

WYROK

z dnia 5 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 17 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 773/15)

B. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 775/15)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup Usługi MPLS dla ARiMR* (nr postępowania DZP-2610-11/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A. EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 775/15)

B. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 773/15)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazuje zamawiającemu – Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie dokonania następujących zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartych we wzorze umowy:

1.1. § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a – zmiany polegającej na wskazaniu lokalizacji, których może dotyczyć podwyższenie przepustowości, lub dookreśleniu, że zwiększenie przepustowości nie będzie dotyczyło lokalizacji, w których nie ma warunków technicznych dla takiej zmiany parametrów usługi;

1.2. § 3 ust. 7 pkt 2 – polegającej na dookreśleniu, że zmiana lokalizacji lub rozpoczęcie świadczenia usług w nowej lokalizacji będzie uwzględniała istnienie warunków technicznych dla świadczenia usługi o parametrach

wymaganych dla danego typu lokalizacji;

- 1.3. § 3 ust. 7 pkt 4 oraz § 12 ust. 5 – wykreślenie tych postanowień;
- 1.4. § 12 ust. 8 – wykreślenie tego postanowienia.
2. Oddala odwołanie EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie pozostałych podtrzymanych zarzutów.
3. Kosztami postępowania w obu sprawach zamawiającego – **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących – EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. zasądza od **zamawiającego – Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego – EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza od **zamawiającego – Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego – Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie {dalej również: „ARiMR”} prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwana również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup Usługi MPLS dla ARiMR* (nr postępowania DZP-2610-11/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S_067-119982, z tym że 2 kwietnia 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.arimr.gov.pl>), na której udostępnił od 7 maja 2015 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

30 kwietnia 2015 r. Odwołujący: EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Exatel”} oraz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Orange”} wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołania (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) wobec następujących postanowień wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a
2. § 3 ust. 7 pkt 1 lit. b {tylko odwołanie Exatel}
3. § 3 ust. 7 pkt 2
4. § 3 ust. 7 pkt 3
5. § 3 ust. 7 pkt 4
6. § 3 ust. 8 pkt 1 {tylko odwołanie Exatel}
7. § 6 ust. 2 {tylko odwołanie Exatel}
8. § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 {tylko odwołanie Exatel}
9. § 8 ust. 3 oraz § 10 ust. 2 {tylko odwołanie Orange}
10. § 12 ust. 5 {tylko odwołanie Exatel}
11. § 12 ust. 8 {tylko odwołanie Exatel}

Odwołujący Exatel zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów

ustawy pzp lub przepisów ustawy pzp w zw. z przepisami Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}:

1. Art. 29 ust. 1 pzp – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na skalkulowanie ceny oferty, a także art. 139, art. 140 i art. 144 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego {„kc”} – przez umożliwienie Zamawiającemu jednostronnego modyfikowania zakresu świadczenia wykonawcy

– w następujących postanowieniach wzoru umowy:

1.1. § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a – w którym Zamawiający sobie zastrzega prawo zmiany Przepustowości w miejscu świadczenia usług, nie określając przy tym ani liczby tych zmian, ani ich zakresu, znacząco utrudniając lub wręcz uniemożliwiając wykonawcy złożenie oferty w związku z niemożnością jej racjonalnego oszacowania.

1.2. § 3 ust. 7 pkt 1 lit. b – w którym Zamawiający żąda przeprowadzenia zmian programowych Routerów CE, nie określając przy tym liczby tych zmian oraz ich jednoczesnej liczby, uniemożliwiając tym samym wykonawcy określenie niezbędnych zasobów ludzkich do ich przeprowadzenia, a przez to ich racjonalną wycenę mającą wpływ na wartość oferty.

1.3. § 3 ust. 7 pkt 2 – w którym Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od wykonawcy zmiany Lokalizacji miejsca świadczenia Usługi lub/i uruchomienia nowej Usługi w nowej Lokalizacji, ograniczając jedynie liczbę tych zmian odpowiednio do 15/2 na rok, nie określając przy tym rodzaju Lokalizacji, których zmiana może dotyczyć, dając ponadto wykonawcy okres nie dłuższy niż 6 miesięcy na przeprowadzenie tej zmiany, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalne oszacowanie oferty oraz wykonanie żądania Zamawiającego, gdy w nowej Lokalizacji wykonawca nie będzie posiadał pozytywnych warunków technicznych.

1.4. § 3 ust. 7 pkt 3 i 4 – w których Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji lub wypowiedzenia z części świadczenia Usługi, nie określając przy tym zakresu tej rezygnacji lub wypowiedzenia, uniemożliwiając wykonawcy oszacowanie rzeczywistego zakresu zobowiązania i narażając na realizację zamówienia ze stratą, oraz nie podaje maksymalnej liczby Lokalizacji, z których Zamawiający może zrezygnować lub które może zlikwidować, co wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego i zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego.

1.5. § 3 ust. 8 pkt 1 – w którym Zamawiający wymaga od wykonawcy terminu nie

dłuższego niż 6 m-cy na wykonanie zamiany, o której mowa w § 3 ust. 7 pkt 2, nie uwzględniając przy tym okoliczności faktycznych wpływających na realizację Zlecenia, zastrzegając sobie jednocześnie na mocy § 8 ust. 1 pkt 4 prawo do naliczenia kary umownej za każdy dzień opóźnienia.

- 1.6. § 3 ust. 7 pkt 2, 3 i 4 – umożliwiającym Zamawiającemu jednostronne modyfikowanie zakresu świadczenia wykonawcy w zakresie zmiany i zwiększenia liczby nowych lokalizacji oraz zmiany parametrów usługi.
2. Art. 139 pzp w zw. z art. 5 kc, 353¹ kc i art. 484 kc – przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej za działanie niezwiązane z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz nieprecyzyjne określenie sposobu naliczania kar umownych w § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy.
3. Art. 139 pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 kc oraz art. 473 kc – przez rozszerzenie ustawowej odpowiedzialności wykonawcy bez określenia zakresu okoliczności, za które ma ponosić odpowiedzialność w § 8 ust 1 wzoru umowy.
4. Art. 142 pzp i art. 139 pzp w zw. z art. 353¹ kc – przez umożliwienie Zamawiającemu dowolnego wypowiedzenia usług w poszczególnych Lokalizacjach na podstawie §12 ust. 5 wzoru umowy.
5. Art. 142 pzp i art. 139 pzp w zw. z art. 353¹ kc – przez umożliwienie Zamawiającemu dowolnego odstąpienia od realizacji części Usługi w przypadku braku środków w budżecie Zamawiającego na podstawie § 12 ust. 5 wzoru umowy.

Odwołujący Exatel wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian we wzorze umowy:

1. § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a – wskazania Lokalizacji, w których Przepustowość może być zmieniona oraz wskazanie maksymalnej Przepustowości w danej Lokalizacji oczekiwanej przez Zamawiającego, a także wyłączenia bądź zmiany zasad naliczania kar umownych za opóźnienie w związku z dokonanymi przez Zamawiającego zmianami.
2. § 3 ust. 7 pkt 1 lit b – wskazania maksymalnej liczby zmian konfiguracji w skali dnia i miesiąca.
3. § 3 ust. 7 pkt 2 – wskazania liczby i rodzaju Lokalizacji, których może dotyczyć przeniesienie (np. 15 lokalizacji o przepustowości 8 Mbps), oraz w § 8 ust 1 pkt 5 – uzależnienia wykonania Zlecenia od potwierdzenia przez wykonawcę posiadania możliwości technicznych. Dodatkowo w § 8 ust. 1 pkt 5 od tych samych okoliczności powinna zostać także uzależniona dopuszczalność żądania kar umownych.
4. § 3 ust 7 pkt 3 – po pierwsze – określenia wpływu likwidacji Lokalizacji na wysokość wynagrodzenia wykonawcy, po drugie – określenia maksymalnej liczby Lokalizacji,

- w których wyłączone będzie świadczenie usługi przez okres obowiązywania umowy.
5. § 3 ust 7 pkt 4 – usunięcia tego postanowienia.
 6. § 3 ust. 8 pkt 1 – wprowadzenia wyłączenia obowiązku realizacji Zlecenia w przypadku nieposiadania przez wykonawcę warunków technicznych.
 7. § 6 ust. 2 – usunięcia tego postanowienia.
 8. § 8 ust. 1 pkt 1 – doprecyzowania, czy kary umowne zgodnie z wyżej wskazanym postanowieniem naliczane będą dla każdej Lokalizacji oddzielnie czy też naliczana będzie jedna kara umowna w przypadku opóźnienia dotyczącego którejkolwiek z Lokalizacji.
 9. § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 – zmianę „opóźnienia” na „zwłokę”.
 10. § 12 ust. 5 – usunięcia tego postanowienia lub zmiany polegającej na określeniu katalogu okoliczności umożliwiających wypowiedzenie Umowy.
 11. § 12 ust. 8 – usunięcia tego postanowienia.

Odwołujący Orange zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na:
 - 1.1. Zastrzeżenie możliwości zwiększenia w trakcie trwania umowy przepustowości łącza, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę i uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej wykonania i świadczenia.
 - 1.2. Zastrzeżenie możliwości zmian lokalizacji świadczenia usług w trakcie trwania umowy bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę i uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji.
 - 1.3. Zastrzeżenie możliwości uruchomienia w trakcie trwania umowy nowego łącza dostępowego, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę i uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji.
 - 1.4. Zastrzeżenie prawa rezygnacji z dowolnej liczby łączy, bez określenia wolumenu takich zmian.

- 1.5. Zastrzeżenie, że przez usunięcie awarii lub usterki rozumiane jest potwierdzenie przez Zamawiającego, że awaria lub usterka zostały usunięte, nie zaś faktyczne usunięcie awarii lub usterki przez Wykonawcę i zgłoszenie tego faktu Zamawiającemu, a w konsekwencji naliczanie kar umownych za okres, w którym usługa świadczona była należycie.

Odwołujący Orange wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania we wzorze umowy następujących zmian:

1. § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a – wykonawca będzie zobowiązany do zwiększenia przepływności tylko w przypadku posiadania warunków technicznych dla wymaganej przez Zamawiającego zwiększenia przepływności. W przypadku braku warunków technicznych do zwiększenia przepływności w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, zwiększenie to nastąpi w drodze zamówienia uzupełniającego.
2. § 3 ust. 7 pkt 2 – wykonawca będzie zobowiązany do zmiany lokalizacji lub zestawienia nowego łącza tylko w przypadku posiadania pozytywnych warunków technicznych do zmiany lokalizacji lub zestawienia łącza zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W przypadku braku warunków technicznych do zmiany lokalizacji lub zestawienia łącza zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, zmiana lokalizacji lub zestawienie nowego łącza odbywać się będzie w drodze zamówienia uzupełniającego.
3. § 3 ust 7 pkt 4 – wykreślenie możliwości rezygnacji z nieograniczonej liczby łączy.
4. § 8 ust. 3 oraz § 10 ust. 2 – czas trwania Awarii będzie liczony do momentu jej faktycznego usunięcia przez wykonawcę.

Po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie i zmianami lub wyjaśnieniami treści specyfikacji z 22 kwietnia 2015 r. Odwołujący Exatel wycofał zarzut wyszczególniony powyżej w pkt 1.2 {routery CE} oraz w pkt 1.4 {wyłącznie odnośnie rezygnacji}, a Odwołujący Orange – zarzut wyszczególniony powyżej w pkt 1.5 {awaria} oraz w pkt 1.4 {wyłącznie odnośnie rezygnacji}.

Ponadto Odwołujący Exatel i Odwołujący Orange dodatkowo sprecyzowali powyższe zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {pominięto uzasadnienie dotyczące wyłącznie zarzutów, które ostatecznie zostały wycofane}.

{ad pkt 1 listy zarzutów odwołania Exatel – zagadnienia wstępne}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do wzoru umowy

(stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ) zamówieniem objęte będą następująco klasyfikowane lokalizacje Zamawiającego: 315 lokalizacji typu BP o wymaganej przepustowości 8 Mbps (z wyjątkiem dwóch lokalizacji – 16 Mbps oraz trzech lokalizacji – 32 Mbps), 16 lokalizacji typu OR z dwoma łączami o przepustowości 32 Mbps, dwie lokalizacje typu CB z łączami 1024 Mbps oraz po jednej typu CPD i typu ROPD z wymaganą przepustowością łączy 2048 Mbps. Odwołujący dodał, że projekt WAN dla Zamawiającego obejmuje swoim zasięgiem obszar całej Polski.

W ocenie Odwołującego powyższe zadanie charakteryzuje się dużą złożonością i skomplikowaniem, zarówno na poziomie technologicznym, jak i organizacyjnym. A wykonanie zamówienia wymaga od wykonawcy zaangażowania znaczących zasobów technicznych i kadrowych oraz poniesienia kosztów w celu rozpoczęcia realizacji usług we wszystkich wskazanych w Umowie Lokalizacjach.

Odwołujący zacytował brzmienie art. 29 ust. 1 pzp i wywiódł, że z opisu przedmiotu zamówienia musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może także zastrzec sobie prawa do ich uznaniowej jednostronnej zmiany, przerzucając w ten sposób całe ryzyko kontraktowe na wykonawcę, zwłaszcza po rozpoczęciu realizacji umowy i poniesieniu przez wykonawcę nakładów związanych z uruchomieniem usługi.

Według Odwołującego utrwalony jest pogląd, że niedopuszczalne jest redagowanie postanowień umowy w taki sposób, że wolumen i zakres zamówienia uzależniony jest od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją zamawiającego, jak również nakładanie na wykonawcę nadmiernych zobowiązań, których zakres nie był mu znany ani możliwy do przewidzenia na etapie składania oferty, a następnie zawarcia umowy.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 139 pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że zamawiający powinien skonstruować projekt umowy w sposób zgodny z treścią przepisów kc, w tym z art. 353¹ kc, a więc w taki sposób, aby jego treść nie sprzeciwiała się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z kolei art. 5 kc wytycza granice, w których uprawniony może czynić z użytek z przysługującym mu prawa, tj. użytek ten nie może być sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w § 3 ust. 7 pkt 1 - 4 wzoru umowy zastrzegł sobie uprawnienia zmian oraz wypowiedzania usług, które stoją w sprzeczności z ustawą pzp i kc.

{ad pkt 1.1 listy zarzutów odwołania Exatel}

Odnoście zastrzeżenia przez Zamawiającego w §3 ust. 7 pkt 1 lit. a uprawnienia do żądania zmiany Przepustowości, nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia usługi, Odwołujący Exatel podniósł, co następuje.

Odwołujący zauważył, że na etapie planowania realizacji zamówienia musi wykonać szereg czynności polegających na weryfikacji możliwości realizacji usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego we wskazanej Lokalizacji. Odwołujący podkreślił, że dla większości z nich w przypadku łączy tzw. ostatniej mili (odcinków pomiędzy infrastrukturą Wykonawcy a Lokalizacją docelową Zamawiającego) korzysta, na podstawie art. 139 ust 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2004 Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.), z infrastruktury innych operatorów, od których pozyskuje wiedzę o dostępności łączy i cenie za żądany parametr. W konsekwencji otrzymanie tzw. pozytywnych warunków technicznych na łączy o przepustowości np. 8 Mbps dla lokalizacji typu BP, nie musi oznaczać automatycznie, że w późniejszym okresie będzie możliwa zmiana parametrów łączy na wyższe, gdyż często istniejąca infrastruktura na to nie pozwala, a z całą pewnością zmiana ta będzie wiązać się z wyższą, często nieznaną jeszcze w momencie składania oferty, ceną.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego postanowienie nie uwzględnia specyfiki rynku i wymaga od wykonawcy podjęcia zobowiązania, na które nie ma wpływu, gdyż zmiana Przepustowości łączy, jakiej może zażądać Zamawiający, nie jest dookreślona poprzez wskazanie Lokalizacji, jakich może dotyczyć Zlecenie zmiany parametrów usługi ani maksymalnej Przepustowości dla poszczególnych Lokalizacji. Tym samym według Odwołującego choć w załączniku nr 2 do wzoru umowy podano Lokalizacje oraz wymaganą przez Zamawiającego Przepustowość – przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnej i całkowicie dowolnej zmiany wymagań w zakresie Przepustowości na podstawie Zlecenia Zamawiającego, w każdej z Lokalizacji i w zakresie każdej Przepustowości (w skrajnym przypadku mogłoby to dotyczyć większości Lokalizacji), powoduje, że rzeczywisty zakres przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji wynikające z SIWZ nie są znane.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zmiana Przepustowości wiąże się jedynie z uprawnieniem do wzrostu miesięcznego abonamentu za świadczenie Usługi IP VPN, a Zamawiający nie zobowiązał się do pokrycia jakichkolwiek kosztów poniesionych przez wykonawcę na zmianę Przepustowości.

{ad pkt 1.3 listy zarzutów odwołania Exatel}

Oдноśnie zastrzeżenia przez Zamawiającego w § 3 ust. 7 pkt 2 możliwość zmian Lokalizacji, w których będzie świadczona usługa (w liczbie nie większej niż 15 w ciągu roku), oraz możliwości uruchomienia zupełnie nowych lokalizacji (w liczbie nie większej niż 2 w ciągu roku), Odwołujący Exatel podniósł, co następuje.

Odwołujący zauważył, że przedmiot zamówienia obejmuje Lokalizacje różnego typu, które znacząco różnią się pomiędzy sobą. Są to zarówno duże Lokalizacje typu OR, do których należy doprowadzić dwa łącza, jak i Lokalizacje charakteryzujące się relatywnie niską przepustowością. Według Odwołującego istotny dla uzasadnienia stawianego zarzutu jest fakt, że cena wykonania przeniesienia łącza lub wykonania nowego łącza jest różna w zależności od typu łącza, którego zmiana ma dotyczyć. Bez tej wiedzy wykonawca nie jest w stanie w rzetelny sposób dokonać wyceny zmian.

Odwołujący podniósł również, że Umowa nie uzależnia wykonania powyższych zmian od istnienia pozytywnych warunków technicznych w Lokalizacjach, które nie są wykonawcy znane w chwili podpisania Umowy. Na zasadzie powyżej opisanej wykonawca może nie posiadać pozytywnych warunków technicznych dla zmienionej lub nowej Lokalizacji, co uniemożliwia realizację Zlecenia Zamawiającego. Jednocześnie w przypadku nieterminowej realizacji Zlecenia zmiany wykonawca narażony jest na konieczność uiszczenia dotkliwych kar umownych.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający żąda przeniesienia lub wykonania nowej instalacji dla usługi o nieznanym parametrach w nieznanym Lokalizacji, nie spełniając tym samym wymogów stawianych przez ustawę pzp co do jednoznacznego opisu zakresu zamówienia oraz jego zmiany, podczas gdy zakres zmian nie został sprecyzowany, a przez to zmiany stanowić mogą istotne zmiany Umowy, które winny zostać przewidziane przez Zamawiającego.

{ad pkt 1.4 i 4 listy zarzutów odwołania Exatel}

Oдноśnie zastrzeżenia przez Zamawiającego w § 3 ust 7 pkt 4 i § 12 ust. 5 uprawnienia do wypowiedzenia świadczenia usługi w dowolnej Lokalizacji (nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu obowiązywania umowy), Odwołujący Exatel podniósł, co następuje.

Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa do dowolnego wypowiedzenia usług stoi w sprzeczności z istotą i naturą stosunku zobowiązaniowego. Odwołujący powołał się na to, że Krajowa Izba Odwoławcza: *Odnosząc się do argumentu powiązanego z art. 353(1) k.c. i art. 58 § 2 k.c., tj. iż ze względu na charakter umowy (umowa*

na czas określony) sprzeczna z istotą i naturą stosunku jest możliwość wcześniejszego zerwania tego stosunku w drodze wypowiedzenia każdej ze stron (jedynie dla umów zawieranych na czas nieokreślony przewidziana została instytucja wypowiedzenia umowy), Izba wskazuje, że ustawa Prawo zamówień publicznych, poza przepisem szczególnym przyznającym zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy (art. 145 ust. 1 ustawy P.z.p.), nie zawiera regulacji odnośnie rozwiązania umowy. W ocenie Izby wobec wskazanego braku (także braku zakazu), na podstawie przepisu art. 139 ustawy P.z.p. zastosowanie znajdzie kodeksowa zasada swobody umów. Wypowiedzenie zatem umowy o zamówienie publiczne (umowy zawartej na czas określony) będzie możliwe o tyle, o ile możliwość taka została przewidziana we wzorze umowy w sytuacji, gdy zajdą wskazane we wzorze umowy okoliczności uzasadniające wypowiedzenie albo do rozwiązania umowy dojdzie za porozumieniem stron {w odwołaniu nie podano źródła powyższego cytatu}.

Odwołujący podniósł, w kontekście argumentacji prezentowanej przy poprzednich zarzutach, że oferty pozyskiwane przez wykonawcę od operatorów tzw. ostatniej mili są na czas określony, często bez albo z innymi terminami wypowiedzenia aniżeli przewidziane przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

Odwołujący oświadczył, że nie jest jego celem całkowite zniwelowanie ryzyka kontraktowego, w tym związanego z pewnym zmniejszeniem zakresu świadczonej usługi, choć wpływa to na ogólną rentowność projektu. Niemniej w ocenie Odwołującego § 3 ust. 7 pkt 4 przerzuca na wykonawcę nadmierne ryzyko, którego nie jest w stanie w żaden sposób oszacować. W konsekwencji złożenie racjonalnej oferty może okazać się niemożliwe. Wykonawca składa ofertę kierując się rachunkiem ekonomicznym. Według Odwołującego Zamawiający proponuje takie ukształtowanie stosunku prawnego, w którym koszty po stronie wykonawcy, w przypadku wypowiedzenia przez Zamawiającego znacznej liczby łączy przy jednoczesnej konieczności pokrywania ich kosztów przez wykonawcę ze względu na wiążące go umowy z firmami trzecimi, będą wyższe niż przychody.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że art. 142 ust. 1 oraz art. 144 ustawy pzp wyraźnie wskazują na charakter stosunku, jaki może być ukształtowany w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – tj. jego stałość i pewność gwarantowaną faktem zawarcia umowy na czas określony oraz zakazem zmian jego treści ponad te, które uprzednio zostały przewidziane w umowie, jak również z zachowaniem konkretnych przesłanek tej zmiany. Tymczasem według Odwołującego Zamawiający, który przez instytucję wypowiedzenia przyznał sobie uprawnienie do jednostronnego i dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia, niezależnego od wystąpienia jakichkolwiek okoliczności sprecyzowanych w umowie, *contra legem* próbuje zniwelować konieczność dookreślenia

wiążącego go zobowiązania (przedmiotu zamówienia objętego umową) oraz przesłanek zmian umowy, całe ryzyko kontraktowe przenosząc na wykonawcę.

Według Odwołującego za nieistotne należy uznać ograniczenie czasowe możliwości wypowiedzenia Umowy do 6 miesięcy przed upływem jej zakończenia, gdyż wykonawca i tak musi zagwarantować możliwość świadczenia Usługi w każdej Lokalizacji przez cały okres obowiązywania Umowy. Ponadto ponoszone koszty niezbędne do uruchomienia Usługi kalkuluje z uwzględnieniem pełnego okresu realizacji zamówienia.

{ad pkt 1.1 - 1.4 listy zarzutów odwołania Orange}

Odwołujący Orange zarzucił, że zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymogom określonym w art. 29 ust. 1 ustawy pzp, gdyż w zakresie postanowień zawartych w § 3 ust. 7 pkt 1 - 4 wzoru umowy opisu przedmiotu zamówienia został sformułowany w sposób niejasny i niewyczerpujący, nie uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty.

Odwołujący zacytował brzmienie § 3 ust. 7 pkt 1 - 4 wzoru umowy.

Zdaniem Odwołującego postanowienia te oznaczają, że wykonawca jest zobowiązany do dokonywania zmian konfiguracji sieci w ramach łącznego wynagrodzenia umownego lub z zastosowaniem opłat określonych w formularzu cenowym dla poszczególnych przepustowości łączy (opłat skalkulowanych dla łączy zdefiniowanych w SIWZ), niezależnie od kosztów, jakie byłyby konieczne do poniesienia przez wykonawcę w celu zapewnienia świadczenia tych dodatkowych, niesprecyzowanych w SIWZ usług.

Ponadto według Odwołującego wykonawca ma zobowiązać się od uruchomienia nieograniczonej liczby łączy w nieograniczonej liczbie nowych lokalizacji oraz dokonania nieograniczonej liczby zwiększeń przepustowości łączy w nieograniczonym zakresie, niezależnie od tego, czy dysponuje w tych lokalizacjach jakkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług.

Odwołujący stwierdził, że dla usług, których potrzeba uruchomienia lub zwiększenia przepustowości pojawi się u Zamawiającego w trakcie trwania umowy, mają mieć zastosowanie opłaty z formularza cenowego, skalkulowane dla łączy zdefiniowanych w SIWZ i planowanych do uruchomienia po podpisaniu umowy. Według Odwołującego Zamawiający przenosi tym samym na wykonawcę pełną odpowiedzialność za ewentualne zmiany swoich potrzeb w zakresie konfiguracji i parametrów łączy dostępowych w poszczególnych lokalizacjach, w szczególności odpowiedzialność za koszty zmian.

Odwołujący podkreślił, że zapewnienie świadczenia usługi w nowej lokalizacji

lub usługi o nowych parametrach lub zmiana lokalizacji łącza dostępowego może się wiązać z koniecznością poniesienia przez wykonawcę bardzo dużych nakładów inwestycyjnych w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej. Koszty te dla wykonawcy mogą być skrajnie różne w zależności od lokalizacji, w której ma być uruchomione łącze, przepustowości jakiej będzie wymagał Zamawiający (które na etapie przygotowania oferty nie są znane wykonawcy). Tym bardziej, że Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza zakresu prac związanych z uruchomieniem nowych łączy i ich przepustowości oraz zakresu zmian przepustowości łączy już uruchomionych, dając sobie nieograniczone możliwości kształtowania wymagań w tym zakresie w trakcie trwania umowy.

Odwołujący podniósł, że zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia przez wykonawcę na etapie przygotowywania oferty, bez wiedzy o dokładnych adresach lokalizacji, w których mają być uruchomione łącza i docelowej przepustowości tych łączy, gdyż mogą zostać określone dopiero po przeprowadzeniu rzetelnej weryfikacji możliwości technicznych uruchomienia lub zwiększenia przepustowości danego łącza w określonej lokalizacji. Z uwagi na uwarunkowania terenowe, techniczne, prawne i inne wykonanie łącza w określonym miejscu może być utrudnione, a czasem niemożliwe. Koszt potencjalnej inwestycji dla danej lokalizacji może znacznie przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi wskazany przez wykonawcę w formularzu cenowym.

Według Odwołującego przy uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach koszty te mogą się wiązać, a w niektórych przypadkach będą się wiązać na pewno, m.in. z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doboru i zakupu routera odpowiedniego dla tej technologii i przepustowości.

Z kolei podniesienie przepustowości łączy może wiązać się z nakładami inwestycyjnymi związanymi z wymianą urządzeń końcowych (routerów) lub w skrajnych wypadkach zmianą medium transmisyjnego (dobór technologii łącza i sposobu jego realizacji są uzależnione od przepustowości planowanego łącza i lokalizacji jego uruchomienia).

Odwołujący podsumował, że kwestionowane postanowienia, ze względu na możliwość poniesienia kosztownych nakładów inwestycyjnych dla nieograniczonej liczby łączy i w nieograniczonym zakresie, uniemożliwiają należytą kalkulację oferty i obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Zamawiający określił zakres i wolumen przedmiotu zamówienia – w tym świadczeń, do których wykonania zobowiązany będzie wykonawca – w taki sposób, że zależy on od zdarzeń przyszłych i niepewnych,

a związanych z jednostronną uznaniową decyzją Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że postanowienia zastrzegające na rzecz Zamawiającego prawo rezygnacji z dowolnej liczby łączy, bez określenia wolumenu takich zmian, wprowadzają niepewność co do zakresu usług, które świadczyć na wykonawca w trakcie realizacji umowy, gdyż z uwagi na dopuszczoną możliwość likwidacji łączy wykonawca nie jest pewien w jakim zakresie i w jakim czasie zobowiązany będzie do świadczenia usług, a co za tym idzie – czy uzyska wynagrodzenie adekwatne do wykonanych przez siebie uprzednio świadczeń.

Odwołujący dodał, że uprawnienie Zamawiającego do takich modyfikacji przedmiotu zamówienia niesie ze sobą określone konsekwencje finansowe. Wykonawca ponosi koszty uruchomienia usługi w danej lokalizacji, która wiąże się z zestawieniem łączy, instalacją urządzeń sieciowych oraz instalacją wewnętrznego okablowania w obiektach Zamawiającego. Z tego tytułu wykonawca może pobrać opłatę instalacyjną w określonej wysokości. Dla Odwołującego oczywiste jest, że wobec kosztu takich inwestycji opłata pokrywa zaledwie ich część, a pozostałe koszty finansowane są poprzez miesięczną opłatę z tytułu świadczenia danej usługi. Dowolna rezygnacja z usługi w danej lokalizacji, bez podania przyczyny i wolumenu, powoduje, że koszty poniesionych inwestycji infrastrukturalnych nie zwrócą się generując stratę.

Odwołujący Orange przywołał na poparcie swojej argumentacji stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w innych sprawach.

Przede wszystkim Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Izby z 13 października 2011 r. (sygn. akr KIO 2124/11) dotyczące poprzedniego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego {ARMiR} – na zakup usług telekomunikacyjnych, przesyłu danych z usługami dodatkowymi oraz zestawienie łączy teletransmisyjnych. Zdaniem Odwołującego jego ówczesne zarzuty i argumentacja, a także stanowisko Izby jest również adekwatne w tej sprawie.

Odwołujący podał, że w odwołaniu wniesionym wobec postanowień SIWZ podniósł m.in. zarzuty dotyczące projektu umowy: po pierwsze – wprowadzenia w § 3 ust 10 możliwości nieograniczonej liczby zmiany parametrów usługi (co do lokalizacji lub przepustowości) w określonym terminie jednostronnie przez zamawiającego, bez zapewnienia prawa wykonawcy do odmowy wykonania takiej zmiany; po drugie – wprowadzenia w § 3 ust. 11 możliwości zmiany adresów poszczególnych lokalizacji oraz możliwość rezygnacji z dowolnej lokalizacji.

Odwołujący wskazał, że powyższe zarzuty zostały uwzględnione w taki sposób,

że Izba przyznając Zamawiającemu prawo do dokonywania zmian w okresie realizacji umowy, tak w zakresie wyznaczonych lokalizacji, jak i w zakresie parametrów usługi, wynikających z bieżących jego potrzeb, zwróciła uwagę na obowiązek przedstawienia w warunkach zamówienia czytelnych zasad wprowadzenia tych zmian oraz czytelnych zasad odpłatności za ich dokonanie. Izba nie przyjęła jako wiarygodnych wyjaśnień Zamawiającego, że nie jest w stanie prognozować przyszłych zmian. Zdaniem Izby Zamawiający w niewystarczający sposób określił przedmiot usługi w pozycji 1,2,3 formularza ofertowego, nie podając oczekiwanych parametrów uruchomienia lub przeniesienia usług, dla umożliwienia wykonawcy stosownego zróżnicowania cen jednostkowych z tego tytułu. Przerzucanie w nadmiernie niedookreślonym zakresie ryzyka kosztowego zmian wymaganych przez Zamawiającego na wykonawcę i ujmowania wszystkich pozostałych kosztów uruchomienia usług na warunkach zmienionych w cenach abonamentu Izba uznała za naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Ponadto Odwołujący podał, że w wyroku z 14 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2172/13, KIO 2177/13) dotyczącym postępowania prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na świadczenie usługi operatora sieci rozległej WAN KSI ZUS, Izba uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji poprzez opisanie prawa opcji z zastosowaniem art. 29 i następnych ustawy pzp lub – ewentualnie – zastąpienia prawa opcji możliwością udzielenia zamówienia uzupełniającego.

Odwołujący zrelacjonował, że Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 29 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 5 pzp, przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu prawa opcji dla uruchamiania usług w nowych lokalizacjach lub zmianie prędkości dostępowych łączy, bez uwzględnienia możliwości technicznych dokonania takich zmian oraz kosztów, jakie z tego tytułu poniesie wykonawca. Izba oceniła skarżone postanowienia jako nakładające obowiązek uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, niezależnie od tego, czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą. Zdaniem Izby z żądaniem uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach może wiązać się konieczność budowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.). Zakres takich inwestycji jest niemożliwy do przewidzenia na etapie przygotowywania oferty, a ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji. Analogiczne ryzyka wiążą się z postanowieniem, które zakłada zmianę przepływności łączy. Podniesienie przepływności łączy, w wypadku braku technicznych możliwości, może wiązać się z kosztownymi nakładami inwestycyjnymi takimi jak wymiana urządzeń końcowych lub

nawet zmiana medium transmisyjnego (zmiana kabla miedzianego na łącze światłowodowe). Izba zgodziła się z odwołującymi, że postanowienia takie, ze względu na możliwość poniesienia kosztownych nakładów inwestycyjnych, uniemożliwiają należyłą kalkulację oferty i obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem. O ile zamawiający nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymaganych informacji, winien rozważyć zasadność możliwości udzielenia zamówień uzupełniających – co Izba alternatywnie nakazała w sentencji wyroku.

Odwołujący dodał, że w tym postępowaniu Zamawiający nawet nie potraktował możliwości zwiększenia przepływności jako prawa opcji.

Odwołujący przywołał również wyrok Izby z 18 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2135/13, KIO 2136/13, KIO 2163/13) dotyczący postępowania prowadzonego przez Dyрекcję Generalną Lasów Państwowych na świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, w którym Izba uwzględniła zarzut niezdefiniowanego zakresu usług w wyniku przeniesienia lokalizacji i utworzenia nowej lokalizacji.

Odwołujący zrelacjonował, że Izba uznała za zasadną argumentację odwołujących, którzy podkreślali realny problem w postaci braku możliwości obliczenia kosztów, jakie należy przeznaczyć na realizację prac w związku z przenoszeniem lub powstawaniem nowych lokalizacji, które dla różnych lokalizacji mogą się różnić znacząco. Według Izby założenie przez zamawiającego, że wykonawcy powinni wycenić w ramach składanej oferty tak nieprzewidywalny zakres usług narusza art. 29 ust. 1 pzp. Co istotne, przepisy pzp zawierają instrumenty, które umożliwiają rozwiązywanie problemów związanych z niemożnością przewidzenia w chwili przygotowania opisu przedmiotu zamówienia kompletnego zakresu zamawianych usług. Zamawiający może w takiej sytuacji przewidzieć prawo opcji, może udzielić zamówień dodatkowych lub uzupełniających. Część opcjonalna (dodatkowa czy uzupełniana) ma jednak zdefiniowany zakres i z tytułu jej realizacji przysługuje odrębne, dodatkowe wynagrodzenie.

Odwołujący podał, że Izba wzięła pod uwagę m.in. argumentację dotyczącą kosztów budowy łącza kablowego dla 1 lokalizacji, jednocześnie wyjaśniając wątpliwości zamawiającego co do możliwości zastosowania zamówienia uzupełniającego dla przeniesienia oraz budowy nowego łącza. Izba powołała się również na uprzedni wyrok z 16 lipca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/12, KIO 1353/12) dotyczący podobnej sprawy, w którym nakazano zamawiającemu wprowadzenie możliwości udzielenia zamówień uzupełniających, oraz wyrok z 6 września 2012 r. (sygn. KIO 1807/12), potwierdzający

zrealizowanie przez zamawiającego nakazu wprowadzenia możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

{ad pkt 1.5 listy zarzutów odwołania Exatel}

Odwołujący Exatel podał, że w § 3 ust 8 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę, po pierwsze – obowiązek realizacji Zlecenia, po drugie – wykonania Zlecenia w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy.

Zdaniem Odwołującego powyższe wymaganie nie uwzględnia realiów wykonania zamówienia. Odwołujący ponownie powołał się na to, że ze względu na złożoność i rozległość przedmiotu zamówienia będzie korzystać w znacznej mierze z infrastruktury firm trzecich, gdyż wykonanie własnych przyłączy może okazać się nieopłacalne ekonomicznie lub obiektywnie niemożliwe. Według Odwołującego o ile pozyskanie oferty od innych operatorów w wymaganym 6-miesięcznym terminie jest możliwe, o tyle wybudowanie nowego łącza może już być niemożliwe.

Odwołujący opisał, że taka przykładowa inwestycja obejmuje następujące czynności w następujących ramach czasowych: 1) Wizja lokalna wraz ze sprawdzeniem wariantów potencjalnie możliwych do realizacji – 3 dni. 2) Wykonanie koncepcji realizacji przyłącza wraz z przebiegiem trasowym na mapach zasadniczych oraz wstępnym kosztorysem i harmonogramem prac –10 dni. 3) Pobranie wypisów z rejestru gruntów nt. właścicieli działek – 10 dni (równoległe z pkt 2). 4) Uzgodnienia z właścicielami prywatnymi działek – 5 do 60 dni (termin realizacji tego etapu procesu zależy od dobrej woli tych osób). 5) Uzgodnienia z właściwymi urzędami lub instytucjami – 5 do 30 dni. 6) Ewentualna korekta trasy i powrót do pkt 3 w przypadku zawyżonych oczekiwań finansowych lub braku zgody na wejście w nieruchomości. 7) Zamówienie i otrzymanie mapy do celów projektowych (musi być wykonana przez uprawnionego geodetę i przedstawiona w postaci elektronicznej) – 30 do 60 dni. 8) Uzgodnienie projektu w odpowiednim ZUDP – 10 do 25 dni. 9) Uzgodnienia z ochroną środowiska, konserwatorem zabytków (na terenach potencjalnie atrakcyjnych archeologicznie) itp.–14 do 90 dni. 10) Jeżeli jest taka konieczność, podpisanie umów z gminami, zarządami nieruchomości itp. – 30 do 90 dni. 11) Opracowanie projektów budowlanego (o ile jest konieczny), wykonawczego –10 dni. 12) Zgłoszenie do właściwego urzędu robót niewymagających pozwolenia na budowę (w przypadku przyłączy) lub złożenie wniosku o pozwolenie na budowę – 5 dni. 13) Wykonanie i uzgodnienie projektu organizacji ruchu drogowego – 10 do 30 dni (równoległe do pkt12). 14) Uzgodnienie terminu prac z zarządami dróg. 15) Rozpoczęcie robót budowlanych po upływie: 30 dni – dla robót niewymagających pozwolenia na budowę; 60 dni – dla robót wymagających pozwolenia

na budowę. 16) Budowa (w zależności od *długości*, terenu, warunków atmosferycznych) – 3 do xxx dni. 17) Inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza, sporządzenie dokumentacji – 30 do 60 dni od zakończenia prac. 18) Odbiór robót – 1 do 2 dni.

Odwołujący dodał, że w okresie zimowym bardzo często prace budowlane nie mogą być prowadzone na skutek warunków atmosferycznych albo w wyniku zakazów administracyjnych.

Odwołujący podsumował, że pomimo dołożenia należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru prowadzonej działalności, z przyczyn obiektywnych i niezawinionych nie będzie mógł sprostać wymaganiom Zamawiającego, które w chwili podpisywania Umowy nie były mu znane i nie mógł przewidzieć konieczności ich wykonania.

{ad pkt 2 listy zarzutów odwołania Exatel}

Odwołujący podał, że zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający określił uprawnienie do naliczania kary umownej w wysokości 10.000 zł za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługobiorcę terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi we wszystkich Lokalizacjach zgodnie z § 3 ust. 2 pkt 4 Umowy.

Odwołujący zarzucił, że uwzględniając treść § 3 ust. 2 pkt 4 Umowy, Zamawiający nieprecyzyjnie określił zasady naliczania kar umownych, gdyż z § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy nie wynika, czy Zamawiający jest uprawniony do naliczania kar umownych za każdą Lokalizację, czy też może naliczyć tylko jedną karę umowną w przypadku opóźnienia dotyczącego którejkolwiek z Lokalizacji.

Według Odwołującego niejednoznaczne określenie zasad naliczania kar umownych uniemożliwia określenie ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia, a co za tym idzie – nie jest w stanie dokonać rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

{ad pkt 3 listy zarzutów odwołania Exatel}

Odwołujący podał, że w § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 wzoru umowy Zamawiający ustalił, że przysługiwać mu będzie uprawnienie do żądania kary umownej za opóźnienie, a nie zwłokę.

Odwołujący zauważył, że nałożenie przez Zamawiającego na wykonawcę rozszerzonej odpowiedzialności wymaga, zgodnie z art. 473 kc, oznaczenia okoliczności, za które wykonawca będzie odpowiadał. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 18 czerwca 2013 r. (sygn. akt I V ACa 266/13): *jeśli zatem pozwany rozumie postanowienie zastrzegające karę umowną za nieterminowe wykonanie prac powoda w ten sposób, że jest to odpowiedzialność absolutna obejmująca także przyczyny opóźnienia*

leżące po stronie pozwanego, to takie postanowienie umowne należałoby ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i w konsekwencji uznać za bezwzględnie nieważne na podstawie art. 58 §2 KC.

{ad pkt 5 listy zarzutów odwołania Exatel}

Odwołujący podał, że w § 12 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający przewidział dla siebie uprawnienie do odstąpienia od części Umowy w przypadku braku środków w budżecie Zamawiającego koniecznych do realizacji Umowy. W takim wypadku wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części Umowy.

Odwołujący podniósł, że ponieważ powyższe uprawnienie nie jest obwarowane żadnym terminem ani żadnymi warunkami, może być wykorzystane w dowolnym czasie (niezależnie od stanu zaawansowania realizacji zamówienia) i odnosić się do dowolnego zakresu Usługi (także Lokalizacji). Wykonawca nie ma zatem żadnej pewności, jaka część zamówienia zostanie zrealizowana, gdyż nie ma wpływu na decyzje Zamawiającego o przeznaczeniu jego budżetu. Zamawiający nie gwarantuje też wykonawcy zwrotu kosztów i nakładów przenoszących wysokość wynagrodzenia.

Ponadto według Odwołującego Zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bierze na siebie przyrzeczenie realizacji zamówienia zgodnie z ogłoszonymi warunkami. Wskazuje także kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skoro kwota ta jest niezmienna na etapie weryfikacji podstawy do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, nie sposób wskazać uzasadnienia, z jakich względów miałyby przestać wiązać już w fazie realizacji zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w zakresie szczególnych okoliczności, które uzasadniają rezygnację z dalszego trwania Umowy Zamawiający ma ustawowe prawo odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 pzp. Powyższe warunkowane jest jednak interesem publicznym, a nie dowolnym kształtowaniem budżetu na finansowanie zamówienia przez Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że powyższe postanowienie, podobnie jak i inne przywoływane powyżej (w tym prawo do zmian zakresu zamówienia z drodze Zlecenia Zamawiającego, prawo do wypowiedzania), skutkuje ukształtowaniem postanowień Umowy bez zachowania jakiegokolwiek równowagi rozkładu ryzyk kontraktowych, przenosząc cały ich ciężar wyłącznie na wykonawcę, który w praktyce nie ma gwarancji realizacji zamówienia w zakresie, jaki wynika z SIWZ i wzoru umowy.

{zarzut nieujęty na liście zarzutów odwołania Exatel}

Odwołujący podał, że Zamawiający w § 6 ust. 2 wzoru umowy zastrzegł, że Usługodawca nie ma prawa bez zgody Usługobiorcy do korzystania przy wykonywaniu zobowiązań określonych w Umowie w jakimikolwiek charakterze z osób zatrudnianych u Usługobiorcy, pod rygorem odstąpienia przez Usługobiorcę od umowy z winy Usługodawcy w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia przez Usługobiorcę, że zdarzenie takie miało miejsce, a także zapłaty kary umownej w wysokości 30.000 zł brutto za każdy przypadek wraz z możliwością dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił, że takie zastrzeżenie, niezależnie od tego, że jest rażąco nadmierne, nie jest związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania wynikającego z przedmiotu Umowy. Odwołujący powołał się na wypowiedź doktryny, zgodnie z którą: *W przypadku kar umownych podkreślenia wymaga, że ich zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy kary związane są ze zobowiązaniem, którego niewykonania, względnie nienależytego wykonania, kara dotyczy* {w odwołaniu podano źródło cytatu}.

Odwołujący zarzucił ponadto, że zastrzeżenie takie narusza prawa osób trzecich, tj. osób, z których usług wykonawca nie może korzystać. Odwołujący powołał się tu na wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20 marca 1998 r. (sygn. akt I ACa 136/98): *W tej sytuacji stwierdzić należy, że sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz kolidujące z zasadą wolności pracy, i tym samym za naruszające prawo osób fizycznych do wyboru miejsca pracy i charakteru zatrudnienia, jest stosowanie w umowie dwóch podmiotów gospodarczych ograniczeń polegających na nakładaniu na tę ze stron, która zatrudni pracownika drugiej strony, obowiązku zapłaty kary umownej (art. 353¹ k.c. i art. 10 § 1 k.p.).*

29 kwietnia 2015 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie.

W pierwszej kolejności Zamawiający zaznaczył, że po wniesieniu odwołań dokonał zmian wzoru umowy, które jego zdaniem powodują, że w znacznym zakresie zarzuty odwołań są bezprzedmiotowe, a w związku z tym bezzasadne.

{stanowisko odnośnie zarzutów odwołań dotyczących § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a wzoru umowy}

Zamawiający podniósł, że po uwzględnieniu dokonanej zmiany SIWZ zastrzega sobie uprawnienie do dokonania w całym okresie obowiązywania umowy maksymalnie 90 (30 rocznie) zmian Przepustowości, polegających wyłącznie na jej zwiększeniu, wyłącznie w granicach wartości parametrów wyraźnie wskazanych w tabeli w § 9 ust. 3 wzoru umowy.

Zamawiający dodał, że wprowadził także zmiany w tabeli zawartej w § 9 ust. 3 wzoru umowy (tabela) i w formularzu ofertowym, polegające na wprowadzeniu pozycji dotyczącej jednorazowego wynagrodzenie z tytułu jednorazowej zmiany Przepustowości.

Zamawiający stwierdził, że parametry Przepustowości dla poszczególnych Lokalizacji wynikają z jego bieżących potrzeb, dlatego w chwili obecnej nie jest w stanie jeszcze bardziej precyzyjnie określić, jakie będą wymagane w kolejnych latach świadczenia usługi MPLS. Jednakże maksymalna Przepustowość i ograniczenie sposobu jej zmiany dla danych Lokalizacji wynikają z § 9 ust. 3 Umowy, gdzie Zamawiający określił jakie parametry Przepustowości przewidywane są dla danego rodzaju Lokalizacji.

Dla Zamawiającego oczywiście bezzasadny, a wręcz niezrozumiały jest zarzut Odwołującego Exatel, że nie określono sposobu dokonywania zmian parametrów usług. Zamawiający odesłał do § 7 ust. 1 wzoru umowy, gdzie jednoznacznie wskazał, że zastrzega sobie prawo do wymienionych tam zmian „na podstawie Zlecenia”. Zaś w § 1 wzoru umowy zatytułowanym „Definicje” zdefiniował następująco Zlecenie: *zamówienie Usługobiorcy dotyczące zmiany parametrów Usługi, zmiany Lokalizacji lub rozpoczęcia świadczenia Usługi w nowej Lokalizacji lub oświadczenie Usługobiorcy dotyczące rezygnacji ze świadczenia Usługi w Lokalizacji lub wypowiedzenia świadczenia Usługi w dowolnej Lokalizacji, o których mowa w § 3 ust. 7 Umowy, wysłane przez Usługobiorcę na adresy e-mail wskazane w § 6 ust. 8 Umowy, którego wzór został określony w Załączniku nr 4c do Umowy*. Wreszcie w § 3 ust. 8 wzoru umowy wyraźnie określono terminy oraz zasady wynagradzania w zakresie realizacji Zlecenia dotyczącego zmiany parametrów Usługi.

Dla Zamawiającego niezrozumiałe jest również powiązanie w odwołaniu Exatel z zarzutem dotyczącym § 3 ust. 7 lit. a żądania *wyłaczenia bądź zmiany zasad naliczania kar umownych za opóźnienie w związku z dokonanymi przez Zamawiającego zmianami*, gdyż Odwołujący nie uzasadnił jaki widzi związek pomiędzy postanowieniami dotyczącymi kar umownych a zlecaniem zmian parametrów usług ani też, jakie przepisy tymi postanowieniami Zamawiający naruszył.

{stanowisko odnośnie zarzutów odwołań dotyczących § 3 ust. 7 pkt 2 wzoru umowy}

Zamawiający poinformował, że dokonał zmiany § 3 ust. 7 pkt 2 wzoru umowy polegającej na: po pierwsze – literalnym wskazaniu, że zmiany, o których w nim mowa dotyczą jedynie BP i OR; po drugie – dodatkowym ograniczeniu limitu zmian, tzn. spośród dopuszczalnych w danym roku nie więcej niż 15 zmian lokalizacji (dla BP i OR łącznie), nie więcej niż 3 zmiany mogą dotyczyć OR.

Zdaniem Zamawiającego także z dotychczasowego brzmienia wzoru umowy wynikało

jednoznacznie, że nie przewiduje możliwości dokonywania zmian Lokalizacji (lub rozpoczęcia świadczenia usług w nowej Lokalizacji) dla Centralnego Biura ARiMR (CB), Centrum Przetwarzania Danych (CPD) oraz Równoległego Ośrodka Przetwarzania Danych (ROPD), a takie zmiany mogą dotyczyć wyłącznie następujących rodzajów Lokalizacji: OR (Oddział Regionalny) oraz BP (Biuro Powiatowe), gdyż w tabeli z § 9 ust. 3 wzoru umowy jednorazowe wynagrodzenie za przeprowadzkę Lokalizacji przewidziano jedynie dla OR i BP, a odesłanie do opłat abonamentowych w § 3 ust. 8 pkt 2 wzoru umowy dotyczy jedynie zmiany parametrów usługi, o których mowa w § 3 ust. 7 pkt 1 dla OR i BP.

Odnosząc się dodatkowo do zarzutu z odwołania Orange Zamawiający podniósł, że ARiMR nie dysponuje w dużej mierze własnymi Lokalizacjami, a wiele z nich jest lokalizacji użytkowanych na podstawie umów najmu, przy czym aktualnie Zamawiający nie jest w stanie określić, które umowy najmu będą przedłużone, stąd w trakcie wieloletniej Umowy na Usługę MPLS zachodzi konieczność zmian adresów Lokalizacji.

{stanowisko odnośnie zarzutów odwołań dotyczących § 3 ust. 7 pkt 4 wzoru umowy}

Zamawiający poinformował, że dokonał zmiany § 3 ust. 7 pkt 4 wzoru umowy polegającej na sprecyzowaniu, że wypowiedzenie świadczenia Usługi w dowolnej Lokalizacji może nastąpić wyłącznie z uwagi na konieczność zapewnienia ciągłości działania sieci rozległej ARiMR w okresie przejściowym, związanym z koniecznością wcześniejszego przekazania części Lokalizacji podmiotowi, który będzie realizował tożsamą usługę po zakończeniu tej Umowy i nastąpi nie wcześniej 6 miesięcy przed planowanym zakończeniem jej obowiązywania.

Zamawiający podniósł, że zakres ilościowy wypowiedzeń jednoznacznie wynika ze wzoru umowy i dotyczy wszystkich Lokalizacji. Jednocześnie wykonawca ma zagwarantowany okres, w którym wskutek rezygnacji lub wypowiedzenia Umowa nie zostanie rozwiązana, tj. wskazany w § 2 ust. 1, pomniejszony o okres 6 miesięcy, o którym mowa w § 3 ust. 7 pkt 3 oraz 4, czyli aż 30 miesięcy (z wyłączeniem jedynie niemożliwej do przewidzenia przez Zamawiającego okoliczności likwidacji jego jednostek organizacyjnych wynikających ze zmian aktów prawnych określających strukturę organizacyjną ARMiR).

{dodatkowe stanowisko odnośnie zarzutów odwołania Orange
dotyczących § 3 ust. 7 pkt 1 (lit. a) oraz 2 wzoru umowy}

Odnosnie każdego zarzutów z odwołania Orange Zamawiający dodatkowo wskazał, że zgodnie z § 9 ust. 4 wzoru umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie za uruchomione

i świadczone Usługi. Z kolei w tabeli z § 9 ust. 3 przewidziano ceny jednostkowe m. in. za zwiększenie przepustowości łącza, przeprowadzkę Lokalizacji z instalacją i uruchomieniem Usługi IP VPN, instalację i uruchomienie Usługi IP VPN oraz miesięczny abonament za Usługę IP VPN właściwą dla parametrów danego łącza. Według Zamawiającego oznacza to, że ponosi koszty związane z tymi zmianami. Z tego względu według Zamawiającego zarzuty {z pkt 1.1 - 1.3 listy zarzutów odwołania Orange} – w części dotyczącej uniemożliwienia wykonawcy pobierania opłat za usługę {odpowiednio: zwiększenia przepustowości łącza, zmianę Lokalizacji, uruchomienia nowego łącza dostępowego} w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia – są niezasadne. Wykonawca jako podmiot profesjonalnie świadczący usługi i posiadający stosowne doświadczenie winien określić koszty {odpowiednio: zwiększenia przepustowości łącza, koszty przeprowadzki Lokalizacji, uruchomienia nowej Lokalizacji} już na etapie składania ofert w taki sposób, aby było to dla niego opłacalne. Zdaniem Zamawiającego ustalone w SIWZ warunki dają wykonawcy nieodzowną pewność zakresu realizacji usługi, co pozwala na skalkulowanie ceny oferty na rentownym poziomie.

{dodatkowe stanowisko odnośnie zarzutów odwołania Orange
dotyczących § 3 ust. 7 pkt 1 (lit. a), 2 oraz 4 wzoru umowy}

Według Zamawiającego, choć kwestionowane przez Odwołującego Orange postanowienia mogą utrudniać kalkulację ceny oferty co do wysokości kosztów instalacyjnych, Zamawiający ma potrzebę dokonywania zmian parametrów i miejsca świadczenia Usługi. Zamawiający zagwarantował przy tym, że w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia nie zrezygnuje w określonym zakresie z ogólnej liczby lokalizacji wskazanych w SIWZ. Natomiast dodanie nowych lokalizacji, uruchomienie dodatkowych usług lub zwiększenie przepustowości łącza może nastąpić jedynie w zakresie nieprzekraczającym łącznej ceny umownej, nie większym niż wynikający z odpowiednich postanowień wzoru umowy.

Zamawiający stwierdził, że ponieważ usługa ma charakter kompleksowy – dotyczy sieci telekomunikacyjnej rozległej WAN, nie byłoby możliwe i racjonalne, aby dodatkowa Lokalizacja stała się przedmiotem odrębnego zamówienia, w sytuacji gdy objęcie jej zakresem umowy byłoby dla wykonawcy usługi z różnych względów niedogodne lub utrudnione, gdyż takie zamówienie mógłby uzyskać inny podmiot.

{stanowisko odnośnie zarzutów odwołań dotyczących § 3 ust. 7 pkt 1 (lit. a), 2 oraz 4,
a także zarzutu odwołania Exatel dotyczącego § 3 ust. 8 pkt 1 wzoru umowy}

Zamawiający stwierdził, że wysuwane na tle § 3 ust. 8 pkt 1 wzoru umowy zarzuty i żądania Odwołującego Exatel, a także żądania Odwołującego Orange, dotyczące uzależnienia możliwości zlecenia przez Zamawiającego zwiększania przepustowości łączy, czy też możliwości zmian Lokalizacji lub uruchamiania nowych łączy od istnienia możliwości technicznych ocenianych przez Wykonawcę, uważa za bezzasadne.

Zamawiający wskazał, że podziela argumentację przedstawioną w tym zakresie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 24/14) – który według Zamawiającego zapadł na tle tożsamego stanu faktycznego – co do kwestii takich uwarunkowań technicznych oraz prawidłowości sposobu określenia minimalnego zakresu zamówienia.

Według relacji Zamawiającego Izba wskazała, że nawet gdy w SIWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo zlecenia takich zmian niezależnie od tego, czy wykonawca dysponuje w danych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia przedmiotowych usług, wymogu tego nie można uznać za nadmierny. A możliwy ich koszt powinien zostać skalkulowany przez wykonawcę w cenie składanej oferty i potencjalnie obejmować wynagrodzenie z tytułu świadczenia usługi w lokalizacjach wskazanych przez zamawiającego w trakcie trwania umowy. Wykonawca może i powinien skalkulować w cenie oferty wszelkie ryzyka, które wiążą się z realizacją danej umowy. Wycena usługi, w szczególności do jej elementu instalacyjnego, jakkolwiek odnoszona do konkretnych lokalizacji, może być dokonana w sposób prognozowany, uśredniony dla innych prawdopodobnych lokalizacji zamawiającego, nieobjętych zamówieniem przy zawarciu umowy.

Zdaniem Zamawiającego takie wyceny są możliwe nie tylko teoretycznie, ale i w praktyce, a ich sporządzenie nie powinno stanowić dla profesjonalnych podmiotów, jakim niewątpliwie są Odwołujący, jakiegokolwiek problemu.

Zamawiający wskazał w tym kontekście, że w postępowaniu zakończonym wyrokiem z 29 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 23/15), a dotyczącym sieci WAN dla ponad 4700 lokalizacji na terenie całego kraju (wielokrotnie rozleglejszej niż sieć Zamawiającego), Odwołujący Orange broniąc się przed zarzutem zaoferowania rażąco niskiej ceny przedstawiał ekspertyzy wskazujące na przeciętne koszty budowy przyłącza światłowodowego i radiowego, ich amortyzacji, koszty opłat za kanał, serwisu utrzymaniowego, a także zakupu routerów (z podziałem na różne przepustowości) oraz inne.

Z kolei w treści uzasadnienia powyżej wymienionego wyroku z 22 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 24/14) przytoczono za protokołem rozprawy z 13 listopada 2012 r. (w sprawie o sygn. akt KIO 2413/12) fragment, w którym TP S.A. wskazywała w szczególności,

że hipotetyczna zmiana lokalizacji została uwzględniona w cenie jego oferty: *W ocenie przystępującego wiedza zamawiającego o istniejących uwarunkowaniach świadczenia tej usługi przez przystępującego i posiadanej infrastruktury pozwalała na ocenę, że zaoferowana przez TP S.A. cena nie ma charakteru rażąco niskiej. TP S.A. nie będzie ponosić nakładów inwestycyjnych w ramach uruchomienia tej usługi. Sieć WAN, będąca w dyspozycji przystępującego, jest tak skonfigurowana na moment obecny, że ma duży zapas, co do zwiększenia przepływności łączy i zwiększenia parametrów. Operacja może być dokonana przez przeprogramowanie. Jest mało prawdopodobne, żeby doszło do zmiany lokalizacji takiej, że TP S.A. nie dysponowałaby pozytywnymi warunkami świadczenia tej usługi. Hipotetyczna zmiana lokalizacji została uwzględniona w cenie oferty TP S.A. Przystępujący powołuje się na okoliczność, że ceny usług telekomunikacyjnych maleją, gdyż wzrasta konkurencja, a jest to związane z postępem technologicznym.*

Na tej podstawie Izba stwierdziła {w sprawie o sygn. akt KIO 24/14}: *Powyższe zaświadcza, że nie zawsze – szczególnie dla odwołującego, który posiada rozbudowaną strukturę sieciową – uruchomienie nowych lokalizacji musiałoby wiązać się ze znaczącymi nakładami inwestycyjnymi. Zwłaszcza wtedy, gdy odwołujący już wcześniej świadczył takie usługi dla jednostek organizacyjnych zamawiającego. Znamienne było również przyznanie możliwości uwzględnienia hipotetycznych zmian lokalizacji w cenie oferty TP S.*

Zamawiający podniósł, że również w tym postępowaniu faktem jest doskonała znajomość środowiska Zamawiającego przez Odwołujących, którzy od ponad 3 lat świadczą Usługę dla Zamawiającego i doskonale wiedzą jakiego typu i z jaką częstotliwością są przenoszone Lokalizacje, podnoszone są przepustowości lub uruchamiane nowe Lokalizacje. Dodatkowo w stosunku do Odwołującego Orange Zamawiający powołał się na to, że aktualnie świadczy on na rzecz ARiMR inną usługę telekomunikacyjną (łącza głosowe) we wszystkich Lokalizacjach, a w umowie (nr 80/DI/2014/2610) przewidziano przeprowadzki, które nie są uzależnione od pozyskania warunków technicznych.

Zamawiający podkreślił, że w przypadku obiektywnej niemożliwości technicznej czy prawnej doprowadzenia usługi do wskazanej przez Zamawiającego Lokalizacji wykonawca będzie mógł wykazywać podstawy do zwolnienia go z tego zobowiązania umownego w trakcie realizacji umowy.

W skrajnym przypadku, w którym świadczenie usługi będzie obiektywnie niemożliwe, Zamawiający nie będzie mógł żądać spełnienia tego świadczenia przez wykonawcę z powołaniem się na regulacje wzoru umowy, wobec niemożności wyłączenia woli stron stosunku prawnego bezwzględnie obowiązującego art. 377 § 1 kc. Zamawiający stwierdził,

że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 56 kc czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, ale również te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Dla odczytania rzeczywistej treści postanowień wzoru umowy niezbędne jest więc wzięcie pod uwagę nie tylko literalnej jego treści, jak to czynią Odwołujący, ale także norm prawnych, które wołają stron umowy nie zostały lub też nie mogą być wyłączone.

{dodatkowe stanowisko odnośnie pkt 1.6 listy zarzutów odwołania Exatel}

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 140 i art. 144 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc zawartego w odwołaniu Exatel {odnośnie § 3 ust. 7 pkt 2 - 4} i zgłoszonych w związku z tym żądań, Zamawiający dodatkowo wskazał, co następuje.

Według Zamawiającego skarżone postanowienia SIWZ nie naruszają art. 140 pzp, gdyż zakresu zobowiązania wykonawcy nie sposób utożsamiać jedynie z wybranymi obowiązkami wynikającymi z oferty czy umowy. Zobowiązanie to należy traktować całościowo, także w zakresie, w jakim dotyczy ono zaakceptowania wskazanych w SIWZ czy wzorze umowy postanowień dotyczących zmian Lokalizacji oraz rezygnacji czy wypowiedzenia dotyczących niektórych Lokalizacji.

Zamawiający zaprezentował w tym kontekście jako swoje stanowisko wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 16 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1041/10) {cytat z odpowiedzi na odwołanie, w której np. uwzględniono zmianę brzmienia art. 140 ust. 1 pzp}: *Odnośnie powołania się przez Odwołującego na niezgodność z dyspozycją art. 140 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, wskazać należy więc na błędne konsekwencje normatywne wyprowadzane przez Odwołującego z tego przepisu. W połączeniu z dyspozycją ust. 3 art. 140 (umowa polega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz zakazami zawartymi w art. 144 ust. 1, należy interpretować powyższe jako zabezpieczenie zawierania umów oraz wykonywania zamówień w zakresie i przedmiocie, który obejmowało dane postępowanie o udzielenie zamówienia. Jednakże zakres samego świadczenia wykonywanego w ramach umowy ściśle zależy od jej kształtu, tzn. jest determinowany przez sposób wykonania zobowiązania określony w umowie. W niniejszym postępowaniu umowa oraz siwz przewidują określony sposób realizacji zobowiązań, czy inaczej: świadczeń, do których realizacji zobowiązane będą strony lub od których wykonania w zgodzie z własnymi zobowiązaniami wzajemnymi mogą odstąpić. Odzwierciedleniem tego typu wymagań Zamawiającego jest siwz, natomiast ich potwierdzenie stanowi oferta*

Wykonawcy. Tym samym świadczenia Wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia lub ich brak w przypadku dopuszczonego odstąpienia od realizacji części przedmiotu zamówienia, ściśle odpowiada zakresowi jego zobowiązania zawartego w ofercie uzasadnienie wyroku.

{stanowisko odnośnie zarzutu odwołania Exatel dotyczącego § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy}

Zdaniem Zamawiającego § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy określa jednoznacznie, że w przypadku opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi będzie naliczona jedna kara umowna, bez względu na liczbę Lokalizacji w których nie rozpoczęto świadczenia Usługi w terminie.

Zamawiający dodał, że stosowne wyjaśnienia tej kwestii zawarł w odpowiedzi na pytanie nr 6.

{stanowisko odnośnie zarzutu odwołania Exatel dot. § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 wzoru umowy}

Zamawiający podniósł, że w przytoczonym w odwołaniu Exatel fragmencie uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 18 czerwca 2013 r. (sygn. akt V ACa 266/13) wskazuje się, że nieuprawnione jest odczytywanie postanowienia umownego zastrzegającego karę umowną za nieterminowe wykonanie prac jako odpowiedzialność absolutną, obejmującą w szczególności także przyczyny opóźnienia leżące po stronie zastrzegającego tę karę.

Zamawiający podkreślił, że postanowienia § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 wzoru umowy nie modyfikują kodeksowych reguł odpowiedzialności Wykonawcy i dopuszczalności uwolnienia się Wykonawcy od odpowiedzialności przez wykazanie odpowiednich okoliczności, gdyż nie wskazano okoliczności, za które dodatkowo w stosunku do ustawy Wykonawca ma przyjąć odpowiedzialność.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący Exatel w nieuprawniony sposób przenosi na instytucję kary umownej z art. 484 § 1 kc wymagania dotyczące zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym, o którym mowa w art. 473 kc *{Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi}*.

Zamawiający powołał się na wyjaśnienie różnic między wyżej wskazanymi przepisami dokonane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt: II CSK 331/12): (...) *strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania (...). Od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym,*

nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu” bez względu na przyczynę niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania. Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę (kwalifikowane opóźnienie zawinione bezpośrednio przez dłużnika bądź osoby, którymi posługiwał się przy wykonywaniu zobowiązania, powstałe z innych przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność), jak i tzw. opóźnienia proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia – po wezwaniu dłużnika do wykonania przez wierzyciela (...). Brak podstawy do nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika, zatem ich wprowadzenie zależy od woli stron (...). Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty, wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (...). Jeżeli dłużnik (tu zobowiązany do zapłaty kary umownej) może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, to dla zmiany polegającej na poszerzeniu lub ograniczeniu zakresu takiej ochrony niezbędna byłaby podstawa prawna.(...) Konkludując, co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania.

Zamawiający stwierdził, że w powyższym wyroku klarownie rozróżniono odpowiedzialność dłużnika opartą na art. 473 kc (umowa o odpowiedzialność) od odpowiedzialności kontraktowej związanej z zastrzeżeniem kary umownej, gdzie odpowiedzialność odrywa się od wystąpienia szkody związanej z niewykonaniem (nienależytym wykonaniem) zobowiązania, jednakże zachowuje związek z odpowiedzialnością cywilnoprawną za to niewykonanie (nienależyte wykonanie) zobowiązania. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z powyższym stanowiskiem Sądu Najwyższego zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie nie oznacza obowiązku wskazywania w umowie dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika.

{stanowisko odnośnie zarzutu odwołania Exatel dotyczącego § 6 ust. 2 wzoru umowy}

Zdaniem Zamawiającego zarzut zawarty w odwołaniu jest całkowicie bezzasadny, a przytoczony na jego poparcie wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi całkowicie oderwany od treści kwestionowanego postanowienia wzoru umowy.

Zamawiający zauważył, cytowane w odwołaniu orzeczenie zapadło na tle zupełnie odmiennego stanu faktycznego, w którym ograniczeniu kontraktowemu miała podlegać możliwość zatrudnienia w jakiegokolwiek formie i w jakimkolwiek czasie (także po wykonaniu zamówienia) i wykorzystywania do wykonywania jakichkolwiek umów przez wykonawcę pracowników zamawiającego. Tymczasem z kwestionowanego postanowienia wzoru umowy wynika jednoznacznie, że zakaz dotyczy tylko i wyłącznie wykorzystywania przez wykonawcę przy wykonaniu wyłącznie tej, a nie jakiegokolwiek, umowy osób zatrudnionych u Zamawiającego. Ponadto z postanowienia jednoznacznie wynika, że zakaz ten wygasa z chwilą zakończenia realizacji tej właśnie umowy. Zamawiający stwierdził, że nie ogranicza tym postanowieniem ani możliwości zatrudnienia, ani możliwości korzystania z tych osób przez wykonawcę przy wykonywaniu innych kontraktów z innymi podmiotami.

Ponadto zdziwienie Zamawiającego budzi utożsamianie przez Odwołującego zobowiązania do niewykorzystywania wymienionych osób do realizacji Umowy, z którego naruszeniem jest związana kara umowna, z zobowiązaniem do świadczenia Usług stanowiących jej przedmiot.

Zarówno Exatel, jak i Orange zgłosiły do Prezesa Izby przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującej się w sprawie, w której sami nie wnieśli odwołania.

Ponieważ powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania – w zakresie zarzutów

podtrzymanych – do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymali swoje odwołania w tym zakresie, wnosząc o ich uwzględnienie, a Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedziach na odwołania, wnosząc o oddalenie obydwu odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie mają prawo się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp mogą narażać na szkodę Odwołujących, skoro – jak twierdzą w odwołaniach – zaskarżone postanowienia s.i.w.z. uniemożliwiają im złożenie ofert w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji uzyskanie tego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołania zasługują na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się niektóre zarzuty, w tym wszystkie zarzuty wspólne dla obu odwołań.

Izba ustaliła na wstępie, że wyrażenia i określenia użyte w odwołaniach lub odpowiedzi na odwołanie dużą literą {a także wyrażenia i określenia, do których odsyłają}, według § 1 wzoru umowy zapisano z *dużej litery* w celu podkreślenia, że zostały zdefiniowane w następujący sposób:

- Umowa – *niniejsza umowa wraz z Załącznikami, regulująca prawa i obowiązki Stron;*
- Usługa – *świadczona przez Usługodawcę na rzecz Usługobiorcy, na warunkach określonych w Umowie, usługa telekomunikacyjna polegająca na zestawieniu łącz*

cyfrowych i na zapewnianiu usług teletransmisji danych dla traktów cyfrowych w sieci WAN w oparciu o technologię IP VPN (Usługa IP VPN);

- Usługa IP VPN – usługa polegająca na tworzeniu wirtualnych sieci prywatnych VPN, działająca na bazie wydzielonej Sieci Szkieletowej IP MPLS lub Łączy punkt-punkt, umożliwiająca Usługobiorcy łączenie jego sieci LAN w jedną sieć korporacyjną (Intranet) i transfer danych pomiędzy jego lokalizacjami przy zachowaniu określonego w Umowie SLA oraz standardów RFC 3031, RFC 3032 oraz RFC 2547 i RFC 4364;
- MPLS (ang. Multiprotocol Label Switching) – technologia stosowana przez Routery, w której routing pakietów został zastąpiony przez tzw. przełączanie etykiet. Na brzegu sieci z protokołem MPLS do pakietu dołączana jest dostawowa informacja zwana etykietą (ang. Label). Router po odebraniu pakietu z etykietą (jest to z punktu widzenia danego routera etykieta wyjściowa) używa jej jako indeksu do wewnętrznej tablicy etykiet, w której znajduje się następny punkt sieciowy (ang. next hop) oraz nowa etykieta (etykieta wyjściowa). Etykieta wejściowa jest zastępowana wyjściową i pakiet jest wysyłany do następnego punktu sieciowego (np.: do następnego routera). Jeżeli następny Router nie obsługuje protokołu MPLS etykieta jest usuwana;
- Lokalizacja – lokal, którego adres został podany w Załączniku nr 2 do Umowy lub lokal wskazany przez Usługobiorcę zgodnie z § 3 ust. 7 pkt 2 Umowy, do którego Usługobiorcy przysługuje tytuł prawny, a w którym będą instalowane Urządzenia i będzie świadczona Usługa;
- BP – Biuro Powiatowe ARiMR; Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem BPxxx (gdzie xxx oznacza numer lokalizacji);
- OR – Oddział Regionalny ARiMR; Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem ORxxx (gdzie xxx oznacza numer lokalizacji);
- CB – Centrala Biuro ARiMR; (...) Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem CB;
- CPD – Centrum Przetwarzania Danych (...); Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem CPD;
- ROPD – Równoległy Ośrodek Przetwarzania Danych (...); Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem ROPD;
- WAN (ang. Wide Area Network) – sieć transmisji danych obejmująca swym zasięgiem wszystkie Lokalizacje Usługobiorcy;
- Łącze dostępne – łącze stanowiące dołączenie Lokalizacji Usługobiorcy do Sieci szkieletowej IP MPLS, zestawione pomiędzy Routerem CE a Routerem PE, będące elementem sieci WAN;

- Łącze punkt-punkt – łącze wykorzystujące infrastrukturę Usługodawcy stanowiące połączenie bezpośrednio dwóch Lokalizacji ARMiR będące elementem sieci WAN;
- Przepustowość – parametr techniczny wyrażony w MB/s lub GB/s, określający szybkość przesyłania danych w ramach Usługi;
- Sieć szkieletowa IP MPLS – wydzielona sieć transmisji danych, należąca do Usługodawcy; wykorzystywana do świadczenia Usługi IP VPN zgodnie z technologią MPLS;
- Zlecenie – zamówienie Usługobiorcy dotyczące zmiany parametrów Usługi, zmiany Lokalizacji lub rozpoczęcia świadczenia Usługi w nowej Lokalizacji lub oświadczenie Usługobiorcy dotyczące rezygnacji ze świadczenia Usługi w Lokalizacji lub wypowiedzenia świadczenia Usługi w dowolnej lokalizacji, o których mowa w § 3 ust. 7 Umowy, wysłane przez Usługobiorcę na adresy e-mail wskazane w § 6 ust. 8 Umowy, którego wzór został określony w Załączniku nr 4c do Umowy.

I. zarzuty dotyczące § 3 ust. 7 pkt: 1a, 2 i 4 (oba odwołania), § 12 ust. 5 oraz § 3 ust. 8 pkt 1 wzoru umowy (odwołanie Exatel)

Przy ustaleniu stanu rzeczy aktualnego na dzień orzekania Izba wzięła pod uwagę, zgodnie z art. 191 ust. 2 pzp, zmiany i wyjaśnienia treści s.i.w.z. z 22 kwietnia 2015 r. {zmiany podkreślono}.

§ 3 ust. 7 pkt 1 lit. a:

W okresie obowiązywania umowy Usługobiorca, na podstawie Zlecenia, zastrzega sobie prawo do: {1}) zmiany parametrów Usługi przez: {a}) zmianę Przepustowości w OR i BP w zakresie parametrów określonych dla danej lokalizacji w § 9 ust. 3 Umowy, przy czym ewentualne zmiany Przepustowości mogą nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi. Na podstawie Zlecenia Usługobiorca w danym roku kalendarzowym może zlecić Usługodawcy nie więcej niż 30 zmian przepustowości. Usługobiorca nie będzie zmniejszał Przepustowości w Lokalizacjach;

Powyższe zmiany zostały wprowadzone w ramach odpowiedzi na pytanie nr 2:

§ 3 ust. 7 Umowy daje Zamawiającemu uprawnienie do zmiany parametrów usługi, zmiany lokalizacji, rezygnacji z poszczególnych lokalizacji, czy wypowiedzenia świadczenia usług w dowolnych lokalizacjach. Zwracamy uwagę, że w umowie nie wskazano w jaki sposób mają być zwiększone parametry usługi. W związku z powyższym prosimy o doprecyzowanie

tej kwestii.

Dodatkowo udzielono następujących wyjaśnień:

Zamawiający zakłada, że zmiana parametrów usługi (Przepustowości) będzie dokonywana w ramach wartości przewidywanych dla danego typu Lokalizacji określonych w tabeli w § 9 ust. 3 (np. dla Lokalizacji typu BP będą to wartości 8 Mb/s, 16 Mb/s lub 32 Mb/s) przy wykorzystaniu technologii określonych we wzorze Umowy.

§ 3 ust. 7 pkt 2:

W okresie obowiązywania umowy Usługobiorca, na podstawie Zlecenia, zastrzega sobie prawo do: {2} zmiany Lokalizacji (przeprowadzki BP i OR) lub rozpoczęcia świadczenia Usługi w nowej lokalizacji, wówczas w przypadku zmiany adresów poszczególnych Lokalizacji Usługobiorca zastrzega sobie możliwość rozpoczęcia świadczenia Usługi we wskazanej przez siebie lokalizacji. W przypadku Zlecenia rozpoczęcia Świadczenia Usługi w nowej lub przenoszonej Lokalizacji, Usługodawca zobowiązany będzie uruchomić Usługę nie później niż w terminie 6 miesięcy (w umowie z wybranym Wykonawcą liczba miesięcy zostanie wpisana zgodnie z deklaracją Wykonawcy zaoferowaną w Formularzu ofertowym) od daty dostarczenia Zlecenia Usługodawcy. Na podstawie Zlecenia Usługobiorca w danym roku kalendarzowym może zlecić Usługodawcy dokonanie nie więcej niż 15 (w tym nie więcej niż 3 OR) zmian lokalizacji wraz z rozpoczęciem Świadczenia Usług w przeniesionych lokalizacjach oraz rozpoczęcie świadczenia Usług w nie więcej niż 2 nowych Lokalizacjach. W przypadku rozpoczęcia świadczenia Usługi w nowej Lokalizacji zastosowanie mają postanowienia niniejszego ustępu, ust. 3 oraz ust. 9, przy czym Usługodawca nie będzie wówczas zobowiązany do sporządzenia projektu technicznego dla zmienianej lub nowej Lokalizacji, ani do przeprowadzenia testowego uruchomienia Usługi w zmienionej lub nowej Lokalizacji.

Wprowadzenie powyższych zmian poprzedzało pytanie nr 5:

Wnosimy o modyfikację postanowień § 3 ust. 7 pkt 2 Umowy w ten sposób, że zwiększenie liczby nowych lokalizacji lub ich zmiana będzie możliwe tylko po potwierdzeniu istnienia przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w danej lokalizacji. Brak możliwości technicznych po stronie Wykonawcy wiązać się może z koniecznością poniesienia przez Wykonawcę kosztów przewyższających wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji.

Na powyższe pytanie udzielono bezpośrednio następujących wyjaśnień:

Zamawiający stoi na stanowisku, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, pozwalające określić koszt instalacji łącza w dowolnej Lokalizacji. Zwracamy uwagę, że

Zamawiający dopuszcza szereg technologii w tym doprowadzenie łącza również drogą radiową, a koszt rozwiązania tego typu jest możliwy do określenia na etapie kalkulacji kosztów całej usługi. Zamawiający określił czas realizacji łącza w przenoszonej lub nowej Lokalizacji na 6 miesięcy, czyli okres pozwalający na realizację ewentualnych inwestycji. Zamawiający określił maksymalną liczbę przeprowadzek i utworzenia nowych Lokalizacji w każdym roku obowiązywania Umowy w celu określenia skali ewentualnych zdarzeń. Zamawiający poniesie koszt przeprowadzki lub utworzenia nowej lokalizacji, a od Wykonawcy oczekuje podania zryczałtowanych kosztów takiej usługi. Zamawiający nie wprowadza zmian do SIWZ oraz do projektu umowy.

§ 3 ust. 7 pkt 4:

W okresie obowiązywania umowy Usługobiorca, na podstawie Zlecenia, zastrzega sobie prawo do: {4}} wypowiedzenia świadczenia Usługi w dowolnej Lokalizacji w przypadku zaistnienia konieczności wcześniejszego przekazania części Lokalizacji podmiotowi, który będzie realizował Usługę MPLS po zakończeniu niniejszej umowy, przy czym wypowiedzenie to nastąpi ze skutkiem na koniec miesiąca następującego po miesiącu w którym nastąpiło wypowiedzenie, nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed terminem zakończenia obowiązywania Umowy.

§12 ust. 5:

Usługobiorca uprawniony jest do wypowiedzenia świadczenia Usługi w dowolnej Lokalizacji w przypadku zaistnienia konieczności wcześniejszego przekazania części Lokalizacji podmiotowi, który będzie realizował Usługę MPLS po zakończeniu niniejszej umowy, za skutkiem wypowiedzenia na koniec miesiąca następującego po miesiącu w którym nastąpiło wypowiedzenie, nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed terminem zakończenia obowiązywania Umowy.

Powyższe zmiany zostały wprowadzone w ramach odpowiedzi na pytanie nr 5 {b):

Wykonawca zwraca się z prośbą o wykreślenie § 3 ust. 7 pkt 4 projektu umowy. Zwracamy uwagę, że obecne brzmienie zapisów stoi w sprzeczności z przepisami Prawa Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 142 Prawa zamówień publicznych umowy w trybie zamówień publicznych zawiera się na czas oznaczony. W związku z tym wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie możliwe tylko wtedy, jeżeli strony przewidziały taką możliwość w samej umowie i jeżeli zaszły okoliczności uzasadniające wypowiedzenie, a więc ściśle określone. Oznacza to, że możliwość wypowiedzenia samej umowy zawartej na czas określony bez podania przyczyny jest niedopuszczalna co znajduje wyraz

w orzecznictwie KIO m.in. w Wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. KIO/UZP 1876/09; KIO/UZP 1881/09; KIO/UZP 1883/09: „Wypowiedzenie zatem umowy o zamówienie publiczne (umowy zawartej na czas określony) będzie możliwe o tyle, o ile możliwość taka została przewidziana we wzorze umowy w sytuacji, gdy zajdą wskazane we wzorze umowy okoliczności uzasadniające wypowiedzenie albo do rozwiązania umowy dojdzie za porozumieniem stron.”

Dodatkowo udzielono następujących wyjaśnień:

Zamawiający wyjaśnia, że wypowiedzenie świadczenia usługi w dowolnej Lokalizacji, określonej w § 2, ust. 7, pkt. 4, projektu Umowy zostało przewidziane przez Zamawiającego z uwagi na konieczność zapewnienia ciągłości działania sieci rozległej ARMiR w okresie przejściowym, związanym z koniecznością wcześniejszego przekazania części Lokalizacji podmiotowi, który realizował będzie Usługę MPLS po zakończeniu Umowy, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania i nastąpi nie wcześniej niż po upływie aż 30 miesięcy obowiązywania Umowy (6 miesięcy przed planowanym zakończeniem obowiązywania Umowy).

§ 3 ust. 8:

Usługodawca w przypadku otrzymania Zlecenia zobowiązany będzie do:

- 1) udzielenia odpowiedzi i poinformowania Usługobiorcy o terminach wykonania Zlecenia, o którym mowa w ust. 7 pkt 2, w terminie 14 dni od otrzymania Zlecenia, przy czym termin wykonania zlecenia nie może być dłuższy niż 6 miesięcy od daty dostarczenia Zlecenia Usługodawcy;*
- 2) zmiany parametrów Usługi w terminie do 6 miesięcy od otrzymania Zlecenia, zgodnie z wynagrodzeniem określonym {odesłano do rodzajów wynagrodzenia abonamentowego dla OR i BP}.*

Z § 2 ust. 1 wynika, że Umowa będzie obowiązywać od dnia jej zawarcia do wyczerpania łącznej kwoty wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2, nie dłużej jednak niż do 31 grudnia 2018 r., przy czym Usługodawca rozpocznie świadczenie Usługi we wszystkich Lokalizacjach, zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy, nie później niż... {dalej analogicznie jak w postanowieniu § 3 ust. 2 pkt 4 zacytowanym poniżej}.

§ 3 *Przedmiot umowy oprócz przywołanych powyżej postanowień zawiera również następujące uregulowania.*

§ 3 ust. 1:

Na podstawie Umowy Usługodawca zobowiązuje się do świadczenia Usługi, w zakresie i na

warunkach określonych w Umowie. Szczegółowy zakres i warunki świadczenia Usługi określa Specyfikacja techniczna Usługi oraz Regulamin. (...)

Z § 3 ust. 2 wynika, że w ramach Umowy Usługodawca:

- 1) przygotuje i wykona projekt techniczny, zgodnie z § 5 ust. 1;*
- 2) zestawi w Lokalizacjach łącza dostępne o parametrach określonych w Załącznikach nr 2-3 do Umowy i zapewni usługi teletransmisji danych dla traktów cyfrowych w sieci WAN w oparciu o technologię IP VPN MPLS;*
- 3) zestawi dwa łącza punkt-punkt 1 GB/s, w relacji CB (...) - ROPD (...) i CB (...) - CPD (...);*
- 4) rozpocznie świadczenie Usługi we wszystkich Lokalizacjach nie później niż w terminie 150 dni (w umowie z wybranym wykonawcą liczba dni zostanie wpisana zgodnie z deklaracją Wykonawcy zaoferowaną w Formularzu ofertowym) od dnia zawarcia Umowy i nie wcześniej niż 01.01. 2016 r. o godz. 0.00 na podstawie Protokołu uruchomienia Usługi, o którym mowa w § 5 ust. 4 Umowy;*
- 5) będzie realizował zmiany parametrów Usługi na podstawie Zleceń, zgodnie z ust. 7-8.*

Z § 3 pkt 1 wynika, że w ramach realizacji Usługi Usługodawca zapewnia wymaganą przez Usługobiorcę Przepustowość dla danej lokalizacji, określoną w załączniku nr 2 do Umowy lub w Zleceniu.

Z § 3 ust. 5 i 6 wynika, że dla Przepustowości 8, 16, 32 i 64 MB/s Usługa może być realizowana z następującymi typami łącza dostępowego: Frame Relay, linie dzierżawione, łącza radiowe, łącza światłowodowe, łącza miedziane – z pełną gwarancją Przepustowości, z zastrzeżeniem ust. 4 pkt 4 Specyfikacji technicznej, w którym Usługobiorca m.in. nie dopuścił możliwości wykorzystania radiolinii jako jedyne medium transmisji do danej Lokalizacji, z wyjątkiem {zmiana wprowadzona 22 kwietnia 2015 r. w odpowiedzi na pytanie nr 13} Lokalizacji typu BP.

Specyfikacja techniczna dla Usług IP VPN świadczonych w sieci MPLS stanowi załącznik nr 3 do Umowy.

W ust. 2 podano, że Usługobiorca posiada strukturę hierarchiczną z wyróżnionymi czterema poziomami węzłów:

- 1) 2 węzły centralne (...);*
- 2) 16 węzłów wojewódzkich (Oddziały Regionalne), wyszczególnione w Załączniku nr 2 do Umowy;*
- 3) 308 węzłów lokalnych (Biura Powiatowe);*
- 4) 1 węzeł w sieci MAN (Centralne Biuro – CB).*

Szczegółową listę teleadresową poszczególnych węzłów zawiera Załącznik nr 2 do Umowy.

{Załącznik ten zawiera tabelę w układzie kolumn: województwo, powiat, kod (Lokalizacji nadany przez Zamawiającego), adres lokalizacji i przepustowość.}

Zgodnie z ust. 3 realizacja Usługi obejmuje:

- 1) zestawienie łączy transmisji danych w technologii IP VPN MPLS pomiędzy węzłami sieci rozległej WAN;
- 2) zestawienie łączy transmisji danych w technologii punkt-punkt pomiędzy węzłami centralnymi a węzłem Centrali Biuro;
- 3) przekazanie ww. łączy w użytkowanie Usługobiorcy zgodnie z postanowieniami Umowy i podpisanymi bez zastrzeżeń Protokołami odbioru łączy i uruchomienia Usługi;
- 4) utrzymanie oraz serwis sieci rozległej WAN Usługobiorcy;
- 5) instalacja i konfiguracja Urządzeń i węzła zarządzania siecią.

Pierwsze trzy wymagania szczegółowe dotyczące sieci rozległej WAN z ust. 4:

- 1) Usługa będzie świadczona w ramach jednej sieci, stanowiącej spójną całość.
- 2) Do sieci WAN zostanie podłączonych minimum 326 Lokalizacji, zgodnie z przedstawioną w Załączniku nr 2 do Umowy strukturą węzłów. Ilość węzłów może wzrosnąć lub zmaleć w trakcie trwania Umowy.
- 3) Każdy nowo przyłączany węzeł będzie traktowany technicznie jak węzły pozostałe danego poziomu.

Z § 9 oraz formularza ofertowego (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) wynika, że na wynagrodzenie za Usługę składają się dwa zasadnicze rodzaje wynagrodzenia dla jednej Lokalizacji. Po pierwsze – jednorazowe za instalację i uruchomienie (nie dotyczy wyłącznie lokalizacji typu CB) Usługi IP VPN (dotyczy wszystkich typów Lokalizacji) albo łączy punkt-punkt (dotyczy wyłącznie relacji na linii CB - CPD oraz CB - ROPD), przy czym wyłącznie dla Lokalizacji typu BP i OR jest to wynagrodzenie określone zbiorczo jako: *jednorazowe za instalację i uruchomienie Usługi IP VPN albo jednorazowe za przeprowadzkę Lokalizacji z instalacją i uruchomieniem Usługi IP VPN albo jednorazowe za zmianę przepustowości* {ten ostatni element wyliczenia pojawił się na skutek zmian z 22 kwietnia 2015 r.}. Po drugie – miesięczny abonament za Usługę IP VPN (dotyczy wszystkich typów Lokalizacji) lub łączy punkt-punkt (dotyczy wyłącznie relacji na linii CB - CPD oraz CB - ROPD). W ramach tych zasadniczych rodzajów wycenienie podlegają rodzaje wynagrodzenia wyszczególnione ze względu na Przepustowość. Dla Lokalizacji typu CB (tylko abonament), CPD, ROPD (względnie relacji CB - CPD i CB - ROPD) występuje tylko jeden wariant. Natomiast dla podstawowych typów lokalizacji wycenienie podlega następująca liczba wariantów: 3 dla BP (8, 16 i 32 Mb/s) oraz 2 dla OR (2 x 32 i 2 x 64 Mb/s).

Z tabeli nr 1 formularza ofertowego wynika, że w zakresie lokalizacji typu BP i OR podać należy jednorazowe wynagrodzenie w podziale na powyższe warianty jako dotyczące następującej liczby Lokalizacji:

- 1) BP 8 Mb/s – 336 (w tym 303 do uruchomienia i 33 planowane przeprowadzki);
- 2) BP 16 Mb/s – 5 (w tym 2 do uruchomienia i 3 planowane przeprowadzki);
- 3) BP 32 Mb/s – 6 (w tym 3 do uruchomienia i 3 planowane przeprowadzki);
- 4) OR 2 x 32 Mb/s – 19 (w tym 16 do uruchomienia i 3 planowane przeprowadzki);
- 5) OR 2 x 64 Mb/s – 3 (w tym 0 do uruchomienia i 3 planowane przeprowadzki).

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp 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.

Izba stwierdziła, że postanowienia wzoru umowy zawarte w § 3 ust. 7 pkt 1 lit. a i pkt 2 i nie stanowią wyczerpującego opisu w zakresie okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty w zakresie wyceny stawek jednorazowych wynagrodzeń związanych z lokalizacjami typu OR i BP.

Zwiększenie przepustowości w lokalizacji oraz rozpoczęcie świadczenia usługi w nowej lokalizacji stanowią w ocenie Izby opcjonalny zakres zamówienia, gdyż nie wiadomo, czy i w jakim zakresie Zamawiający będzie zlecał je wykonawcy po rozpoczęciu świadczenia usługi. Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone uprzednio w uzasadnieniu wyroku Izby z 14 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2172/13, 2172/13), że skoro prawo opcji jest związane z przedmiotem zamówienia, zamawiający winien je opisać z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 i nast. ustawy pzp, a wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno, oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji. Innymi słowy, opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia powinien być opisany równie dokładnie jak podstawowy zakres przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że wykonawca na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, który dla obu zakresów powinien odpowiadać wymaganiom art. 29 ust. 1 pzp, ma adekwatnie wycenić swoją ofertę.

Tymczasem opisane przez Zamawiającego uwarunkowania dotyczące podwyższenia przepustowości w lokalizacjach oraz świadczenia usługi w nowej lokalizacji sprowadzają się

do podania maksymalnej liczby takich zmian. Wyznaczenie górnego pułapu opcjonalnej części zamówienia jest jak najbardziej pożądane, a wręcz konieczne, gdyż bez tego jedynym ograniczeniem byłoby ewentualne wyczerpanie kwoty łącznego wynagrodzenia. Wykonawcy sporządzając ofertę musieli się liczyć z możliwością, że *de facto* dla wszystkich lokalizacji, w tym uruchomionych na późniejszym etapie w nieznaną liczbę, ostatecznie przepustowość będzie dwa {lokalizacje typu OR} lub nawet cztery razy większa niż na początku {lokalizacje typu BP}. Zamawiający jednak dodatkowo sprecyzował, że podwyższenie przepustowości obejmie nie więcej niż 30 lokalizacji w roku kalendarzowym, a w tak samo liczonej liczbie będzie nie więcej niż 17 nowych lokalizacji, w tym maksymalnie 15 wynikających z przeprowadzek. Według Zamawiającego takie określenie skali ewentualnych zdarzeń jest wystarczające, gdyż oczekuje jedynie podania zryczałtowanych kosztów od wykonawców, którzy powinni posiadać wiedzę i doświadczenie odnośnie kosztów w dowolnej lokalizacji.

Izba zważyła, że samo oczekiwanie dokonania takiej uśrednionej wyceny dla danego wariantu przepustowości, bazujące na ocenie właściwości wykonawców, nie stanowi opisanie uwarunkowań związanych z opcjonalnym zakresem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga uśrednienia wyceny obejmującej zarówno podstawowy, jak i opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia, jednak wyłącznie odnośnie tego pierwszego zakresu podaje informacje niezbędne dla adekwatnego ustalenia takiej uśrednionej stawki jednostkowej – listę lokalizacji z podaniem adresów i wymaganej na starcie przepustowości. Zamawiający może zatem oczekiwać, że każdy potencjalny wykonawca będzie w stanie na tej podstawie określić uśrednioną cenę jednostkową za instalację i uruchomienie Usługi IP VPN w jednej lokalizacji, gdyż może przed złożeniem oferty ustalić istniejące warunki techniczne dla tych adresów. Jednak takie oczekiwanie nie jest uzasadnione w stosunku do wyceny zwiększenia przepustowości lub zmiany lokalizacji {przy czym nie można wykluczyć, że zmiany te będą się nakładać}, skoro nie wiadomo których lokalizacji z listy lub nawet w ogóle jakich miejsc miałyby one dotyczyć.

Skoro zwiększenie przepustowości łączy związane jest z rozbudową systemów informatycznych związanych z wdrażaniem nowych programów dopłat z UE, zdaniem Izby Zamawiający nie powinien mieć trudności nie tylko z określeniem liczby, ale i ze zidentyfikowaniem oddziałów regionalnych i biur powiatowych, których będzie to dotyczyło. Należy zakładać, że Zamawiający jest najlepiej zorientowany w zakresie prowadzonej przez siebie działalności, w tym specyfiki poszczególnych terenowych jednostek organizacyjnych i uwarunkowań związanych z prowadzoną informatyzacją. Zamawiający powinien na tej podstawie wskazać np. w załączniku nr 2 do s.i.w.z., dla których lokalizacji typu OR i BP (w tym jaki wariant dla lokalizacji typu BP) przewiduje

zwiększenie przepustowości w okresie realizacji umowy. Jeżeli z jakiś powodów Zamawiający nie ma takiej wiedzy Alternatywnie Zamawiający powinien dookreślić w § 7 ust. 3 pkt 1 lit. a wzoru umowy, że zwiększenie przepustowości nie będzie dotyczyło lokalizacji, w których nie ma odpowiednich warunków technicznych dla takiej zmiany.

Z kolei w odniesieniu do nowych (w tym przeniesionych) lokalizacji odpowiednio należy wprowadzić zastrzeżenie, że ich wyznaczenie będzie dokonywane z uwzględnieniem istnienia w danym miejscu warunków technicznych dla świadczenia usługi o parametrach wymaganych dla danego typu lokalizacji. Okoliczność, że aktualnie Zamawiający nie jest w stanie podać adresów ewentualnych nowych lokalizacji, nie uzasadnia niczym nieograniczonej dowolności przy ich ustalaniu w przyszłości. Dotychczasowe brzmienie wzoru umowy nie wprowadza jednak dla Zamawiającego żadnych ograniczeń przy wyborze nowej lokalizacji. Zamawiający nie przewidział nawet zasięgania opinii wykonawcy zamówienia, po prostu wydaje mu wiążące polecenie. W ocenie Izby rodzi to konieczność wprowadzenia regulacji gwarantującej, że taki wybór będzie jednak dokonywany z uwzględnieniem racjonalnej technicznie możliwości zapewnienia przez usługodawcę świadczenia usługi IP VPN w zupełnie nowym miejscu.

Powyższe nie oznacza, że Zamawiający nie może zabezpieczyć swojego interesu przed nieuzasadnionym powoływaniem się przez wykonawcę zamówienia na brak warunków technicznych dla zwiększenia przepustowości lub zestawienia nowego łącza. Może to polegać w szczególności na sprecyzowaniu minimalnego pułapu warunków technicznych, których istnienie będzie uznawane za umożliwiający dokonanie wnioskowanych zmian w terminie 6 miesięcy. Wprowadzenie takiego zobiektywizowanego punktu odniesienia umożliwiłoby z kolei Zamawiającemu wprowadzenie procedury zmian, w której wykonawca będzie musiał ewentualną odmowę odpowiednio uzasadnić.

W ocenie Izby Zamawiający nie wyjaśnił w przekonujący sposób dlaczego nie jest w stanie przewidzieć przenosin siedzib oddziałów regionalnych i biur powiatowych. Skoro wiąże się to zawartymi przez niego (ewentualnie na jego rzecz) umowami najmu, Zamawiający powinien doskonale wiedzieć, czy, kiedy i gdzie wystąpi lub przynajmniej może zaistnieć potrzeba takich przenosin w latach 2016 - 2018 . Trudno wyobrazić sobie sytuację, a jeszcze trudniej zaakceptować, że ARMiR nie zna warunków tych umów, w szczególności okresów na jakie zostały zawarte. Zamawiający jest państwową osobą prawną, działa na podstawie ustawy z dnia 9 maja 2008 r. o Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z dnia 9 maja 2008 r. (t. j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1438, z późn. zm) oraz statutu nadanego rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 15 czerwca 2009 r. w sprawie nadania statutu Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (t. j. Dz. U.

z 2013 r., poz. 936, z późn. zm.), zatem jego struktura organizacyjna jest w przeważającej mierze stabilna, gdyż zasadniczo odzwierciedla administracyjny podział na województwa i powiaty. Zamawiający mógłby zatem przygotować dodatkową listę potencjalnych lokalizacji dla siedzib oddziałów regionalnych i biur powiatowych, dla których umowy najmu będą kończyły się w okresie następnych trzech lat.

Z uwagi na powyższe nieprzekonujące jest stanowisko Zamawiającego, że aż do granicy obiektywnej niemożliwości świadczenia wykonawca powinien wycenić każde potencjalnie możliwe nowe miejsce świadczenia Usługi IP VPN, z uwagi na dopuszczenie różnych technologii i 6-miesięczny termin realizacji. Jak już powyżej wskazano, takie oczekiwanie Zamawiającego pozostaje w oderwaniu od braku podania realnych podstaw dla ustalenia przez wykonawcę jednolitej dla danej przepustowości ceny jednostkowej, która ma się odnosić zarówno do znanych, jak i nieznanych w chwili sporządzania oferty lokalizacji. Właściwy dobór technologii łączy, a w konsekwencji adekwatna wycena nakładów koniecznych do jego zestawienia lub podwyższenia jego przepustowości, zależą od istniejących warunków technicznych w danym miejscu, czyli od okoliczności, która nie została sprecyzowana przez Zamawiającego. 6-miesięczny termin realizacji zlecenia w oczywisty sposób nie zastępuje braków opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający nie zakwestionował harmonogramu czynności zawartego w odwołaniu Exatel, z którego wynika, że termin 6-miesięczny może okazać się niewystarczający.

W ocenie Izby dowody przedstawione na rozprawie potwierdzają kluczowe znaczenie możliwości uprzedniego zweryfikowania technicznych uwarunkowań dla wyceny podwyższenia przepustowości lub wprowadzenia nowej lokalizacji w przypadku usługi objętej przedmiotem zamówienia. Zaznaczyć przy tym należy, że dowody te dotyczą tożsamej usługi świadczonej aktualnie przez Odwołujących w konsorcjum na rzecz Zamawiającego. Z przedstawionych przez Odwołującego Orange zleceń wywiadu technicznego dla dwóch nowych lokalizacji typu BP wnioskowanych przez ARMiR wynika, że wymagane nakłady inwestycyjne i termin realizacji dla łącza o przepustowości 8 Mb/s koszt w jednym miejscu może wynosić 536 zł i 3 miesiące, a w innym – 500 tys. zł i 180 tygodni. Również z przedstawionej przez Zamawiającego korespondencji, którą prowadził z Exatel odnośnie nowych lokalizacji typu OR i BP, wynika, że wymagane dla przeniesienia łącza nakłady inwestycyjne mogą znacznie od siebie odbiegać, a czasem dla żadnej z technologii nie ma warunków technicznych dla zestawienia nowego łącza. Z kolei analogiczna korespondencja odnośnie podwyższenia przepustowości świadczy przede wszystkim o tym, że Zamawiający

domagał się podwyższenia przepustowości dla 324 lokalizacji typu OR lub BP, odpowiednio do 8 lub 32 Mb/s, czyli dla wszystkich lokalizacji. Dla 60 z nich Exatel stwierdził brak warunków technicznych, nie wiadomo jaka była odpowiedź dla pozostałych.

Według Zamawiającego odmowy przez Odwołujących podwyższenia przepustowości i przeniesienia łączy w ramach aktualnie realizowanego zamówienia dowodzą, że uzależnianie wprowadzania zmian od pozytywnego zweryfikowania warunków technicznych przez wykonawcę zamówienia prowadzi do faktycznego uniemożliwienia wprowadzenia zmian, o których mowa w § 3 ust. 7 pkt 1 (lit. a), 2 i 3 wzoru umowy. Zdaniem Izby dokumenty przedstawione na rozprawie nie dają żadnych podstaw do stwierdzenia, że weryfikacja warunków technicznych była dokonywana nierzetelnie. Negatywne doświadczenia Zamawiającego w związku z aktualnie realizowaną umową mogą co najwyżej świadczyć o braku odpowiedniego doprecyzowania mechanizmu weryfikacji istnienia warunków technicznych, który zabezpieczałby wykonawcę przed arbitralnym narzucaniem przez Zamawiającego nieuzasadnionych zmian, a Zamawiającego przed bezpodstawną odmową wykonawcy.

Izba stwierdziła, że również postanowienie zawarte w § 3 ust. 7 pkt 4, a powtórzone dodatkowo w § 12 ust. 5 wzoru umowy {pomimo uprzednio nieznacznych, a obecnie marginalnych, różnic redakcyjnych powtórzenie tej samej regulacji jest oczywistym *superfluum*}, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 pzp.

W przeciwieństwie do opisanej w § 3 ust. 7 pkt 3 rezygnacji ze świadczenia usługi, również po zmianach z 22 kwietnia 2015 r. wypowiedzenie świadczenia usługi nie doczekało się należytego sprecyzowania. W obu przypadkach Zamawiający od początku ograniczył swoje uprawnienie do rezygnacji i wypowiedzenia do okresu ostatnich 6 miesięcy obowiązywania Umowy.

Powodem rezygnacji z danej lokalizacji może być likwidacja jednostki organizacyjnej w danym miejscu lub przeniesienie jej do innej lokalizacji, która już posiada łącze, co do zasady ma wynikać z aktów prawnych określających strukturę organizacyjną ARMiR {zamawiający zastrzegł sobie dodatkowo możliwość rezygnacji ze świadczenia usługi w 3 lokalizacjach bez takiego powiązania}, co zostało uznane przez Odwołujących za wystarczające doprecyzowanie, gdyż wycofali swoje zarzuty.

Natomiast przyczyna wypowiedzenia została określona jako konieczność zapewnienia ciągłości działania sieci rozległej ARMiR w okresie przejściowym, związanym z koniecznością wcześniejszego przekazania części lokalizacji podmiotowi, który będzie realizował usługę MPLS po zakończeniu tej umowy. W ocenie Izby z tego enigmatycznego

i zawilego sformułowania nie wynika nic konkretnego dla wykonawców, którzy ubiegają się o realizację tego zamówienia do 31 grudnia 2018 r. Wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego zależy, czy w ostatnim półroczu przed tą datą stwierdzi wystąpienie owej podwójnej konieczności, czy też jednej konieczności kwalifikowanej przez drugą. Wypowiedzenie tej umowy zostało *de facto* powiązane z warunkami następnego zamówienia, które dopiero w bliżej niesprecyzowanej przyszłości mogą zostać ustalone przez Zamawiającego w taki sposób, aby owe enigmatyczne konieczności wystąpiły. Ponieważ Zamawiający nie podał żadnego konkretnego przykładu wydaje się, że jest to próba zastrzeżenia na rzecz Zamawiającego uprawnienia do wcześniejszego zakończenia tej umowy, jeżeli w następnym zamówieniu uzyska korzystniejszą ofertę, co jest prawdopodobne z uwagi na postęp techniczny.

Dla Izby nie była przekonująca argumentacja Zamawiającego, że Odwołujący jako dotychczasowi wykonawcy usługi objętej przedmiotem zamówienia mają wiedzę co do faktycznej skali i uwarunkowań zmian przepustowości, lokalizacji i wypowiedzeń lokalizacji. Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a zatem Zamawiający obowiązany jest do zapewnienia przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wszystkimi potencjalnymi wykonawcami. Odwoływanie się do wiedzy, którą mogą posiadać wyłącznie wykonawcy dotychczas realizujący zamówienie na rzecz Zamawiającego z pewnością temu nie sprzyja. Art. 29 ust. 1 pzp dlatego nakazuje zawarcie wszystkich istotnych dla sporządzenia oferty uwarunkowań w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż jest on dostępny dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

W przekonaniu składu orzekającego Izby rozstrzygnięcie powyższych zarzutów jest zgodne z dotychczasową linią orzecniczą Izby, która została zaprezentowana na przykładzie wyroków przywołanych w odwołaniu wniesionym przez Orange. Na szczególną uwagę zasługuje w szczególności wyrok z 13 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2124/11), gdyż dotyczy stanu faktycznego w możliwie największym stopniu zbliżonego do istniejącego w tej sprawie, oraz wyrok z 14 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2172/13, KIO 2177/13).

Zamawiający obszernie przywołał i oparł się na stanowisku Izby wyrażonym w wyroku z 22 stycznia 2014 r. (sygn. akt KO 24/14), które jego zdaniem jest adekwatne również w tej sprawie. Umknęło jednak uwadze Zamawiającemu, że dla tego rozstrzygnięcia istotne znaczenie miało ustalenie, że ze względu na restrukturyzację branży gazowniczej może nastąpić likwidacja obecnych lub powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji)

w przedsiębiorstwie zamawiającego sektorowego. Są to zasadniczo odmienne uwarunkowania od dotyczących Zamawiającego w tej sprawie, gdyż ARiMR jest państwową osobą prawną, której działalność i struktura organizacyjna jest ustabilizowana i nie podlega dynamicznym i niemożliwym do przewidzenia zmianom.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Izba w rozstrzyganej sprawie nie jest w żaden sposób związana stanowiskiem wyrażonym w innej sprawie.

II. zarzuty odwołania Exatel dotyczące § 12 ust. 8 wzoru umowy

Przy ustaleniu stanu rzeczy aktualnego na dzień orzekania Izba wzięła pod uwagę, zgodnie z art. 191 ust. 2 pzp, zmiany treści s.i.w.z. z 22 kwietnia 2015 r. dotyczące wzoru umowy {część preredagowaną poniżej podkreślono}.

§ 12 ust. 8:

Usługobiorcy przysługuje prawo do odstąpienia od części umowy w przypadku nie otrzymania na dany rok budżetowy środków z budżetu Państwa koniecznych do realizacji umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o ich nie otrzymaniu. W takim wypadku Usługodawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części Umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 145 ustawy pzp w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach {ust. 1}. W takim przypadku wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy {ust. 2}.

W ocenie składu orzekającego Izby wprowadzona przez Zamawiającego klauzula umowna stanowi obejście przywołanej regulacji ustawy pzp, gdyż stanowi próbę uwolnienia się od obowiązku wykazania, że nieotrzymanie środków budżetowych koniecznych do realizacji umowy stanowi istotną zmianę okoliczności powodującą, że wykonanie tej umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Ocena taka jest uprawniona, gdyż wprowadzona przyczyna odstąpienia nie ma żadnego związku z zaniknięciem po stronie Zamawiającego potrzeby realizacji przedmiotowej usługi, która – jak deklarował Zamawiający na rozprawie – ma kluczowe znaczenie dla możliwości wykonywania przez niego statutowych zadań.

Zdaniem składu orzekającego Izby jeżeli już przed zawarciem umowy Zamawiający przewiduje, że może nie mieć środków na sfinansowanie zamówienia w kolejnych latach, nie powinien w ogóle decydować się na udzielenie zamówienia na trzy lata, a jedynie na rok.

Należy podkreślić, że brak podstaw, aby uznać klauzulę § 12 ust. 8 wzoru umowy za przejaw umownego prawa odstąpienia, o którym mowa w art. 395 § 1 kc {*Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.*}, już chociażby z powodu braku ograniczenia uprawnienia do odstąpienia od umowy terminem w rozumieniu kodeksu cywilnego, czyli daty lub zdarzenia przyszłego i pewnego, co co jest elementem konstytutywnym dla tej instytucji kodeksu cywilnego. Określenie, że odstąpienie może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o nieotrzymaniu środków budżetowych na dany rok w rzeczywistości odwołuje się do zdarzenia przyszłego, ale niepewnego, gdyż nie wiadomo, czy będzie miała miejsce taka sytuacja.

W tym kontekście Zamawiający nieadekwatnie powołuje się na wyrok Izby z 16 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1041/10), w którym przedmiotem rozstrzygnięcia była zastrzeżone na rzecz zamawiającego uprawnienie do odstąpienia od umowy ograniczone konkretną datą.

III. zarzuty odwołania Exatel dotyczące § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 wzoru umowy

Przy ustaleniu stanu rzeczy aktualnego na dzień orzekania Izba wzięła pod uwagę, zgodnie z art. 191 ust. 2 pzp, wyjaśnienia treści s.i.w.z. z 22 kwietnia 2015 r. odnośnie wzoru umowy.

§ 8 ust. 1:

W przypadku niewykonania lub niewłaściwego wykonania Umowy Usługobiorca uprawniony będzie do naliczenia Usługodawcy kary umownej:

1) w wysokości 10.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi we wszystkich Lokalizacjach zgodnie z § 3 ust. 2 pkt 4 Umowy;

2) w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia, o którym mowa w § 9 ust. 2 Umowy w przypadku gdy opóźnienie, o którym mowa w pkt 1 przekroczy 30 dni kalendarzowych;

3) w wysokości 500,00 zł (...) za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminów wykonania któregośkolwiek z obowiązków wskazanych w § 5 ust. 1 Umowy;

4) w wysokości 200,00 zł (...) za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminów wykonania któregośkolwiek z obowiązków, o których mowa w § 3 ust. 8 pkt 1 Umowy;

5) w wysokości 500,00 zł (...) za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminów wykonania któregośkolwiek z obowiązków, o których mowa w § 3 ust. 7 pkt 2 lub § 3 ust. 8 pkt 2 lub § 5 ust. 2 lub ust. 3 Umowy;

6) w wysokości 1000,00 zł (...) za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu wykonania obowiązku, o którym mowa w § 5 ust. 6 Umowy;

W pytaniu nr 6 wykonawca zwrócił się o wyjaśnienie § 8 ust. 1 pkt 1 w następującym zakresie: *Czy kary umowne za opóźnienie w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi we wszystkich Lokalizacjach oznaczają, że kary umowne będą naliczane dla każdej Lokalizacji oddzielnie, czy naliczona będzie jedna kara umowna, w przypadku gdy którakolwiek z Lokalizacji nie zostanie oddana w terminie?*

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że kara określona w § 8 ust. 1 pkt 1 będzie naliczana w przypadku opóźnienia w dotrzymaniu przez Usługodawcę terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi będzie naliczona jedna kara umowna, bez względu na liczbę Lokalizacji w których nie rozpoczęto świadczenia Usługi w terminie.

Pytanie nr 7 zawierało następujący wywód:

„Opóźnienie” oznacza uchybienie terminowi bez względu na przyczynę tego uchybienia, natomiast „zwłoka” zgodnie z art. 476 K.C., następuje w sytuacji gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w skutek okoliczności za które ponosi odpowiedzialność. Kara umowna powinna być wymagalna wyłącznie jeżeli została spowodowana okolicznościami, za które dłużnik (Wykonawca) ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych. Z powyższych przesłanek wynika, iż dla zachowania istoty instytucji kary umownej – nie może ona zostać zastrzeżona na wypadek niedotrzymania terminu wskutek okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi winy. Czy mając na uwadze powyższe Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę w § 8 ust. 1 umowy wyrażenia „opóźnienie” na „zwłoka”?

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że nie wprowadza zmian do zapisów SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Dwa odrębne zarzuty sformułowane w odwołaniu Exatel stanowią powtórzenie wątpliwości zgłoszonych w powyżej zacytowanych pytaniach.

Zamawiający w odpowiedzi na pierwsze z tych pytań wyjaśnił, że będzie naliczana jedna kara umowna w przypadku opóźnienia dotyczącego którejkolwiek Lokalizacji, czyli wskazał, które z dwóch odczytań § 8 ust. 1 pkt 1 sugerowanych przez pytającego jest właściwe. Ponieważ tym samym Zamawiający uczynił zadość żądaniu zgłoszonemu w odwołaniu, podtrzymany zarzut należało uznać za niezasadny. Ponieważ w ocenie Izby pierwsza z sugerowanych przez Odwołującego Exatel interpretacji nie znajduje oparcia w brzmieniu § 8 ust. 1 pkt 1, udzielone wyjaśnienia należało uznać za całkowicie wystarczające, gdyż Zamawiający rozwiął zgłoszoną przez wykonawcę wątpliwość.

Bezzasadny jest również zarzut, że Zamawiający naruszył art. 58 § 1 i 2 oraz art. 473 kc, gdyż w § 8 ust. 1 rozszerzył ustawową odpowiedzialność wykonawcy bez określenia okoliczności, za które ma odpowiadać.

Powyższy zarzut oparty jest na błędnym przyjęciu przez Odwołującego, że regulacja zawarta w § 8 ust. 1 stanowi przejaw zastosowania art. 473 § 1 kc *{Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.}*, wyłącznie z tego powodu, że określone w § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 przesłanki uprawniające Zamawiającego do naliczenia kary umownej dotyczą opóźnienia, a nie zwłoki. Odwołujący błędnie również zakłada, że w zakresie zastosowania art. 474 § 1 kc *{W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.}* nie mieści się kara umowna za opóźnienie.

Odnośnie tych kwestii Izba w pełni podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, w tym adekwatne przywołanie w tym kontekście wyroku Sądu Najwyższego zaprezentowanego w uzasadnieniu wyroku z 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt II CSK 331/12), który jest aprobowany w orzecznictwie sądowym i doktrynie prawa cywilnego.

Ponieważ zarzut zawarty w odwołaniu opiera się wyłącznie na tych dwóch nieuprawnionych założeniach, nie mógł być uznany za zasadny. Odwołujący nie sprecyzował żadnych innych okoliczności niż użycie słowa „zwłoka”, które uzasadniałyby interpretację, przesłanek opisanych w § 8 ust. 1 pkt 1 - 6 jako umownego nałożenia na wykonawcę obowiązku zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub niewłaściwego wykonania jego zobowiązań wynikających z umowy wskutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej.

Wyrwany z nieznanego kontekstu fragment uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku niczego nie wnosi do tej sprawy.

IV. zarzut odwołania Exatel dotyczący § 6 ust. 2 wzoru umowy

Izba ustaliła następujące brzmienie § 6 ust. 2 wzoru umowy, które nie było zmieniane, ani nie było wyjaśniane przez Zamawiającego w piśmie z 22 kwietnia 2015 r.:

Usługodawca nie ma prawa, bez zgody Usługobiorcy, do korzystania przy wykonywaniu zobowiązań określonych w Umowie, w jakimkolwiek charakterze, z osób zatrudnionych u Usługobiorcy, pod rygorem odstąpienia od Umowy przez Usługobiorcę z winy Usługodawcy w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia przez Usługobiorcy, że takie zdarzenie miało miejsce, a także zapłaty kary umownej w wysokości 30 000,00 (...) zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia niniejszego zakazu, z możliwością dochodzenia przez Usługobiorcę odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych Kodeksu Cywilnego. Usługobiorca zastrzega sobie możliwość naliczenia kary umownej, o której mowa w zdaniu poprzednim również w przypadku nieskorzystania z prawa do odstąpienia od Umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Zawarty w odwołaniu zarzut należy uznać za niezasadny, już choćby z tego względu, że Odwołujący w tym przypadku nie wskazał jaki to przepis ustawy pzp miałby naruszyć Zamawiający przez wprowadzenie do wzoru umowy powyższej regulacji. Nie wynika to również klarownie z uzasadnienia zarzutu, które sprowadza się do przytoczenia poglądu doktryny i fragmentu uzasadnienia wyroku sądu, dotyczących dwóch różnych zagadnień. Konsekwencją braku odpowiedniego sprecyzowania zarzutu musi być jego oddalenie, gdyż dla uwzględnienia zarzutu konieczne jest stwierdzenie, że Zamawiający naruszył konkretny przepis ustawy pzp (ewentualnie w zw. z przepisami kodeksu cywilnego).

Niezależnie od powyższego, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zastrzeżona w § 6 ust. 2 kara umowna związana jest ze zobowiązaniem, którego należyte wykonanie zabezpiecza, czyli odpowiada standardowi wynikającemu z zacytowanej w odwołaniu wypowiedzi doktryny. Jest to zobowiązanie wykonawcy do niekorzystania przy wykonywaniu tego zamówienia z pracowników Zamawiającego bez jego zgody.

Natomiast oczywiste jest, że takie zobowiązanie ma charakter dodatkowy w stosunku do zobowiązania świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Mogłoby zatem ewentualnie podlegać ocenie w kontekście nadużycia prawa podmiotowego do kształtowania

postanowień umowy. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych okoliczności, które wskazywałyby na to, że wprowadzenie przez Zamawiającego powyższej klauzuli jest nieuzasadnione. Zdaniem Izby oczekiwanie Zamawiającego, aby bez jego wiedzy i zgody druga strona umowy nie korzystała z jego pracowników przy wykonywaniu tego zamówienia, zapobiega ewentualnemu konfliktowi interesów związanego z tym, że te same osoby miałyby dbać przy realizacji tego zamówienia o interes obu stron umowy. Zamawiający ma prawo chronić się przed podkupywaniem swojego personelu przez wykonawcę zamówienia w związku z jego realizacją.

Kwestia zakazów konkurencji w umowach zawieranych przez ARMiR ze swoimi pracownikami i ochrona praw tych pracowników w oczywisty sposób wykracza poza kognicję Izby.

Wyrwana z kontekstu stanu faktycznego teza z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi niczego nie wnosi do tej sprawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołujących wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Ponadto obciążono kosztami postępowania w obu sprawach Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz każdego z Odwołujących kwotę odpowiadającą wysokości uiszczony wpisu, a na rzecz Odwołującego Exatel dodatkowo wnioskowane przez niego i poparte stosownym rachunkiem złożonym do zamknięcia rozprawy, uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: