemu dokonywania zmian Umowy Realizacyjnej w tym zakresie. Izba podtrzymuje wyrażone wyżej stanowisko dotyczące możliwości kształtowania przyszłego stosunku prawnego przez zamawiającego, w tym *essentiaia i accidentalia negotii* umowy. W związku z tym, iż Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego jakiegokolwiek przepisu prawnego, zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący treści § 111 Umowy Realizacyjnej uznając, że jest niejasny i że wykonawcy nie mogą być pewni, w jakiej sytuacji zostaną obciążeni karami umownymi za jedno zdarzenie. Kara umowna jest zastrzeżoną sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Z art. 483 § 1 K.c. wynika, że kara umowna ma na celu „naprawienie szkody”, można więc uznać, że jest ona swoistą postacią odszkodowania. Kara umowna może obejmować trzy grupy zdarzeń, a mianowicie:

- a) niewykonanie zobowiązania,
- b) nienależyte wykonanie zobowiązania w ogólności
- c) konkretne uchybienia w zakresie sposobu wykonania zobowiązania (np. co do czasu, jakości),

W jednej umowie można przewidzieć odrębną karę za niewykonanie, a odrębną za nienależyte wykonanie zobowiązania. Można też łączyć kary za różne tytuły.

W § 109 Umowy Realizacyjnej zamawiający wskazał przypadki, w których będzie miał prawo do obciążenia wykonawcami karami umownymi. W ocenie Izby postanowienie to samo w sobie jest jasne i czytelne. Izba zapis ten rozumie w ten sposób, iż w przypadku wystąpienia zdarzenia odpowiadającego jednemu z przypadków wskazanych w § 109, zamawiający będzie mógł dochodzić od wykonawcy kary umownej we wskazanej wysokości. Oczywistym jest również, że w przypadku wystąpienia kilku zdarzeń odpowiadających któremukolwiek tytułowi uprawniającemu do naliczenia kary umownej, za każde takie zdarzenie wykonawca zapłaci karę umowną zamawiającemu. Zastrzeżenia wywołuje dopiero zapis § 111 umowy, w szczególności w tej części, w której jest mowa o możliwości naliczenia więcej niż jednej kary umownej za jedno zdarzenie. Izba wskazuje, że ani z § 109 ani też z żadnego innego postanowienia umownego nie wynika możliwość naliczenia więcej niż jednej kary umownej za jedno zdarzenie. Oznacza to, że zamawiający nie jest uprawniony do w takim przypadku do żądania dwóch lub więcej kar umownych. Zapis § 111 Umowy Realizacyjnej budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości obciążania wykonawcy karami umownymi. Izba nakazała zatem zamawiającemu usunięcie kontrowersyjnego zapisu bądź też jego doprecyzowanie, w jakich okolicznościach wykonawca zostanie obciążony więcej niż jedną karą umowną.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....