

Sygn. akt: KIO/UZP 1876/09

KIO/UZP 1881/09

KIO/UZP 1883/09

WYROK
z dnia 4 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 19 stycznia 2010 r., 25 stycznia 2010 r. oraz 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2010 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. TP EmiTel Sp. z o. o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c (sygn. akt. KIO/UZP 1876/09),**
- B. Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o., 02-796 Warszawa, ul. Migdałowa 4 (sygn. akt KIO/UZP 1881/09),**
- C. INFO-TV-FM Sp. z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7 (sygn. akt KIO/UZP 1883/09)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Telewizję Polską S.A. Ośrodek Emisji, 00-999 Warszawa, ul. J. P. Woronicza 17** protestów:

- A. TP EmiTel Sp. z o. o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c z dnia 23 listopada 2009 r.**
- B. Polskich Sieci Nadawczych Sp. z o.o., 02-796 Warszawa, ul. Migdałowa 4 z dnia 27 listopada 2009 r.**
- C. INFO-TV-FM Sp. z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7 z dnia 27 listopada 2009 r.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i unieważnia czynność zamawiającego, polegającą na nadaniu § 3 ust. 4 pkt 3, 8, 9, § 4 ust. 3 pkt 2, § 8 ust. 1 i 3, § 20, § 21, § 22 ust. 1 i 3 pkt 3, § 23 ust. 2, § 28 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 wzoru umowy brzmienia jak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13.11.2009 r., i nakazuje zamawiającemu usunięcie:

- a. z § 3 ust. 4 pkt 3 treści: „w szczególności decyzji rezerwacyjnej na MUX 3 i pozwolenia radiowego na MUX 3 w rozumieniu przepisów Prawa Telekomunikacyjnego”,
- b. § 8 ust. 1 i 3,
- c. § 3 ust. 4 pkt 8 i 9,
- d. § 4 ust. 3 pkt 2,
- e. § 20,
- f. § 21,
- g. z § 22 ust. 1 treści: „w tym stwierdzonych podczas kontroli prawidłowości wykonywania Umowy” oraz usunięcie z § 22 ust. 3 pkt 3 pkt 20 i 21,
- h. z § 23 ust. 2 treści: „ Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie powyższych kar umownych ze wszystkich zobowiązań zamawiającego wobec Wykonawcy”.
- i. z § 28 ust. 1 pkt 1: § 20 i 21 oraz usunięcie z § 28 ust. 3.

zgodnie z uzasadnieniem,

2. kosztami postępowania obciąża **Telewizję Polską S.A. Ośrodek Emisji, 00-999 Warszawa, ul. J. P. Woronicza 17**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3 333 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzysta trzydzieści trzy złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 1 111 zł 00 gr (słownie: tysiąc sto jedenaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TP EmiTel Sp. z o.o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c,**
 - B** koszty w wysokości 1 111 zł 00 gr (słownie: tysiąc sto jedenaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o., 02-796 Warszawa, ul. Migdałowa 4,**
 - C** koszty w wysokości 1 111 zł 00 gr (słownie: tysiąc sto jedenaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **INFO-TV-FM Sp. z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 6 933 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dziewięćset trzydzieści trzy złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 1 111 zł 00 gr (słownie: tysiąc sto jedenaście złotych zero groszy) przez **Telewizję Polską S.A. Ośrodek Emisji, 00-999 Warszawa, ul. J. P. Woronicza 17** na rzecz **TP EmiTel Sp. z o. o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty 1 111 zł 00 gr (słownie: tysiąc sto jedenaście złotych zero groszy) przez **Telewizję Polską S.A. Ośrodek Emisji, 00-999 Warszawa, ul. J. P. Woronicza 17** na rzecz **Polskich Sieci Nadawczych Sp. z o.o., 02-796 Warszawa, ul. Migdałowa 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - C** kwoty 4 711 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemset jedenaście złotych zero groszy) przez **Telewizję Polską S.A. Ośrodek Emisji, 00-999 Warszawa, ul. J. P. Woronicza 17** na rzecz **INFO-TV-FM Sp. z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 41 667 zł 00 gr (słownie: czterdzieści jeden tysięcy sześćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 13 889 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **TP EmiTel Sp. z o.o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c,**
 - B** kwoty 13 889 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Polskich Sieci Nadawczych Sp. z o.o., 02-796 Warszawa, ul. Migdałowa 4,**
 - C** kwoty 13 889 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **INFO-TV-FM Sp. z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB-T, prowadzonym przez Telewizję Polską S.A. Ośrodek Emisji w trybie przetargu nieograniczonego, trzech wykonawców złożyło protesty i odwołania na treść zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13.11.2009 r. specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 4.5. oraz w części stanowiącej załącznik nr 5 - wzór umowy (w tym załącznik nr 7 stanowiący jednocześnie załącznik do SIWZ i wzoru umowy - „wysokość i warunki płatności wynagrodzenia Wykonawcy”). Wykonawca TP EmiTel Sp. z o.o. objął nadto odwołaniem opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 3 do SIWZ.

W dniu 14.12.2009 r., tj. po rozstrzygnięciu przez zamawiającego złożonych w dniu 23 i 27.11.2009 r. protestów (co nastąpiło 07.12.2009 r.), a przed wniesieniem przez wykonawców odwołań (co nastąpiło 16 i 17.12.2009 r.) zamawiający zmodyfikował między innymi wzór umowy, w tym zmodyfikował postanowienia objęte złożonymi środkami ochrony prawnej.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp jedyną czynnością, której po wniesieniu protestu zamawiającemu nie wolno dokonać jest zawarcie umowy.

Jednocześnie ustawodawca w przepisie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przewidział możliwość powtórzenia przez zamawiającego czynności oprotestowanej jedynie po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu - jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. W przedmiotowym postępowaniu przetargowym zamawiający nie uwzględnił większości zgłoszonych przez wykonawców żądań, a zatem winien powstrzymać

się z powtórzeniem czynności, polegającej na opracowaniu - nadaniu nowej treści oprotestowanym postanowieniom SIWZ.

Powyższą czynność zamawiającego Izba uznaje za sprzeczną ze wskazanym przepisem art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, jednak nie za nieważną, ponieważ brak w ustawie Prawo zamówień publicznych sankcji nieważności dla powtórzonej przedwcześnie czynności, a sama czynność - ze względu na jej ujawnienie wykonawcom (zamawiający zapoznał wykonawców z treścią modyfikacji) nie stanowi rażącego naruszenia ustawy.

Jak wskazano powyżej wyraźnym zakazem, którego złamanie musiałyby zostać zakwalifikowane jako rażące naruszenia ustawy i skutkowało nieważnością umowy (art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) objęto wyłącznie zawarcie umowy.

Izba na wstępie wyjaśnia, iż art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, na którego naruszenie przez zamawiającego powoływali się odwołujący w odniesieniu do większości kwestionowanych postanowień umownych, wskazuje dwie zasady: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Druga ze wskazanych zasad nie zrównuje jednak praw wykonawców z prawami zamawiającego - nie czyni zamawiającego i wykonawców równymi, ale nakłada na zamawiającego obowiązek traktowania w taki sam sposób wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Niezależnie od oceny przez odwołujących poszczególnych postanowień wzoru umowy postanowienia te są wiążące dla nich wszystkich, co przesądza o niezasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w części dotyczącej równego traktowania przez zamawiającego wykonawców.

Wskazane zasady, stanowiąc pomoc przy interpretacji przepisów, mają charakter zasad ogólnych i są rozwijane przez przepisy szczegółowe. Rozwinięciem, uszczegółowieniem tych zasad w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jest art. 29 ustawy Pzp stąd Izba przyjęła, że naruszenie przepisu art. 29 jest jednocześnie naruszeniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1.

Izba orzekła na podstawie treści SIWZ zamieszczonej odnośnie przedmiotowego postępowania przetargowego na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13.11.2009 r., modyfikacji treści SIWZ z dnia 14.12.2009 r., stanowisk stron zaprezentowanych w treści protestów, tj. TP EmiTel Sp. z o.o. z dnia 23.11.2009 r., Polskich Sieci Nadawczych Sp. z o.o. z dnia 27.11.2009 r. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o. z dnia 27.11.2009 r., rozstrzygnięć tych protestów przez zamawiającego z dnia 07.12.2009 r., odwołań, tj. TP EmiTel Sp. z o.o. z dnia 14.11.2009 r., Polskich Sieci Nadawczych Sp. z o.o. z dnia 17.12.2009 r. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o. z dnia 17.12.2009 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołania z dnia 15.01.2010 r., Decyzji Prezesa UKE z dnia 09.11.2006 r. (DRTD-SMP-6043-9/06(34), opinii Prezesa UOKiK dotyczącej zachowania warunków konkurencji,

w związku z postępowaniem konkursowym w sprawie rezerwacji częstotliwości z zakresu 470 - 790 MHz przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych i telewizyjnych na obszarze całego kraju w technologii DVB-H w radiokomunikacyjnej służbie radiodyfuzyjnej z dnia 05.03.2009 r. (DOK2-0731-1/09/MKK), opinii prawnej z dnia 13.07.2009 r. w sprawie sposobu wyłonienia operatora technicznego multipleksu przez TVP i nadawców komercyjnych, sporządzonej przez prof. dr hab. Michała R., Grzegorza R. i Annę W., Zasad zawierania umów na emisję filmu reklamowego w Biurze Reklamy TVP S.A. Oddział we Wrocławiu, Zasad przyjmowania zleceń w Sekcji Promocji, Marketingu i Reklamy TVP Olsztyn, Zasad zawierania umów na emisję filmów reklamowych Dział marketingu TVP Gorzów Wielkopolski, a także stanowisk i oświadczeń złożonych przez strony ustnie do protokołu rozprawy w dniu 19.01.2010 r., 25.01.2010 r. oraz 29.01.2010 r.

Zarzut odnośnie pkt. 4.5 SIWZ, tj. braku sprecyzowania przez zamawiającego okoliczności udzielenia zamówień uzupełniających (INFO-TV-FM Sp. z o.o.), czym zamawiający naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Literalne brzmienie aktualnie obowiązującego art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp („jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności”) nie daje podstaw do uznania, że ustawodawca nałożył na zamawiającego tym przepisem inny obowiązek niż wskazania - przywołania jednej z okoliczności, z listy okoliczności enumeratywnie wymienionych w pkt. 1 - 10 art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Skoro zamawiający w treści SIWZ, opracowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowego, będącego zamówieniem na usługę, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających w konkretnym wymiarze to uznać należy, że zamawiający zapewnił sobie w sposób zgodny z ustawą w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego prawo udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia na usługi tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe w wymiarze wskazanym, tj. w tym przypadku maksymalnym wymiarze 50 %.

Izba w pełni podziela argumentację zamawiającego zawartą w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15.01.2009 r., wskazując, iż nakaz wskazania okoliczności, w której może być udzielone zamówienie uzupełniające, to nic innego jak nakaz wskazania, w której z możliwych 10 sytuacji opisanych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienie uzupełniające może być udzielone, nie zaś wskazanie okoliczności precyzujących okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzuty odnośnie preambuły do wzoru umowy, tj. lit. A pkt 1, lit. C oraz lit. D ze wskazaniem na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 21 ustawy o radiofonii i telewizji (TP EmiTel Sp. z o.o.)

Krajowa Izba Odwoławcza jest właściwa do rozpoznawania odwołań od rozstrzygnięć protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 172 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołanie zaś (tak też protest) przysługuje wnoszącemu je wykonawcy, o ile jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

Użyte w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie „ustawa” należy rozumieć jako naruszenie przepisów tej właśnie ustawy i aktów wykonawczych do tejże ustawy, a także innych aktów prawnych, jednak o tyle, o ile odwołuje się do nich ustawa Prawo zamówień publicznych.

Takie rozumienie tego pojęcia wywieść należy po pierwsze z zasady, iż posłużenie się przez ustawodawcę w akcie prawnym pojęciem „ustawa” bez bliższego określenia, jak je rozumieć, oznacza ustawę, w której posłużono się tym pojęciem, po drugie z zasadą zakazującą powtarzania przepisów zamieszczanych już w innych aktach.

Potwierdzeniem tego jest fakt, iż ustawodawca odwołując się do innej niż Prawo zamówień publicznych ustawy używa zwrotu „odrębne przepisy”, jak ma to miejsce w art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz 146 ust. 1.

Objęcie zaś pojęciem „ustawa” przepisów aktów wykonawczych do ustawy wiązać należy z tym, iż akty wykonawcze do ustawy wydawane są wyłącznie na podstawie delegacji ustawowej i służyć mają jej wykonaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie jest właściwa do rozpoznania wskazanego zarzutu pod kątem jego zgodności z przepisem art. 21 ustawy o radiofonii i telewizji.

Izba uznała także, że brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29 ust. 1, ponieważ do sposobu formułowania postanowień preambuły nie mają w ogóle zastosowania rygory właściwe dla opisu przedmiotu zamówienia, określone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Wynika to z faktu, że ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie odróżnia „opis przedmiotu zamówienia” od „wzoru umowy”, którego częścią jest preambuła. Jak bowiem wskazuje literalne brzmienie art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp, na specyfikację istotnych warunków zamówienia składa się w szczególności zarówno „opis przedmiotu zamówienia”, jak i „wzór umowy”. Jeżeli zatem ustawodawca rozróżnia „opis przedmiotu zamówienia” od „wzoru umowy”, to nie można traktować ich jednakowo i przyjąć, że ustawodawca,

posługując się w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zwrotem „opis przedmiotu zamówienia” miał na myśli także „wzór umowy”.

Innym pojęciem, zwrotom, czy sformułowaniom użytym w akcie prawnym należy bowiem przypisywać odmienne znaczenie.

Zarzuty odnośnie zobowiązań wykonawcy w ramach Rozdziału II „Zobowiązania stron”, tj. § 3 ust. 2, 3 i 4 pkt 3, 7, 8, 9 i 14 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o. - jedynie § 3 ust. 4 pkt 8)

Odwołujący TP EmiTel Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu:
odnośnie § 3 ust. 2 - naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp,
odnośnie § 3 ust. 3 - naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp,
odnośnie § 3 ust. 4 (zdanie wstępne) - naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp,
odnośnie § 3 ust. 4 pkt 3 - naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp,
odnośnie § 3 ust. 4 pkt 7 - naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz regulacji związanych z rynkiem papierów wartościowych oraz przepisów o obrocie instrumentami finansowymi, a także art. 353¹ k.c.,
odnośnie § 3 ust. 4 pkt 8 - naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp,
odnośnie § 3 ust. 4 pkt 14 - naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący INFO-TV-FM Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 i 29 ustawy Pzp, przy czym pomimo przywołania jako podstawy prawnej zarzutu całego art. 7 i 29, nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych powiązanych z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp (przygotowywanie zamówienia oraz jego prowadzenie przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm) czy art. 7 ust. 3 (udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy). Podobnie w przypadku art. 29 ust. 3.

W pierwszej kolejności Izba uznała za konieczne dokonanie rozróżnienia w zakresie tego, co zostało uregulowane wskazanymi powyżej postanowieniami § 3 wzoru umowy.

W ocenie Izby spośród zakwestionowanych postanowień tego paragrafu jedynie postanowienie § 3 ust. 4 pkt 3 stanowi opis przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jedynie bowiem w tym przypadku mowa jest o parametrach świadczonych usług, które to parametry bezspornie składają się na opis przedmiotu zamówienia, tj. na opis usługi.

Oceniając zgodność postanowienia § 3 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba uznała, że zamawiający naruszył ten przepis, a w konsekwencji również przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ użycie zwrotu „w szczególności” przeczy ustawowemu wymogowi wyczerpującego opisu. Brak znajomości wszystkich parametrów technicznych świadczonych usług, w tym przypadku parametrów, które mogą wynikać

nie tylko z umowy (Załącznik nr 3), ale z innych jeszcze niż dostarczone wykonawcy akty prawa administracyjnego oznacza, że wykonawca nie jest tym samym w stanie poznać tych parametrów, a w konsekwencji wycenić ich w ofercie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający naruszył w tym zakresie przepis art. 29 ust. 1 i 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu usunięcie z § 3 ust. 4 pkt 3 treść: „w szczególności decyzji rezerwacyjnej na MUX 3 i pozwolenia radiowego na MUX 3 w rozumieniu przepisów Prawa Telekomunikacyjnego”.

Pozostałe postanowienie § 3 ust. 4 pkt 3 nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ale są przedmiotem zobowiązania umownego.

W ocenie Izby odwołujący w sposób nieuprawniony utożsamiają przedmiot zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z przedmiotem zobowiązania, tj. wszelkimi zobowiązaniami wykonawcy, jakie wynikać będą z zawartej umowy. Od pojęcia przedmiotu zobowiązania należy bowiem odróżnić pojęcie przedmiotu świadczenia, tj. dobra materialnego czy niematerialnego, których dotyczy zachowanie się dłużnika. Nietrafność takiego stanowiska na gruncie przepisów ustawy Pzp zamówień publicznych ukazuje wskazane już wcześniej rozróżnienie dokonane przez ustawodawcę w art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz 16 pomiędzy „opisem przedmiotu zamówienia” a „wzorem umowy”. Nie sposób jako usługę zakwalifikować np. zachowanie poufności i opisać „taką usługę”, poprzez nazwę i kod określone we Wspólnym Słowniku Zamówień (art. 32 ustawy Pzp).

Skoro do umów o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej (art. 139 ustawy Pzp), a brak w ustawie regulacji dotyczących stopnia uogólnienia czy szczególności postanowień umownych to uznać należy, że brak jest podstaw, aby umowę o udzielenie zamówienia publicznego traktować w tym zakresie odmiennie od innych umów cywilnoprawnych funkcjonujących w obrocie prawnym, a zatem aby nie można było również w tym przypadku stosować pojęć nieostrych, elastycznych.

W pozostałym zakresie, z uwagi na fakt, że przepis art. 29 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29.

Izba odnie się do zarzutu dotyczącego § 3 ust. 4 pkt 8 i 9 łącznie z zarzutem dotyczącym § 8 wzoru umowy.

Odnosnie naruszenia, w przypadku § 3 ust. 4 pkt 7 wzoru umowy, regulacji związanych z rynkiem papierów wartościowych oraz przepisów o obrocie instrumentami

finansowymi, Izba uznała, że nie jest właściwa do rozpoznania wskazanego zarzutu pod tym kątem, podtrzymując argumentację podniesioną wcześniej odnośnie preambuły do wzoru umowy (ustawa o radiofonii i telewizji).

Oceniając zaś treść § 3 ust. 4 pkt 7 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Izba uznała, że wobec nie wskazania przez odwołującego, które z kryteriów swobody kontraktowej naruszył zamawiający (ani argumentacji z nimi związanej) brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Zarzuty odnośnie zobowiązań zamawiającego w ramach Rozdziału II „Zobowiązania stron”, tj. § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy (INFO-TV-FM Sp. z o.o.)

Izba odniesie się do tego zarzutu łącznie z zarzutem dotyczącym § 8 wzoru umowy.

Zarzut odnośnie waloryzacji wynagrodzenia w ramach Rozdziału III „Wynagrodzenie i koszty wykonywania Umowy” , tj. § 7 pkt 3 i 4 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o. oraz Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.) nie mógł zostać przez Izbę rozpoznany z uwagi na brak interesu prawnego odwołujących się w tym zakresie.

Odwołujący nie kwestionowali wprowadzenia samego mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia, a jedynie przewidziany sposób tej waloryzacji, określony w postanowieniach pkt 3 i 4 § 7.

Postanowienia § 7 pkt 3 - 5 zostały zmodyfikowane przez zamawiającego pismem z dnia 14.12.2009 r. (znak: 06/TMV/2009), poprzez skreślenie pkt 3 i 5 oraz nadanie pkt 4 nowego brzmienia i przypisanie mu nr 3. Zmiana ta nastąpiła przed wniesieniem odwołań, co nastąpiło w dniu 16.12.2009 r. (TP EmiTel Sp. z o.o.) i 17.12.2009 r. (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.).

Biorąc pod uwagę fakt, że interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania (zarzutu), legitymowanie się przez wykonawców interesem prawnym oceniane być musi zarówno na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania. Ustalenie, że brak po stronie wykonawcy interesu prawnego, warunkującego merytoryczne rozpoznanie odwołania (zarzutu), czy to na etapie postępowania protestacyjnego, czy odwoławczego, czy wreszcie obu z nich oznacza, że Izba nie może wypowiedzieć się co do meritum odwołania (zarzutu).

W przedmiotowym stanie faktycznym kwestionowana przez odwołujących w protestach z dnia 23.11.2009 r. (TP EmiTel Sp. z o.o.) oraz 27.11.2009 r. (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.) wysokość wskaźnika inflacji wynosząca powyżej 5% nie jest już obowiązującą w przedmiotowym postępowaniu. Obecnie bowiem obowiązuje wskaźnik

w wysokości ½ wskaźnika inflacji cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa GUS za rok kalendarzowy, poprzedzający bezpośrednio rok kalendarzowy, w którym wynagrodzenie zostanie zwaloryzowane.

W ocenie Izby oznacza to, że postanowienie § 7 pkt 3 i 4 wzoru umowy w brzmieniu objętym protestami nie mogło naruszać interesu prawnego odwołujących się w dacie wniesienia odwołań, ponieważ postanowienia takiego w przedmiotowym postępowaniu - w oprotestowanym brzmieniu - już nie było (i nie ma).

Izba nie może natomiast rozpoznać w ramach złożonych odwołań o sygn. akt: KIO/UZP 1876/09 i KIO/UZP 1881/09 zarzutu odwołujących, które odnoszą się do nowego brzmienia § 7 pkt 3 i 4 wzoru umowy, ponieważ jest ono wynikiem nowej czynności zamawiającego, tj. modyfikacji SIWZ z dnia 14.12.2009 r., nie zaś pierwotnie oprotestowanej czynności, tj. czynności sporządzenia treści SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13.11.2009 r.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp (a contrario) Izba może zaś rozpoznawać wyłącznie te zarzuty odwołania, które zostały poprzedzone (objęte) protestem.

Zarzuty odnośnie urynkwienia wysokości wynagrodzenia w ramach Rozdziału III „Wynagrodzenie i koszty wykonywania Umowy”, tj. § 8 ust. 1 - 3 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.)

W protestach z dnia 23.11.2009 r. (TP EmiTel Sp. z o.o.) i 27.11.2009 r. (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.) odwołujący zakwestionowali przewidziany w § 8 ust. 1 i 2 wzoru umowy mechanizm urynkwienia wysokości wynagrodzenia oraz podstawy i zakres działania arbitra, o którym mowa w ustępie 3 wskazanego paragrafu.

Postanowienie § 8 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu wskazanym w pierwotnej wersji SIWZ zostało zastąpione nową treścią (modyfikacja z dnia 14.12.2009 r.).

Brzmienie § 8 ust. 2 wzoru umowy w dacie wniesienia odwołania już nie obowiązywało, a zatem nie mogło naruszać interesu prawnego odwołujących - postanowienia takiego w przedmiotowym postępowaniu - w oprotestowanym brzmieniu - w SIWZ już nie było (i nie ma).

Skład orzekający Izby podtrzymuje w tym zakresie uzasadnienie zawarte powyżej, odnoszące się do zarzutu „waloryzacji wynagrodzenia”.

Wobec niezmienności brzmienia § 8 ust. 1 i 3 wzoru umowy Izba rozpoznała zarzuty odnośnie ust. 1 i 3 § 8, uznając, że zasługują one na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2 oraz 144 ust. 1 ustawy Pzp (omyłkowo wskazany w odwołaniu TP EmiTel Sp. z o.o. art. 141 odnosił

się nie do art. 140, jak oświadczył odwołujący na rozprawie, ale do art. 144, co wynika z faktu, że przywołując ten artykuł odwołujący odnosił się do konkretnej treści rozstrzygnięcia protestu, gdzie jednoznacznie zamawiający odnosił się do art. 144), a także art. 353¹ k.c.

Odwołujący INFO-TV-FM Sp. z o.o., pomimo przywołania jako podstawy prawnej zarzutu całego art. 7 i 29, nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych powiązanych z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp (przygotowywanie zamówienia oraz jego prowadzenie przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm). Podobnie w przypadku art. 29 ust. 3.

Odwołujący TP EmiTel Sp. z o.o. wskazywał na nieprzewidywalność zmian w przedmiocie zamówienia i tym samym wadliwości opisu tego przedmiotu oraz fakt, iż „urynkowanie ceny umowy” oraz „dostosowanie do najlepszych parametrów świadczonych usług” prowadzić będzie do sytuacji, w której w oderwaniu od warunków postępowania przetargowego (oceny ofert) podmiot zewnętrzny (arbiter) będzie ustalał cenę za świadczone usługi. Podniósł również, że nawet zamawiający nie jest w stanie w tak długiej perspektywie (10 lat) określić wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością, skoro sam ocenia, że należy dążyć do zmiany ceny. Wskazywał, że w warunkach prowadzonego postępowania każdy z wykonawców inaczej będzie identyfikował poszczególne ryzyka, co doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert, a nadto, że w wyniku zastosowania postanowień § 8 wzoru umowy zmieni się przede wszystkim treść oferty jako oświadczenia woli wykonawcy i co doprowadzi do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli, która nie jest przewidywalna (akceptowalna) w momencie złożenia oferty. Zwracał uwagę na niejednoznaczność i nieostrość użytych określeń, tj. „najlepsza oferta rynkowa”, „warunki rynkowe”, „urynkowanie”.

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. argumentował, że wprowadzony mechanizm urynkowania jest nierównoprawny i krzywdzący dla wykonawcy, ponieważ obciąża negatywnymi skutkami ewentualnych zmian rynkowych w trakcie trwania zamówienia wyłącznie wykonawcę, podkreślając niejasność, nierealność i sprzeczność postanowienia § 8 ust. 1 wzoru umowy z wymogiem jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz fakt, że zamawiający pomija ogromne nakłady inwestycyjne, które wykonawca zobowiązany jest ponieść, aby wykonać zamówienie, a których zwrot zakładany jest przez cały okres obowiązywania umowy. Wskazał także, że zamawiający nie może kwestionować określonego w ofercie wykonawcy wynagrodzenia za usługę, poprzez porównywanie jej do usług oferowanych na rynku po kilku latach od wyboru tej oferty, a nadto, że zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy wymiany sprzętu na nowszy technologicznie, jaki pojawi się za kilka lat, jeżeli poprzedni został zakupiony w celu wykonania umowy przez cały okres jej obowiązywania.

Odwołujący INFO-TV-FM Sp. z o.o. argumentował podobnie, że świadczenie usługi opisanej w umowie wiąże się z poniesieniem kosztów inwestycyjnych, zaś wykonawca ma

prawo oczekiwać stabilności swojego wynagrodzenia. Podniósł, iż możliwość uzyskiwania na rynku w kolejnych latach trwania umowy takich samych usług za mniejszą cenę np. z powodu zmian technologicznych, czy też zmian cen sprzętu, nie powinno mieć wpływu na istniejący już stosunek prawny, bowiem raz poczynione wydatki inwestycyjne nie mogą być ponoszone ponownie w mniejszym stopniu.

Zamawiający dopuszczalność przewidzianego mechanizmu urynkowienia oparł na przepisie art. 144 ustawy Pzp.

Izba zważyła w tym względzie, co następuje.

Zgodnie z § 8 ust. 1 wzoru umowy: „W związku z faktem, że Umowa ma charakter długoterminowy oraz wobec zobowiązań Wykonawcy określonych w § 3 pkt 8 Umowy dotyczących monitorowania warunków rynkowych Usług, Wykonawca zobowiązuje się, że warunki finansowe świadczonych Usług lub ich poszczególnych elementów, będą odpowiadały przez cały okres obowiązywania Umowy najlepszym ofertom rynkowym (...). Zobowiązanie Wykonawcy obejmuje zarówno wysokość ceny za świadczone Usługi, jak i parametry świadczonych Usług.”

Po pierwsze stwierdzić należy, że wbrew literalnemu brzmieniu tytułu § 8 wzoru umowy - „Urynkowienie wysokości wynagrodzenia”, jednostka ta odnosi się zarówno do „urynkowienia” wynagrodzenia, jak i „urynkowienia” parametrów świadczonej usługi, co wynika wprost z treści zdania ostatniego („Zobowiązanie (...) obejmuje (...) parametry świadczonych Usług”). Zatem jako „urynkowienie wysokości wynagrodzenia” rozumieć należy zarówno „urynkowienie wynagrodzenia”, jak i „urynkowienie parametrów”.

Uzasadnieniem wprowadzenia „urynkowienia”, co wynika ze zdania pierwszego ustępu 1, był dla zamawiającego długoterminowy charakter umowy.

W ocenie Izby wskazane postanowienie umowne stoi w sprzeczności z celem ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wyłonienia z zastosowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawcy konkretnego zamówienia (w tym przypadku usługi), opisanego przez zamawiającego w sposób przewidziany w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (w tym przypadku w załączniku nr 3 do SIWZ), w odniesieniu do którego wykonawcy składają oferty zawierające ceny skalkulowane dla konkretnie opisanego przedmiotu zamówienia. Na rozprawie odwołujący podnosili, że zmiany technologiczne, jakie muszą nastąpić w zakreślonym przez zamawiającego 10-letnim okresie obowiązywania umowy wymuszą także zmianę załącznika nr 3 do umowy, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, przykładowo wskazując na pkt I.1, zdanie ostatnie, gdzie wskazano konkretny standard, pkt III, gdzie mowa o przepływności, a także na pkt II lit. A pkt 2, gdzie mowa o platformie teleinformatycznej, wskazując, że inny standard kodowania sygnałów wizyjnych oznacza właśnie zmianę wskazanych konkretnie standardów w pkt II.1, a co za tym idzie

konieczność zakupu nowych urządzeń, a co najmniej oprogramowania. Zamawiający twierdzeniem tym nie przeczył.

Izba wskazuje, że zamawiający, wprowadzając „mechanizm urynkowienia” pominął zupełnie zakaz i konsekwencje zakazu wynikające z przepisu art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z pierwszym ze wskazanych przepisów „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”. Nie sposób w tym miejscu nie wskazać, że z kolei oferta musi być zgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ - w przeciwnym przypadku oferta taka musiałaby zostać odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), a do wyboru tej oferty nie mogłoby w ogóle dojść.

Biorąc powyższe pod uwagę i przepis art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” należy przyjąć, że w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia w ofercie umowa jest nieważna.

Wskazany przepis art. 140 stanowi *lex specialis* względem unormowania art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 140 odnosi się wyłącznie do przedmiotu zamówienia, zaś art. 144 odnosi się do wszystkich innych korekt zobowiązania.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym zamawiający niezbędną mu usługę opisał z zastosowaniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w załączniku nr 3 do SIWZ i uznać należy, że tylko ten zakres wskazanej usługi poddał reżimowi ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, wprowadzając mechanizm urynkowienia powoływał się na długotrwały charakter umowy.

Wskazać jednak należy, że wyjątkową jedynie dopuszczalność zawarcia umowy na okres dłuższy niż czteroletni (art. 142 ust. 2 ustawy Pzp) należy wiązać także z zawartym w tym przepisie założeniem ustawodawcy, że taka perspektywa czasowa pozwala na poczynienie wystarczająco stabilnych ustaleń co do parametrów zamawianych dostaw czy usług oraz ich cen (ewentualnie z zastosowaniem klauzuli waloryzacyjnej). Postępowanie zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej w perspektywie całego okresu jej obowiązywania. Zamawiający nie może więc zakładać, że wybór ten będzie jedynie „czasowy”, czy „warunkowy”, związany ze zmianami technologicznymi czy innej natury.

Zamawiający winien więc tak oznaczyć czas trwania umowy, aby on sam był w stanie prawidłowo przygotować postępowanie w tym opisać i oszacować przedmiot zamówienia, zgodnie z nałożonymi na niego obowiązkami (art. 29 i nast.), a także aby wykonawcy byli w stanie zweryfikować we wskazanej perspektywie czasowej swoje możliwości sprostania wymogom zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia i adekwatnie do tych wymogów skalkulować cenę i złożyć ofertę.

Przeniesienie ustalenia wynagrodzenia (ceny usługi) przez zamawiającego i wykonawcę na etap po zawarciu umowy prowadziłoby w istocie do ustalania wynagrodzenia (ceny) zależnego od woli samych stron, z pominięciem mechanizmu konkurencji, a i zasady równości, ponieważ żaden inny wykonawca, który złoży ofertę w tym postępowaniu nie będzie już mógł złożyć swojej oferty i konkurować z ofertą, jaką złoży wykonawca - strona umowy - zamawiającemu.

Brak jest także w przepisach Prawa zamówień publicznych podstaw do odmiennego traktowania obowiązku zamawiającego co do opisu przedmiotu zamówienia ze względu na stopień skomplikowania i złożoności, a w konsekwencji wartość przedmiotu zamówienia, co podnosił na rozprawie zamawiający. Przeczy temu literalne brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a także to, iż ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera przepisy różnicujące obowiązki zamawiającego ze względu na wartość zamówienia (np. art. 26 ust. 1, 38 ust. 4a, 43, 45, 90 ust. 4, 147 ust. 3 ustawy Pzp).

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu usunięcie § 8 ust. 1 wzoru umowy, a w konsekwencji również § 8 ust. 3 wzoru umowy, ponieważ niedopuszczalność mechanizmu urynkowienia przesądza także o niedopuszczalności powołania i działania arbitra, którego rolą miało być rozstrzygnięcie sporów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą - stroną umowy w zakresie wystąpienia podstaw do urynkowienia wysokości wynagrodzenia (§ 8 ust. 3 zdanie pierwsze).

Izba nakazała także usunięcie § 3 ust. 4 pkt 8 i 9 oraz § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, ponieważ nakaz usunięcia § 8 ust. 1 i 3 czyni regulacje objęte § 3 ust. 4 pkt 8 i 9 oraz § 4 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy bezprzedmiotowymi i bezcelowymi.

Dodatkowo Izba wskazuje, że w następstwie nakazania usunięcia § 8 ust. 1 i 3 wzoru umowy, pozostawienie ust. 2 § 8 w brzmieniu nadanym modyfikacją SIWZ z dnia 14.12.2009 r. jest bezcelowe.

Zarzut odnośnie zasad fakturowania w ramach Rozdziału III „Wynagrodzenie i koszty wykonywania Umowy”, tj. § 9 ust. 3 - 5 i 8 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.)

Odwołujący INFO-TV-FM Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu:

odnośnie § 9 ust. 3 - naruszenia art. 7 oraz 29 ustawy Pzp, przy czym pomimo przywołania jako podstawy prawnej zarzutu całego art. 7 i 29, nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych powiązanych z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp (przygotowywanie zamówienia oraz jego prowadzenie przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm). Podobnie w przypadku art. 29 ust. 3.

Odwołujący TP EmiTel Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu:

odnośnie § 9 ust. 4 - naruszenia art. 147 - 151 ustawy Pzp, ze względu na ustanowienie innego niż przewidziane w tych artykułach zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

odnośnie § 9 ust. 5 - naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług VAT oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy,

odnośnie § 9 ust. 8 - naruszenia art. 29 ust. 1 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c.

Oceniając treść § 9 ust. 3 i 8 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ - jak wcześniej wskazano - przepis ten w przypadku postanowień umownych, które nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie znajduje zastosowania.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

Oceniając treść § 9 ust. 4 i 8 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Izba uznała, że wobec nie wskazania przez odwołującego, które z kryteriów swobody kontraktowej naruszył zamawiający (ani argumentacji z nimi związanej) brak jest podstaw uwzględnienia zarzutu.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 i 29 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c.

Oceniając treść § 9 ust. 4 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z art. 147 - 151 ustawy Pzp Izba uznała, że brak w tym przypadku podstaw, aby przyjąć, że powstrzymanie się zamawiającego z zapłatą wynagrodzenia prowadzi do ustanowienia innego niż przewidziane w tych artykułach zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ponieważ wynagrodzenie należy się wykonawcy o tyle, o ile usługa została wykonana należycie. W sytuacji zatem, gdy istnieje spór co do tego, czy wynagrodzenie wykonawcy się należy, to nie sposób przyjąć, że zamawiający zatrzymuje pieniądze wykonawcy, a zatem, że z tych pieniędzy ustanawia dodatkowe zabezpieczenie. Jak podnosił zamawiający w odpowiedzi na protest „w przypadku korzystnego dla Wykonawcy rozstrzygnięcia Zamawiający będzie zmuszony do poniesienia konsekwencji opóźnionej płatności”.

Odnośnie podniesionego naruszenia, w przypadku § 9 ust. 5 wzoru umowy, przepisów ustawy o podatku od towarów i usług VAT oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy, Izba uznała, że nie jest właściwa do rozpoznania wskazanego zarzutu pod tym kątem, podtrzymując argumentację podniesioną wcześniej odnośnie preambuły do wzoru umowy (ustawa o radiofonii i telewizji).

Zarzut odnośnie wysokości zabezpieczenia, tj. § 16 ust. 1 i 2 wzoru umowy w ramach Rozdziału V „Zabezpieczenia należytego wykonania Umowy” (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.) ze wskazaniem na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 150 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący podnosili niespójność pojęć, jakimi posłużył się zamawiający w pkt. 6.5., 16.1. SIWZ i § 16 ust. 1 wzoru umowy, powodującą trudności w jednoznacznym określeniu podstawy obliczenia zabezpieczenia.

Na podstawie brzmienia pkt. 6.5., 16.1. SIWZ oraz § 16 ust. 1 wzoru umowy Izba ustaliła, że o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy mowa jedynie w pkt. 16.1. SIWZ oraz § 16 ust. 1 wzoru umowy.

Zamawiający nadał § 16 ust. 1 wzoru umowy brzmienie: „Wysokość zabezpieczenia wynosi 2% wartości nominalnej zobowiązania Zamawiającego wynikającej z Umowy”.

Jednocześnie w pkt. 16.1. SIWZ zamawiający wskazał swoje wymagania - warunki odnośnie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie:

1. terminu wniesienia zabezpieczenia, żądając, aby zostało ono wniesione przed podpisaniem umowy,
2. wysokości zabezpieczenia, żądając, aby wynosiło ono 2% całkowitej ceny brutto podanej w ofercie,
3. form zabezpieczenia, wskazując dwie z pięciu pozostawionych w ustawie do wyboru wykonawcy form tego zabezpieczenia (pismem z dnia 14.12.2009 r. zamawiający zmodyfikował swoje wymagania odnośnie form zabezpieczenia, wskazując wszystkie pięć form zabezpieczenia, przewidzianych w przepisie art. 148 ust. 1 ustawy Pzp).

Całkowita cena brutto, co wynika z treści wzoru Załącznika nr 1 do SIWZ (Formularz oferty) zostanie przez wykonawców podana w tabeli w poz. 3, stanowiąc sumę dwóch wcześniejszych pozycji.

Oświadczeniem o treści pkt. 6 Załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca zobowiąże się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy: „w wysokości 2% ceny ofertowej brutto, na warunkach i w sposób określony we wzorze umowy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Treść § 16 ust. 1 wzoru umowy wskazuje wysokość zabezpieczenia jako 2% wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającej z umowy.

Wykonawcy zobowiążą się (pkt 6 Załącznika nr 1 do SIWZ) do wniesienia zabezpieczenia w wysokości wskazanej w pkt. 16.1. SIWZ.

W ocenie Izby są to dwie te same wysokości, choć inaczej określone. Taki wniosek jest uzasadniony na podstawie dalszych ustaleń.

Wobec żądania zamawiającego, aby zabezpieczenie zostało wniesione przed podpisaniem umowy, uznać należy, że w momencie zawierania umowy (podpisywania umowy) zabezpieczenie należytego wykonania umowy będzie już przez wykonawcę, który złożył zwycięską ofertę złożone, a zatem jedynym postanowieniem, które posłużyć może wykonawcy do ustalenia jego obowiązku i wywiązania się z niego może być wyłącznie treść pkt. 16.1. SIWZ, nie zaś § 16 ust. 1 wzoru umowy.

§ 16 ust. 1 wzoru umowy w ogóle nie nakłada na wykonawcę żadnego obowiązku (§ 16 ust. 1 jest jedynie stwierdzeniem) ani w momencie wnoszenia zabezpieczenia, ani tym bardziej później wobec oczywistego faktu, że po raz drugi wykonawca zabezpieczenia wносił nie będzie (co najwyżej wykonawca zmieni w trakcie realizacji zamówienia formę zabezpieczenia, ale nie jego wysokość - art. 149 ust. 1 ustawy Pzp).

Nie nastąpi zatem przypadek kolizji odnośnie wiążącej wykonawców wysokości zabezpieczenia.

§ 16 ust. 1 wzoru umowy potwierdza jedynie fakt uprzedniego wniesienia przez wykonawcę - stronę umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wobec powyższego Izba uznała brak podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 ustawy Pzp, a także 150 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba uznała, że odwołujący TP EmiTel Sp. z o.o. nie podtrzymał na etapie odwołania zarzutu zbyt wygórowanej wysokości zabezpieczenia, ponieważ z treści odwołania wynika jedynie stanowisko co do zabezpieczenia w kontekście wzrostu cen ofertowych, będących konsekwencją wyznaczonej wielkości zabezpieczenia.

Zarzut odnośnie konfliktu interesów, tj. § 18 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.)

Odwołujący TP EmiTel Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c.

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący INFO-TV-FM Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 i 29 ustawy Pzp, przy czym nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych powiązanych z art. 7 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Podobnie w przypadku art. 29 ust. 3.

Pierwotna wersja SIWZ, którą zakwestionowali odwołujący w protestach z dnia 23.11.2009 r. (TP EmiTel Sp. z o.o.) oraz 27.11.2009 r. (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.) zawierała § 18 w brzmieniu: „W trakcie obowiązywania Umowy, Wykonawca nie będzie podejmował żadnych działań, które naruszałoby interes

Zamawiającego, a w szczególności prowadziły do powstania konfliktu interesu Wykonawcy wobec Zamawiającego”.

Postanowienie § 18 zostało przez zamawiającego zmienione, pismem z dnia 14.12.2009 r. (znak: 06/TMV/2009), poprzez dodanie zdania drugiego w brzmieniu: „W każdym przypadku powołanie się na konflikt interesów musi być uzasadnione oraz zgodne z ogólną regułą dowodową przewidzianą w art. 6 k.c.”

Wobec powyższego uznać należy, że w dacie wniesienia odwołania postanowienie § 18 w brzmieniu ustalonym w pierwotnej wersji SIWZ (co do całości) już nie obowiązywało, a zatem nie mogło naruszać interesu prawnego odwołującego - postanowienia takiego w przedmiotowym postępowaniu w oprotestowanym brzmieniu już nie było (i nie ma).

Oceny § 18 nie można dokonać w oderwaniu od treści dodanej w dniu 14.12.2009 r.

Izba uznała, że również w tym przypadku rozpoznanie treści § 18 wzoru umowy w nowym brzmieniu nie jest możliwe, podtrzymując w tym zakresie uzasadnienie zawarte powyżej, odnoszące się do zarzutu „waloryzacji wynagrodzenia”.

Zarzut odnośnie poufności, tj. § 19 wzoru umowy (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.).

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu, że w/w postanowienie wzoru umowy jest niejasne i krzywdzące, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz 353¹ k.c. (petitum protestu i odwołania).

Oceniając treść § 19 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ - jak wcześniej wskazano - przepis ten w przypadku postanowień umownych, które nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie znajduje zastosowania.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

Oceniając treść § 19 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Izba uznała, że wobec nie wskazania przez odwołującego, które z kryteriów swobody kontraktowej naruszył zamawiający (ani argumentacji z nimi związanej) brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Zarzut odnośnie kontroli finansowej w ramach Rozdziału VII „Kontrola prawidłowości wykonywania Umowy”, tj. § 20 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.) potwierdził się.

Postanowienie § 20 zostało przez zamawiającego zmienione pismem z dnia 14.12.2009 r. (06/TMV/2009), poprzez dodanie zdania o treści: „W celu uniknięcia wątpliwości kontrola, o której mowa, nie obejmuje kryteriów finansowych, przyjętych przez Wykonawcę dla celów sporządzenia oferty, na podstawie której została zawarta Umowa”.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że zdanie to stanowi nowy ustęp, tj. ustęp 15 § 20, co pozwala przyjąć, że pierwotna i zmieniona treść § 20 ust. 1 - 14 pozostały bez zmian.

Izba, pomimo zmiany literalnego brzmienia § 20 rozpoznała zarzut jego naruszenia, ponieważ wprowadzona zmiana nie dotyczyła w jakimkolwiek zakresie przewidzianych kontroli na etapie po zawarciu umowy, a zatem kwestia ta była i nadal jest w niezmienny sposób objęta regulacją tego paragrafu.

Kontrole: finansowa i techniczna, jakie zamawiający przewidział i opisał w § 20 i 21 zostały zawarte w Rozdziale VII zatytułowanym „Kontrola prawidłowości wykonywania Umowy”, wobec czego uznać należy, że celem przeprowadzania tych kontroli u wykonawcy jest prawidłowe - należyte wykonanie umowy.

W tym miejscu wskazać zatem należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 147 i nast. przewiduje dla zamawiającego szczególne uprawnienie, tj. prawo żądania wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Uprawnienie to ma chronić zamawiającego przed nienależytym wykonaniem umowy, a zatem zbieżne jest z celem wprowadzenia przez zamawiającego postanowień § 20 i 21.

Wysokość zabezpieczenia została określona w art. 150 ust. 2 ustawy Pzp na od 2 do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym zamawiający przewidział zabezpieczenie na najniższym ustawowo dopuszczalnym poziomie, tj. w wysokości 2% (pkt 16.1. SIWZ), co prowadzić musi do wniosku, że taka wielkość zabezpieczenia została przez zamawiającego uznana za wystarczającą dla ochrony jego interesów przed niewykonaniem (a tym bardziej przed nienależytym wykonaniem) umowy.

Skoro zatem zamawiający nie w pełni wykorzystał prawem przewidziane możliwości zabezpieczenia wykonania umowy, to sięganie po kolejne jest nieuzasadnione.

W ocenie Izby instytucja zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest jedyną, po jaką może sięgnąć zamawiający w umowach zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przemawia za tym w szczególności fakt, że taki tylko sposób zabezpieczenia umowy został przewidziany w ustawie, a także to,

że jest to instytucja szczególna, po którą może sięgnąć jedynie zamawiający stosujący ustawę Prawo zamówień publicznych bez możliwości sprzeciwu ze strony wykonawcy.

Izby nakazuje zatem zamawiającemu usunięcie § 20.

Konieczność usunięcia § 20 jest także konsekwencją uznania przez Izbę niezgodności § 8 z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ kontrola ta służyć miała realizacji celu, polegającego na „urynkowaniu wynagrodzenia i parametrów”.

Zarzut odnośnie kontroli technicznej w ramach Rozdziału VII „Kontrola prawidłowości wykonywania Umowy”, tj. § 21 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.) potwierdził się.

Izby nakazuje zamawiającemu usunięcie § 21 wzoru umowy, uznając aktualność argumentacji zawartej powyżej odnośnie kontroli finansowej w zakresie instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz w konsekwencji uznania przez Izbę niezgodności § 8 z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty odnośnie odpowiedzialności i kary umownej, tj. § 22 wzoru umowy w ramach Rozdziału VIII „Odpowiedzialność Wykonawcy” (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.) ze wskazaniem na naruszenie art. 7 i 29 ustawy Pzp oraz art. 484 § 2 i art. 353¹ k.c.

Odwołujący wskazywali na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, rażąco wygórowany charakter zastrzeżonych przez zamawiającego kar umownych oraz niejasność określenia podstaw ich żądania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że pismem z dnia 14.12.2009 r. (06/TMV/2009) zamawiający zmienił postanowienie § 22 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy, poprzez skreślenie cyfry „8”, § 22 ust. 3 pkt 2, poprzez zmniejszenie kwoty 100 tysięcy złotych do 50 tysięcy złotych, a także § 22 ust. 4, poprzez nadanie mu w całości nowego brzmienia.

Izba nie może obecnie odnieść się do naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy w zakresie postanowień § 22 ust. 3 pkt 2 i ust. 4 wzoru umowy w brzmieniu objętym treścią SIWZ, zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13.11.2009 r., ponieważ w dacie wniesienia odwołania postanowienia § 22 ust. 3 pkt 2 oraz ust. 4 w brzmieniu ustalonym w pierwotnej wersji SIWZ już nie obowiązywały, a zatem nie mogły naruszać interesu prawnego odwołujących - postanowień tych w przedmiotowym postępowaniu - w oprotestowanym brzmieniu - już nie było (i nie ma).

Izba podtrzymuje w tym zakresie uzasadnienie zawarte powyżej, odnoszące się do zarzutu „waloryzacji wynagrodzenia”.

Izba uznała, że również w tym przypadku rozpoznanie treści § 22 ust. 3 pkt 2 oraz ust. 4 wzoru umowy w nowym brzmieniu nie jest możliwe, podtrzymując w tym zakresie uzasadnienie zawarte powyżej, odnoszące się do zarzutu „waloryzacji wynagrodzenia”.

Ze względu na wskazaną powyżej modyfikację i jej konsekwencje, Izba mogła się odnieść wyłącznie do zarzutów w części dotyczącej § 22 ust. 1 i 2, ust. 3 pkt 3 oraz ust. 5 wzoru umowy oraz § 22 ust. 3 pkt 1 w odniesieniu do wskazanych tam pkt. 7 i 9.

Rozpoznawane zarzuty dotyczą zatem § 22 ust. 1 i 2, ust. 3 pkt 1 i 3 oraz ust. 5 wzoru umowy w brzmieniu:

1. W przypadku każdorazowego niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę któregośkolwiek z obowiązków wynikających z Umowy lub z przepisów prawa, w tym stwierdzonych podczas kontroli prawidłowości wykonywania Umowy, Zamawiający ma prawo według swojego wyboru do:
 - 1) pisemnego upomnienia Wykonawcy wraz z warunkowym zawieszeniem naliczenia kary umownej liczonej zgodnie z pkt. 2 poniżej, na okres określony przez Zamawiającego w upomnieniu,
 - 2) nałożenia na Wykonawcę kary umownej w wysokości do 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych), chyba że z ustępów poniższych wynika wyższa kwota zastrzeżonej kary umownej.
2. O stwierdzonych przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy, Zamawiający powiadomi Wykonawcę na piśmie i poinformuje o nałożeniu kary umownej i jej wysokości, określonej w ust. 1 pkt 2 niniejszego paragrafu.
3. W przypadku każdorazowego naruszenia przez Wykonawcę, któregośkolwiek z postanowień:
 - 1) § 3 ust. 4 pkt 7 i 9 Umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 50.000 (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych),
 - 2) § 3 ust. 4 pkt. 11 i 12, § 19, 20 i 21 Umowy, w trakcie obowiązywania Umowy lub po jej rozwiązaniu lub wygaśnięciu, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych).
5. W przypadku nieprawidłowości dotyczących Łącza, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kar umownych na następujących zasadach:
 - 1) w przypadku, gdy łączny czas przerw w działaniu Łącza, z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, przekroczy 316 (słownie: trzysta szesnaście) sekund w danym roku obowiązywania Umowy, Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 100 zł (słownie: sto złotych) za każdą rozpoczętą minutę przerwy w działaniu Łącza ponad próg 316 (słownie: trzystu

szesnastu) sekund. Łączny okres przerw w działaniu łącza będzie określany na podstawie wskazań urzędzeń Zamawiającego,

2) za każde rozpoczęte 60 (słownie: sześćdziesiąt) minut, w których przepustowość łącza będzie, z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, mniejsza niż określona w Załączniku Nr 3, Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 3 000 zł (słownie: trzy tysiące złotych). Poziom przepustowości łącza będzie określany na podstawie wskazań urzędzeń Zamawiającego,

3) za każde rozpoczęte 10 (słownie: dziesięć) minut opóźnienia, z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, w czasowym zwiększeniu przepustowości łącza, Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 000 zł (słownie: jednego tysiąca złotych), jeżeli Zamawiający zgłosił polecenie czasowego zwiększenia przepustowości łącza zgodnie z postanowieniami Załącznika Nr 3. Poziom przepustowości łącza będzie określany na podstawie wskazań urzędzeń Zamawiającego.

6. W przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, będzie on zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości równej 10% (słownie: dziesięć procent) wartości nominalnej zobowiązania Zamawiającego wynikającej z Umowy."

Postanowienia § 22 wzoru umowy nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ustawy Pzp. Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

Oznacza to, że odwołujący nie mogą oczekiwać posługiwania się przez zamawiającego w postanowieniach § 22 wzoru umowy sformułowaniami, które czyniłyby zadość rygorystycznym wymogom przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Stopień precyzji przyjęty przez zamawiającego przy opisie zdarzeń powodujących obowiązek zapłaty kary umownej nie narusza obowiązujących norm. Przeciwnie, jak podkreślał zamawiający, stanowi powtórzenia sposobu formułowania podstaw żądania kar umownych z art. 483 § 1 k.c. Żadnego naruszenia w tym zakresie (poza art. 29 ustawy Pzp) odwołujący nie wskazali.

Ponownie Izba wskazuje, że skoro do umów o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisu ustawy Pzp nie stanowią inaczej (art. 139 ustawy Pzp), a brak w ustawie regulacji dotyczących stopnia uogólnienia czy szczególności postanowień umownych, to uznać należy, że brak jest podstaw, aby umowę o udzielenie zamówienia publicznego traktować w tym zakresie odmiennie od innych umów

cywilnoprawnych funkcjonujących w obrocie prawnym, a zatem aby nie można było również w tym przypadku stosować pojęć nieostrych, elastycznych.

Zamawiający mógłby poprzestać na przytoczeniu brzmienia art. 484 § 1 k.c. i wskazaniu wysokości kary. Stosowanie przez zamawiającego w postanowieniach umownych pojęć nieostrych rodzi konsekwencje i dla samego zamawiającego, bowiem na podstawie takiego brzmienia umowy zamawiający będzie musiał wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania i nienależytego wykonania zobowiązania.

Nie sposób także pominąć, że w § 4 wzoru umowy zamawiający nałożył na siebie obowiązek dochowania najwyższej staranności profesjonalnej przy wykonywaniu umowy, uwzględniającej fakt, iż zawiera on umowę dla realizacji interesu publicznego.

Odnosząc się do kwestii rażącego poziomu kar umownych stwierdzić w pierwszej kolejności należy, że w praktyce orzeczniczej próżno by szukać jednolitych przesłanek miarkowania kar umownych, a tym samym oceny, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąca.

Niezależnie od tej trudności ocena charakteru zastrzeżonych kar umownych wymaga wskazania miernika, do którego wysokość kary może być przyrównana.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11.10.2007 r. (sygn. akt IV CSK 181/07) przyjął, że kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. W ocenie Izby właśnie to kryterium powinno być w przypadku umów o zamówienie publiczne podstawowym, skoro jedynie zgodna z wymogami SIWZ realizacja umowy ma prowadzić do zaspokojenia określonych „potrzeb publicznych”, a co wiązać należy z kompensacyjną przede wszystkim funkcją kary umownej (kara rekompensuje fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania publicznego przez dłużnika). Co więcej, w umowach o zamówienie publiczne, szczególnego znaczenia - ze względu na publiczny charakter zamówienia - nabiera również stymulacyjno - represyjna funkcja kary umownej.

Argumentacja odwołujących odnosiła się do miernika w postaci wynagrodzenia z tytułu świadczonych usług transmisji sygnału telewizyjnego w technologii analogowej, pomijała natomiast następstwa uchybień objętych karą (szkoda zamawiającego). Odwołujący wskazywali wprawdzie na miernik zysku zamawiającego (jednego z ośrodków regionalnych) z reklam, ale uznać należy, że obecne zasady emisji reklam i ich ceny w okresie 10 lat mogą ulec zmianie w tym na niekorzyść zamawiającego.

Wysokość samego wynagrodzenia była między stronami sporna.

Opinia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 09.11.2006 r. dla rozstrzygnięcia tego sporu nie może być kluczowa, ponieważ pochodzi z okresu znacznie wcześniejszego i odnosi się do cen usług transmisji sygnału telewizyjnego w technologii analogowej, tj. technologii innej niż zamawiana w ramach przedmiotowego postępowania

przetargowego. Przede wszystkim jednak należy wskazać, że cena usług transmisji sygnału w technologii cyfrowej musi uwzględniać wymagania i ryzyka wynikające z opracowanej przez zamawiającego treści SIWZ, w tym w szczególności Załącznika nr 3 i wzoru umowy. W tym zakresie odwołujący nie wskazywali żadnych wielkości.

Warto także wskazać, że w literaturze podkreśla się, że kara umowna ma kompensować negatywne następstwa niewykonania zobowiązania, których zakres nie jest zdeterminowany wartością świadczenia pierwotnego.

Wobec możliwości poznania miernika w postaci wysokości odszkodowania należnego zamawiającego dopiero na etapie realizacji umowy, Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż nie ma kar rażąco wygórowanych a priori.

Nie bez znaczenia jest także fakt, iż kwestionowane postanowienia § 22 wzoru umowy nie uruchamiają automatycznie naliczania i żądania zapłaty kary, ale przewidują, niezależnie od instytucji miarkowania kar umownych (art. 484 § 2 k.c.) po pierwsze możliwość pisemnego upomnienia wykonawcy przez zamawiającego w miejsce naliczenia kary umownej (§ 22 ust. 1 pkt 1), a także możliwość obniżenia wysokości, a nawet anulowania kary w przypadku, gdy wykonawca wykaże nieadekwatność zastrzeżonej kary umownej lub jej wysokości do stopnia i skutków naruszenia.

Wskazane uregulowania wskazują w ocenie Izby na racjonalne podejście zamawiającego do postanowień w zakresie kar umownych.

W kwestii nierównego ukształtowania praw stron umowy w zakresie kar umownych Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż różnica rodzajowa świadczeń determinuje w tym przypadku zróżnicowanie treści umowy, a nadto, że poszukiwanie natury stosunku zobowiązaniowego w postanowieniach o akcydentalnym charakterze (kary umowne) jest niezasadne.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 i 29 ustawy Pzp oraz art. 484 § 2 i art. 353¹ k.c.

Ze względu jednak na nakazanie zamawiającemu usunięcia § 8, 20 i 21 Izba nakazała także zamawiającemu usunięcie z § 22 ust. 1 zdania „w tym stwierdzonych podczas kontroli prawidłowości wykonywania Umowy” oraz usunięcie z § 22 ust. 3 pkt 3 punktów 20 i 21.

Zarzuty odnośnie zapłaty kary umownej w ramach Rozdziału VIII „Odpowiedzialność Wykonawcy”, tj. § 23 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. - jedynie § 23 ust. 2) ze wskazaniem na naruszenie art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 2 i art. 353¹ k.c.

Odnośnie postanowień § 23 ust. 3 i 4 wzoru umowy, kwestionowanych przez TP EmiTel Sp. z o.o., Izba uznała, że nie sposób przypisać zamawiającemu w tym zakresie naruszenia jakiegokolwiek przepisu (kodeksu cywilnego). Zamawiający, nadając ustępowi 3 kwestionowane przez odwołującego brzmienie, skorzystał jedynie z prawa zastrzeżonego w art. 484 § 1 k.c. dla zamawiającemu jako wierzyciela świadczenia niepieniężnego.

Trudno także uznać, aby odwołujący miał interes prawny w kwestionowaniu postanowienia ust. 4 skoro jest ono ewidentnie korzystne dla odwołującego.

Odnośnie postanowienia § 23 ust. 1 wzoru umowy Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż odwołujący TP EmiTel Sp. z o.o. błędnie je odczytał. Z brzmienia wskazanego postanowienia wynika, iż ponowne nałożenie kary nie dotyczy tego samego naruszenia, ale nowego naruszenia, polegającego na nie usunięciu naruszenia, które uprzednio spowodowało nałożenie kary.

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. argumentował, iż zgodnie z Rozdziałem V wzoru umowy na zabezpieczenie należytego wykonania umowy wykonawca składa zabezpieczenie wobec czego brak jest podstaw, aby kary umowne potrącać z zobowiązań zamawiającego wobec wykonawcy (str. 12 pkt 14 protestu).

Izba uznała zasadność tego zarzutu.

Postanowienia § 23 ust. 2 zdanie drugie wzoru umowy w brzmieniu: „ Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie powyższych kar umownych ze wszystkich zobowiązań zamawiającego wobec Wykonawcy” jest sprzeczne z ustawą, tj. art. 147 ust. 2 oraz 150 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przewidziana przez zamawiającego tym postanowieniem umownym możliwość potrącania kar umownych z zobowiązań zamawiającego wobec wykonawcy stanowi dodatkowe, wobec ustawowo dopuszczonego i wybranego przez samego zamawiającego, zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym zamawiający wyznaczył wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pkt. 16.1.SIWZ (2% całkowitej ceny brutto) i dopuścił możliwość jego wniesienia jedynie w formach, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 16.1.1 i 16.1.2 SIWZ w pierwotnym brzmieniu oraz modyfikacja z dnia 14.12.2009 r. pkt 3). Tym samym zamawiający nie zażądał i nie dopuścił innego sposobu wniesienia zabezpieczenia, tj. przewidzianego w art. 150 ust. 3 ustawy Pzp.

Właśnie biorąc pod uwagę przepis art. 150 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje, że jednym ze sposobów tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku

umów zawieranych na okres dłuższy niż rok, są potrącenia z należności za częściowo wykonane usługi sprzeczność ta jest szczególnie jaskrawa.

Izba za aktualny uznaje także argument, iż postawienie wymogu odnośnie zabezpieczenia na najniższym ustawowo przewidzianym poziomie musi prowadzić do wniosku, że taki poziom zabezpieczenia został przez zamawiającego uznany za wystarczający dla ochrony jego interesów przed niewykonaniem (a tym bardziej przed nienależytym wykonaniem) umowy. Skoro zatem zamawiający nie w pełni wykorzystał prawem przewidziane możliwości zabezpieczenia wykonania umowy, to sięganie po kolejne jest nieuzasadnione.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu usunięcie z § 23 ust. 2 wzoru umowy zdania drugiego w brzmieniu: „ Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie powyższych kar umownych ze wszystkich zobowiązań zamawiającego wobec Wykonawcy”.

Zarzut odnośnie ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy za utracone korzyści w ramach Rozdziału VIII „Odpowiedzialność Wykonawcy” , tj. § 25 wzoru umowy (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.) (TP EmiTel Sp. z o.o. - brak zarzutu, żądanie umieszczenia w § 25 wzoru umowy symetrycznego postanowienia)

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu, że w/w postanowienie wzoru umowy jest niejasne i krzywdzące, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz 353¹ k.c. (petitum protestu i odwołania).

Oceniając treść § 25 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ - jak wcześniej wskazano - przepis ten w przypadku postanowień umownych, które nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie znajduje zastosowania.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

Oceniając treść § 25 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Izba uznała, że wobec nie wskazania przez odwołującego, które z kryteriów swobody kontraktowej naruszył zamawiający (ani argumentacji z nimi związanej) brak jest jakichkolwiek podstaw uwzględnienia zarzutu.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c.

Zarzuty odnośnie rozwiązania umowy przez zamawiającego w ramach Rozdziału IX „Obowiązanie i Zakończenie Umowy”, tj. § 28 ust. 1 pkt 1 i 2, 4 - 6, ust. 2 - 4 wzoru umowy w ramach rozdziału „Obowiązanie i zakończenie umowy” (TP EmiTel Sp. z o.o., Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. oraz INFO-TV-FM Sp. z o.o.)

Odwołujący TP EmiTel Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, 7 ust. 1 i 145 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 2 i 353¹ k.c.

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. (petitum protestu i odwołania).

Odwołujący INFO-TV-FM Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 i 29 ustawy Pzp, przy czym nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych powiązanych z art. 7 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Podobnie w przypadku art. 29 ust. 3.

Oceniając treść § 28 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ - jak wcześniej wskazano - przepis ten w przypadku postanowień umownych, które nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie znajduje zastosowania.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy, których uszczegółowieniem odnoszącym się do przedmiotu zamówienia jest art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu powiązanego z art. 145 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że przyznane przez ustawodawcę w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp prawo do odstąpienia przez zamawiającego od umowy nie wyklucza możliwości rozwiązania umowy o zamówienie publiczne na zasadzie swobody umów. Brak takiego zakazu w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu celowym jest ustalenie zakresu kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Prawo zamówień publicznych niewątpliwie ogranicza zastosowanie wyrażonej w przepisie art. 353¹ k.c. zasady. Przede wszystkim wskazać należy, że to na zamawiającego przepisem art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca nałożył obowiązek objęcia treścią SIWZ istotnych postanowień umownych, ogólnych warunków umowy, czy wzoru umowy, o ile wymogiem zamawiającego jest zawarcie umowy na warunkach tam wskazanych.

Izba uznaje, że ze względu na publiczny charakter zobowiązania zamawiający może starać się przenieść ryzyko i odpowiedzialność na wykonawców, narzucając postanowienia

umowne, poprzez opracowany przez siebie wzór umowy. Wykonawca natomiast musi skalkulować cenę ofertową uwzględniającą rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, odpowiednio je wyceniając lub może nie złożyć oferty na warunkach narzuconych przez zamawiającego, o ile wykonawca przez pryzmat swoich interesów uzna te warunki za nie do zaakceptowania.

Niezależnie od tego jak dużo ryzyka i odpowiedzialności zostanie we wzorze umowy przypisane wykonawcy to ostatecznie decyzja o złożeniu oferty i wycena zamówienia należy do wykonawcy.

W konsekwencji ustalonych przez siebie warunków zamawiający musi się liczyć z tym, iż koszty ryzyk i odpowiedzialności wpłyną na cenę ofertową, a tym samym jego możliwość zaspokojenia potrzeby, dla której realizacji wszczął postępowanie o zamówienie publiczne.

Z realną możliwością realizacji owej potrzeby przy określonych warunkach należy jednocześnie wiązać obowiązek zamawiającego wazenia potrzeb swoich i wykonawców.

Silniejsza, wręcz dominująca pozycja zamawiającego jako strony umowy o zamówienie publiczne wynika w tym przypadku nie z faktu przewagi ekonomicznej, ale z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny.

Odnosząc się do argumentu powiązanego z art. 353¹ 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 Pzp), nie zawiera regulacji odnośnie rozwiązania umowy.

W ocenie Izby wobec wskazanego braku (także braku zakazu), na podstawie przepisu art. 139 ustawy Pzp 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 przedmiotowym postępowaniu przetargowym katalog okoliczności uzasadniających rozwiązanie umowy zamawiający przewidział w § 28 wzoru umowy i wobec uznania, że w przypadku rozwiązania umowy o zamówienie publiczne zastosowanie znajduje art. 353¹ k.c., Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypowiedzenie umowy o zamówienie publiczne jest sprzeczne z istotą i naturą stosunku zobowiązaniowego zawartego na czas określony.

Ze względu jednak na nakazanie zamawiającemu usunięcia § 8, 20 i 21 wzoru umowy Izba w konsekwencji nakazuje zamawiającemu usunięcie z § 28 ust. 1 pkt 1: § 20 i 21, a także usunięcie z § 28 ustępu 3.

Zarzuty odwołujących zawarte w protestach dotyczyły pierwotnej treści SIWZ, w tym § 28 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy.

Pismem z dnia 14.12.2009 r. (06/TMV/2009) zamawiający zmienił postanowienie § 28, poprzez nadanie ustępowi 1 pkt 4 nowego brzmienia: „poniesienie przez Zamawiającego szkody o wartości co najmniej 3 000.000,00 zł (słownie: (...)) na skutek działania lub zaniechania Wykonawcy, chyba że Wykonawca zobowiąże się w formie pisemnej do pokrycia szkody w terminie uzgodnionym przez strony, jednak nie później niż w ciągu 30 dni od otrzymania wezwania do zapłaty” oraz poprzez dodanie ustępu 5.

Brzmienie § 28 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy w dacie wniesienia odwołania już nie obowiązywało, a zatem nie mogło naruszać interesu prawnego odwołującego, ponieważ postanowienia takiego w przedmiotowym postępowaniu - w oprotestowanym brzmieniu - już nie było (i nie ma).

Skład orzekający Izby podtrzymuje w tym zakresie uzasadnienie zawarte powyżej, odnoszące się do zarzutu „waloryzacji wynagrodzenia”.

Dodatkowo Izba wskazuje, że fakt, iż do umów o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej (art. 139 ustawy Pzp) nie stanowi przeszkody w stosowaniu w postanowieniach umownych pojęć nieostrych, ponieważ ustawa Pzp takiego zakazu nie zawiera. Brak jest zatem podstaw, aby umowę o udzielenie zamówienia publicznego, będącą umową cywilną, traktować w tym zakresie odmiennie od innych umów cywilnoprawnych funkcjonujących w obrocie prawnym, a zatem aby nie można było również w tym przypadku stosować pojęć elastycznych, jakich użycia wymagają w szczególności umowy długoterminowe.

Zarzuty odnośnie rozwiązania umowy przez wykonawcę w ramach Rozdziału IX „Obowiązki i Zakończenie Umowy”, tj. § 29 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.)

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu, że w/w postanowienie wzoru umowy jest niejasne i krzywdzące, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz 353¹ k.c. (petitum protestu i odwołania).

Wskazał, iż „określenie, że Wykonawca może rozwiązać umowę tylko w razie opóźnienia w zapłacie należności niespornych jest niejednoznaczne i w praktyce może uniemożliwić Wykonawcy rozwiązanie Umowy” (str. 14 protestu pkt 17).

Oceniając treść § 29 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ - jak wcześniej wskazano - przepis ten w przypadku postanowień umownych, które nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie znajduje zastosowania.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

Odnosząc się do zarzutu powiązanego z art. 353¹ k.c. o nierównoprawnym charakterze § 29 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, co sprzeciwia się naturze stosunku prawnego (str. 14 pkt 11 odwołania), Izba uznała, wobec nie wskazania przez odwołującego argumentów przemawiających za koniecznością zapewnienia stronom w tym przypadku „równoprawności”, że brak jest do podstaw uwzględnienia zarzutu.

Zarzut odnośnie skutków zakończenia umowy w ramach Rozdziału IX „Obowiązki i Zakończenie Umowy”, tj. § 32 ust. 2 wzoru umowy (Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o.)

Odwołujący Polskie Sieci Nadawcze Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu, że w/w postanowienie wzoru umowy jest nierównoprawne (również wykonawca przekazuje zamawiającemu określone materiały np. interfejsy do systemu monitoringu - str. 14 pkt 17 protestu), co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz 353¹ k.c. (petitum protestu i odwołania).

Oceniając treść § 32 ust. 2 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ - jak wcześniej wskazano - przepis ten w przypadku postanowień umownych, które nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie znajduje zastosowania.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

Oceniając treść § 32 ust. 2 wzoru umowy pod kątem jej zgodności z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Izba uznała, wobec nie wskazania przez odwołującego argumentów przemawiających za koniecznością zapewnienia stronom w tym przypadku „równoprawności”, że brak jest do podstaw uwzględnienia zarzutu.

Zarzuty odnośnie zmian umowy w ramach Rozdziału X „Postanowienia ogólne i końcowe”, tj. § 34 ust. 2 wzoru umowy (TP EmiTel Sp. z o.o.)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 144 ustawy Pzp oraz zażądał usunięcia postanowień § 34 ust. 2 pkt 1 - 6 wzoru umowy.

Nadto odwołujący, w części wstępnej odwołania (str. 12 pkt III), wskazywał na możliwe konsekwencje w postaci nieważności umowy, odnosząc jednak tę możliwość, nie sprecyzowaną zresztą, do postanowień § 8 wzoru umowy. Wobec takiego powiązania Izba nie mogła przyjąć, że odwołujący, zaskarżając postanowienia § 34 ust. 2 wzoru umowy, podniósł również i w tym przypadku zarzut obarczenia umowy sankcją nieważności.

Krajowa Izba Odwoławcza jest organem powołanym do rozpoznawania odwołań od rozstrzygnięć protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172 ust. 1 ustawy Pzp), jednak może poddać rozpoznaniu wyłącznie takie odwołanie, (per analogiam wyłącznie takie zarzuty odwołania), które składa podmiot do tego legitymowany.

Na gruncie Prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie. Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Chodzi zatem o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. Zdaniem Izby uznać jednocześnie należy, że interes ten wyraża się także w „utrzymaniu uzyskanego zamówienia”.

Odnosnie zarzutu sprzecznych z art. 29 ust. 1 oraz art. 144 ustawy Pzp postanowień § 34 ust. 2 pkt 1 - 6 wzoru umowy Izba ustaliła, że wskazane postanowienia umowne nie mogą przynieść odwołującemu uszczerbku w będącym następstwem uzyskania zamówienia, „utrzymaniu zamówienia”.

O braku interesu prawnego w tym przypadku przesądza fakt, iż § 34 ust. 2 wzoru umowy przewiduje jedynie „możliwość zmiany postanowień Umowy” (brak konieczności zawarcia aneksu do umowy, na którą powoływał się odwołujący na str. 34 odwołania pkt 22), przede wszystkim jednak to, że wskazane w § 34 ust. 2 pkt 1 - 6 okoliczności zmiany umowy nie będą automatycznie, tj. wbrew woli samego odwołującego (gdy to jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą) powodować zmiany postanowień uprzednio zawartej umowy, co wynika wprost z postanowienia § 34 ust. 1 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wszelkie zmiany Umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności”.

Stosownie do art. 78 § 1 k.c., dla skuteczności zmian postanowień umowy, zawartej w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania przetargowego, niezbędnym

będzie złożenie przez odwołującego własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść jego oświadczenia woli. Jeśli zatem wolą odwołującego nie będzie dokonanie zmiany umowy, nie podpisze on aneksu do umowy.

Z uwagi na fakt, że odwołujący, kwestionując zgodność z ustawą postanowienia § 34 ust. 2 wzoru umowy nie podniósł w tym przypadku zarzutu obarczenia umowy sankcją nieważności Izba nie mogła rozpoznać zgodności tego postanowienia z ustawą pod kątem naruszenia interesu prawnego odwołującego w aspekcie zawarcia umowy obarczonej na podstawie przepisu art. 146 ust.1 ustawy Pzp nieważnością z mocy prawa.

Zatem jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że przesłanką skuteczności klauzuli adaptacyjnej i zarazem dopuszczalnej zmiany umowy jest, poza wyraźnym zastrzeżeniem zmiany przez zamawiającego w ogłoszeniu lub SIWZ, uprzednie określenie warunków dopuszczalnych zmian.

Zgodzić należy się z zamawiającym co do tego, że ustawa Pzp nie wprowadza wymogu co do stopnia szczegółowości „warunków zmiany umowy”.

W ocenie Izby warunki te jednak powinny:

1. wskazywać okoliczności, od których zaistnienia uzależnione zostaje prawo jednej lub obu stron umowy do żądania renegotjacji określonych praw i obowiązków objętych umową,
2. identyfikować - choćby w ujęciu rodzajowym - materię podlegającą ewentualnej renegotjacji z nawiązaniem do konkretnych praw i obowiązków, których dotyczyć mogą ewentualne zmiany (np. w razie zmiany wysokości obowiązujących stawek podatku od towarów i usług VAT dotyczących przedmiotu umowy zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia uwzględniającego nową wysokość stawek tego podatku),
3. procedurę uzgadniania tej zmiany i ewentualną odpowiedzialność za uchylenie się od wyrażenia zgody na wymaganą zmianę umowy.

O ile zatem klauzula adaptacyjna spełni wszystkie powyżej wskazane wymagania, o tyle uzasadni możliwość sądowego dochodzenia zawarcia aneksu jako przyrzeczonej zmiany umowy o zamówienie publiczne (art. 390 k.c.).

Zarzuty odnośnie opisu przedmiotu zamówienie w zakresie „braku wskazania umożliwienia wykorzystania przez wykonawcę istniejących tras kablowych w lokalizacji w Warszawie, nieprecyzyjnego wskazania charakteru obiektów (Ośrodek Regionalny w Zielonej Górze, Redakcja Zamiejscowa w Koszalinie, Redakcja Zamiejscowa w Toruniu - ośrodki terenowe bądź obiekty, które powinny być włączone do systemu komunikacji w ramach platformy teleinformatycznej w przypadku transmisji sygnałów ASI, SD HD/SDI, JPEG2000, AES-EBU oraz strumieni transportowych z serwisami MUX3 TVP), braku precyzji

wskazującej konieczność zaliczenia obiektów do obiektów, dla których ma być zapewniony transfer IP/Ethernet w ramach usług IT-1 oraz IT-2 (TP EmiTel Sp. z o.o.)

Zarzuty zostały przez wskazaną spółkę wycofane na rozprawie w dniu 19.01.2010 r., wobec czego Izba nie odniosła się do tych zarzutów.

Zarzut odnośnie załącznika nr 7 do umowy (INFO-TV-FM Sp. z o.o.) ze wskazaniem na naruszenie art. 7 i 29 ustawy Pzp.

Oceniając treść załącznika nr 7 do wzoru umowy pod kątem jej zgodności z przepisem art. 7 i 29 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia prawa w tym zakresie, ponieważ - jak wcześniej wskazano - przepis ten w przypadku postanowień umownych, które nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie znajduje zastosowania.

Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację podniesioną wcześniej odnośnie zarzutów dotyczących § 3 wzoru umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, art. 191 ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając przy rozliczaniu wpisu poszczególnych odwołujących fakt, że sprawy o sygn. akt KIO/UZP/1876/09, KIO/UZP/1881/09, KIO/UZP/1883/09, zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostały rozpoznana łącznie ze sprawą o sygn. akt. KIO/UZP 1877/09.

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznała za uzasadnione koszty odwołującego INFO-TV-FM Sp. z o.o. poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury w wysokości 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....