

Sygn. akt: KIO 1449/15

POSTANOWIENIE
z dnia 20 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 20 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2015 r. przez **wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Kancelaria Sejmu z siedzibą w Warszawie, ul. Wiejska 4/6/8**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcę Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi transmisji poprzez sieć Internet posiedzeń Sejmu, komisji i podkomisji sejmowych oraz innych wydarzeń organizowanych przez Kancelarię Sejmu zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 czerwca 2015r. za numerem 2015/S 122-223252.

W dniu 7 lipca 2015r. odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) wniósł wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 – zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2015r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 7 lipca 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy) w zw. z art. 7 ust.1 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, utrudniający uczciwą konkurencję, co uniemożliwia odwołującemu należyte skalkulowanie ceny ofertowej oraz złożenie konkurencyjnej oferty w postępowaniu, a nadto stawia w uprzywilejowanej pozycji obecnego wykonawcę świadczącego usługi transmisji dla zamawiającego, a mianowicie:

- > zaniechanie wskazania przez zamawiającego w pkt. II. 1.1. siwz konkretnych lokalizacji (poprzez wskazanie ich adresów) z których mogą być wykonywane transmisje jednodniowe (wraz ze wskazaniem czy lokalizacje te będą powtarzalne) oraz doprecyzowania czy lokalizacje te będą wyposażone w łącza dosyłowe wraz ze wskazaniem ich przepustowości czy też zestawienia łącza dosyłowego będzie obowiązkiem Wykonawcy;
- > brak określenia przez zamawiającego w pkt. 1.1.1 siwz oraz 1.2.1 siwz wymagań dotyczących transmisji treści multimedialnych „na żywo” w zakresie wymaganego sprzętu, w tym w szczególności: ilość kamer i mikrofonów, sprzętu nagłośnieniowego oraz oświetleniowego oraz brak parametrów jakościowych tego sprzętu;
- > zaniechanie wskazania w pkt. II 3.3.3 siwz wielkości archiwum jakie ma być udostępniane przez Wykonawcę w ramach świadczenia usługi transmisji;

> zaniechanie wskazania w pkt. II.8 siwz możliwych metod integracji transmisji audio/video z sejmowymi systemami baz danych, tj. brak specyfikacji schematów baz danych, dostępnych metod integracji, specyfikacji API;

> zaniechanie wskazania w pkt. 1.5.4 siwz opisującym kryterium oceny ofert (w postaci udostępnienia archiwalnych treści w sieci telewizji kablowej zamawiającego) informacji na temat konkretnych rozwiązań technicznych jakie ma wdrożyć wykonawca celem uruchomienia tej usługi;

2. art. 38 ust. 1 pkt. 1 ustawy, przez wskazanie w pkt 1.11 siwz, iż zamawiający udzieli wykonawcom wyjaśnień co do treści siwz w terminie do dwóch dni przed dniem składania ofert, co jest wprost sprzeczne z treścią ww. przepisu i może utrudnić lub uniemożliwić wykonawcom uwzględnienie wszystkich wyjaśnień i modyfikacji w składanych ofertach;

3. art. 471 kc , art. 483 §1 kc, art. 484 §1 kcw zw. z art. art. 353 kc oraz w zw. z art. 139 ustawy, przez zastrzeżenie w pkt. IV.7.1 - 4 uprawnienia zamawiającego do naliczania kar umownych oraz zastrzeżenie uprawnienia zamawiającego do odstąpienia od umowy za okoliczności przez wykonawcę nie zawinione, a zależne od zamawiającego;

4. art. 471 kc i art. 353(1) kc w zw. z art. 139 ustawy, poprzez zastrzeżenie w pkt. IV.6.2- 3 uprawnienia zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy za okoliczności przez niego nie zawinione, a zależne od zamawiającego;

5. art. 353(1) kc w zw. z art. 139 ustawy, przez brak zastrzeżenia w pkt. II.10.2 siwz oraz w pkt. IV.6.4. terminu na usunięcie awarii, którego zachowanie uchroni wykonawcę przed obniżeniem wynagrodzenia, zapłatą kary umownej oraz możliwością odstąpienie od umowy przez zamawiającego;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz przez zmianę jego zapisów w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj.:

1. wskazania przez zamawiającego w pkt. II. 1.1. siwz konkretnych lokalizacji (ich adresów), z których mogą być wykonywane transmisje jednodniowe oraz wskazania czy przedmiotowe lokalizacje są powtarzalne, a nadto doprecyzowania czy lokalizacje te są wyposażone w łącza dosyłowe do wykorzystania przez wykonawcę wraz ze wskazaniem ich przepustowości, czy też zestawienia łącza dosyłowego będzie obowiązkiem wykonawcy (ze wskazaniem minimalnych parametrów jakościowych tego łącza);

2. określenia przez zamawiającego w pkt. II.1.1.1 siwz oraz II.1.2.1 siwz wymagań dotyczących transmisji treści multimedialnych „na żywo” w zakresie wymaganego sprzętu, w tym w szczególności: ilość kamer i mikrofonów, sprzętu nagłośnieniowego oraz oświetleniowego oraz określenie minimalnych parametrów jakościowych tego sprzętu;

3. wskazania w pkt. II 3.3.3 siwz wielkości archiwum jakie ma być udostępniane w ramach usługi celem przechowywania plików z nagraniami transmisji ;

4. wskazanie w pkt. II.8 siwz możliwych metod integracji transmisji audio/video z sejmowymi systemami baz danych, tj. przedstawienie specyfikacji schematów baz danych, dostępnych metod integracji, specyfikacji API;
5. wskazania w pkt. 1.5.4 siwz opisującym kryterium oceny ofert (w postaci udostępnienia archiwalnych treści w sieci telewizji kablowej zamawiającego) informacji na temat konkretnych rozwiązań technicznych jakie ma wdrożyć wykonawca celem uruchomienia tej usługi;
6. modyfikacji zapisu pkt 1.11 siwz, przez wskazania, iż wyjaśnienia treści siwz nie będą dokonywane przez zamawiającego później niż na dwa dni przed terminem składania ofert.
7. modyfikacji pkt. IV.7.1 - 4 przez zastrzeżenie, iż uprawnienia zamawiającego do naliczania kar umownych oraz do odstąpienia od umowy nie będzie dotyczyć sytuacji w których przyczyną powstania awarii będą okoliczności niezawinione przez wykonawcę, w tym w szczególności gdy awaria będzie generowana przez łącze dostępowe zamawiającego;
8. modyfikacji treści pkt. IV.6.2-3, przez zastrzeżenie, iż uprawnienia zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy nie będzie dotyczyć sytuacji w których przerwa w świadczeniu usługi będzie wynikiem okoliczności niezawinionych przez wykonawcę, w tym w szczególności gdy awaria będzie generowana przez łącze dostępowe zamawiającego;
9. modyfikacji pkt. II. 10.2 siwz oraz pkt. IV.6.4., przez zastrzeżenie terminu na usunięcie awarii, tj. minimum 4 h, którego zachowanie uchroni wykonawcę przed obniżeniem wynagrodzenia, zapłatą kar umownych i odstąpienia od umowy przez zamawiającego;

Interes prawny odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawy, jego zdaniem, przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów powszechnie obowiązującego prawa, odwołujący pozbawiony został możliwości przygotowania konkurencyjnej oferty. Nadto, w przypadku zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez odwołującego, niekorzystne i sprzeczne z prawem zapisy siwz mogą narazić odwołującego na szkodę.

W zakresie zarzutu niejednoznacznego opis przedmiotu zamówienia odwołujący podniósł, iż zgodnie z podstawowymi zasadami ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia winno być prowadzone w sposób przejrzysty. Nadto, zasada równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu jednolite traktowanie wykonawców (polegające na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji), a w konsekwencji zakazuje jakiegokolwiek uprzywilejowania lub faworyzowania niektórych z nich. Zamawiający na każdym etapie prowadzonego postępowania, a zatem również formułując warunki siwz, jest zobligowany do przestrzegania zasad wynikających z dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 1 i ust.2 ustawy.

Zaskarżone postanowienia siwz dowodnie, w ocenie odwołującego, wskazują, iż zamawiający uchybił ww. zasadom, poprzez niejasne i niejednoznaczne opisanie warunków

realizacji zamówienia, które utrudnią wykonawcom należytą wycenę zamówienia oraz doprowadzą do uprzywilejowania tego wykonawcy, który współpracował dotychczas z zamawiającym w zakresie świadczenia usług analogicznych do usług objętych niniejszym postępowaniem. Niewątpliwie bowiem, w ocenie odwołującego, istotne wątpliwości dotyczące warunków realizacji usług transmisji zawarte w siwz są bardzo dobrze znane obecnemu wykonawcy realizującemu usługi transmisji dla zamawiającego.

Powyższe zarzuty dotyczą następujących zapisów siwz:

a) lokalizacja usługi

Zgodnie z treścią pkt. II. 1.1 siwz, przedmiotem zamówienia jest transmisja treści multimedialnych kierowana do użytkowników zewnętrznych (przez sieć Internet) oraz wewnętrznych (przez sieć LAN oraz za pośrednictwem sieci telewizyjnej kablowej), a miejscem realizacji usługi mają być budynki należące do zamawiającego (objęte jego siecią LAN) oraz inne miejsca w Warszawie wskazane przez zamawiającego (nie więcej niż 5 jednodniowych transmisji rocznie). Nadto, w pkt. IV. 1.2 siwz wskazano, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi udostępniania transmisji z wydarzeń odbywających się w Warszawie, w lokalizacjach nieobjętych zasięgiem sieci LAN zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż taka charakterystyka istotnych obowiązków wykonawcy jest niezgodna z normą art. 29 ust. 1 i ust.2 ustawy i nie pozwala mu na należyte skalkulowanie oferty. Odwołujący nie posiada bowiem danych dotyczących łącza dosyłowego „w innych lokalizacjach”, w tym w szczególności informacji czy łącze takie istnieje, czy będzie mogło zostać wykorzystane przez niego, czy też zestawienia takiego łącza będzie jego obowiązkiem.

Nadto, mając na uwadze krótki termin realizacji usługi w lokalizacji innej niż siedziba zamawiającego (zgodnie z pkt. IV.2.1.4. siwz, zamawiający zobowiązuje się do informowania wykonawcy o wydarzeniu, które ma być przedmiotem usługi o której mowa w punkcie 1.1.2 nie później niż dwa dni przed datą tego wydarzenia), odwołujący musi dokonać oceny możliwości wykonania tej usługi w tak krótkim czasie, w szczególności wobec faktu, iż skutkiem opóźnienia w uruchomieniu usługi jest możliwość nałożenia przez zamawiającego na niego wysokich kar umownych o jakich mowa w pkt. IV.7.1.2. oraz możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

Odwołujący domaga się zatem wskazania konkretnych adresów lokalizacji w których ma świadczyć przedmiotowe usługi oraz wskazania, czy będą to lokalizacje powtarzalne. Dodatkowo, odwołujący domaga się doprecyzowania czy przedmiotowe lokalizacje będą posiadały łącza dosyłowe, które będzie mógł wykorzystać wraz ze wskazaniem ich przepustowości albo wskazania, iż zestawienie łącza będzie obowiązkiem wykonawcy. W takim wypadku, wnosi o doprecyzowanie minimalnych parametrów jakościowych wymaganego łącza dosyłowego.

b) brak specyfikacji niezbędnego sprzętu

W pkt. II. 1.2. siwz zamawiający wskazał, iż zamówienie dotyczy: „udostępnienia transmisji „na żywo” wraz z opcjonalnym prezentowaniem tłumaczenia na język migowy”. Odwołujący domaga się doprecyzowania ilości i parametrów jakościowych sprzętu jaki ma być używany dla realizacji transmisji audio-wizualnych „na żywo”, w tym w szczególności dotyczących kamer, mikrofonów, nagłośnienia oraz oświetlenia.

Brak wskazania tych danych uniemożliwia odwołującemu należyte skalkulowanie oferty.

c) integracja systemu wykonawcy z SIS

W pkt. II.8 siwz zatytułowanym „Integracja z danymi zawartymi w sejmowych systemach baz danych”, zamawiający wskazał: „System powinien umożliwiać powiązanie transmisji audio/video - zarówno prowadzonych „na żywo”, jak i dostępnymi w postaci nagrań archiwalnych, z odpowiednimi częściami Systemu Informacyjnego Sejmu.

Dotyczy to przede wszystkim: 1) ilustrowania danymi strukturalnymi bieżących i archiwalnych posiedzeń Sejmu i komisji sejmowych (przykład w załączniku do siwz), 2) możliwości dokonania wyboru oglądanego posiedzenia poprzez harmonogram posiedzeń komisji lub konferencji prasowych, 3) możliwości umieszczenia w bazie sprawozdań stenograficznych posiedzeń Sejmu oraz biuletynów z posiedzeń komisji - odnośnika do odpowiedniego fragmentu zapisu audio/video, 4) stworzenia możliwości dostępu do nagrań archiwalnych (fragmentów dotyczących indywidualnych wypowiedzi) poprzez strony poselskie umieszczone w Systemie Informacyjnym Sejmu (SIS).

Zamawiający w przedmiotowym zapisie, zdaniem odwołującego, opisuje jedynie niektóre z metod integracji systemu wykonawcy z Systemem Informacyjnym Sejmu (wyraźnie wskazuje, iż stanowią one jedynie przykład). Przedmiotowy zapis jest zatem niejasny, niejednoznaczny, a w konsekwencji, zdaniem odwołującego, uniemożliwia odwołującemu należytą wycenę przedmiotu zamówienia i złożenie konkurencyjnej oferty.

Odwołujący oczekuje doprecyzowania wymogów w tym w zakresie, w szczególności przez przedstawienie dokładnej specyfikacji schematów baz danych zamawiającego, dostępnych metody integracji oraz udostępnienie specyfikacji API.

d) wielkość archiwum zamawiającego

Zgodnie z brzmieniem pkt. II.3.3.3 siwz, wykonawca zagwarantuje możliwość utrzymywania w repozytorium przez cały okres trwania umowy plików archiwalnych z nagraniami transmisji. Zamawiający nie precyzuje jednak nawet szacunkowej wielkości archiwum, co utrudnia odwołującemu należytą wycenę tej usługi. Tymczasem, w przetargu prowadzonym przez zamawiającego w roku 2014 (numer ogłoszenia w BZP: 399184 - 2014r) sprecyzowano w siwz informacje na ten temat: „Wykonawca dokona w terminie 14 dni od podpisania umowy migracji na zasoby własne obecnego archiwum treści. Według stanu na koniec II kwartału 2014 r., obecny zasób archiwalny (gromadzony od listopada 2011 r.) to około 40 TB. Pliki

archiwalne zostaną udostępnione w formacie FLV (H.264/AAC), przy pomocy protokołu HTTP."

Wydaje się zatem odwołującemu, iż zamawiający jest w stanie udzielić wykonawcom takiej informacji. Odwołujący podniósł, iż brak udostępnienia choćby szacunkowych informacji o wielkości archiwum prowadzi do uprzywilejowania dotychczasowego wykonawcy, który posiada dokładne dane w tym zakresie.

e) udostępnianie archiwum w telewizji kablowej

Odwołujący zakwestionował również poprawność opisanego kryterium oceny ofert zawartej w pkt. 1.5.4. siwz (dotyczącego udostępnienia archiwalnych treści telewizji kablowej). Zamawiający, w ocenie odwołującego, w żaden sposób nie precyzuje rozwiązań technicznych jakie powinien dostarczyć wykonawca aby spełnić postawiony warunek, co uniemożliwia należyłą wycenę przedmiotowej usługi.

Dotyczy to w szczególności informacji odnośnie konieczności zakupu dodatkowych urządzeń do telewizji kablowej, zamawiający nie sprecyzował bowiem, czy dysponuje odpowiednim sprzętem, a od wykonawcy wymaga wyłącznie integracji, czy też zamówienie obejmować będzie dostawę sprzętu. Odwołujący zauważył, iż zakup takiego sprzętu może stanowić koszt dla wykonawcy w wysokości nawet kilkudziesięciu tysięcy EUR. Nadto, wykonawca byłby zobligowany do serwisowania sprzętu przez producenta i pokrywania kosztów z tym związanych.

Dodatkowo kryterium oceny ofert o jakim mowa powyżej umożliwia przyznanie wykonawcom aż 20 punktów. Jest to zatem bardzo istotne kryterium, którego spełnienie może zaważyć o wyniku przetargu. Wobec powyższego, bardzo istotnym jest dokładne doprecyzowanie sposobów jego realizacji.

Odwołujący podniósł, iż o znaczeniu właściwego opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiającego wykonawcy należyłą wycenę oferty, niejednokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba Odwoławcza oraz sądy powszechne, w tym między innymi w następujących orzeczeniach:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r. sygn. akt: VI ACa 965/11
- postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r. sygn. akt: VIII Ga 22/08
- wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r. sygn. akt: KIO 169/15,
- wyrok KIO z dnia 24 marca 2015r. sygn. akt: KIO 469/15,
- wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010r. sygn. akt: KIO 1447/10,
- wyrok KIO z dnia 5 listopada 2014r. sygn. akt: KIO 2130/14.

Co do zarzutów związanych z podanym przez zamawiającego terminem na składanie wyjaśnień do siwz, odwołujący podniósł, iż stosownie do treści art. 38 ust 1 pkt. 1 ustawy:

„wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
- 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert - w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 - pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert."

Przedmiotowy przepis, statuujący normę bezwzględnie obowiązującą, nakazuje w ocenie odwołującego, zamawiającemu w postępowaniach, których wartość przekracza tzw. „progi unijne”, prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, udzielić wyjaśnień na pytania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, najpóźniej na 6 dni przed upływem składania ofert.

Funkcją tego przepisu jest ochrona wykonawców, którzy muszą na bieżąco uwzględniać w przygotowywanych przez siebie ofertach wszelkie zmiany, modyfikacje i wyjaśnienia dotyczące treści siwz. Treść tego przepisu obliguje zatem zamawiającego do odpowiednio szybkiego reagowania na pytania i wątpliwości wykonawców, tak aby możliwym było uwzględnienie w złożonych ofertach wszelkich okoliczności mogących mieć pośredni lub bezpośredni wpływ na ostateczny kształt oferty, w tym w szczególności na zaoferowaną cenę.

Zamawiający, dopuszczając zatem w treści pkt 1.11 siwz, możliwość udzielenie wykonawcom wyjaśnień co do treści siwz w terminie dwóch dni przed dniem składania ofert, naruszył treść art. 38 ust 1 pkt. 1 ustawy.

W konsekwencji odwołujący uważa, że, przedmiotowy zapis winien zostać zmieniony zgodnie z wnioskiem odwołującego wskazanym w petitum odwołania.

W zakresie zarzutów związanych z karami umownymi, obniżeniem wynagrodzenia, odstąpieniem od umowy odwołujący wskazał, że w pkt. IV.7.1 - 3 siwz, zamawiający przewidział kary umowne za zwłokę w uruchomieniu usługi w wysokości 1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki. Jednocześnie, w przypadku zwłoki trwającej dłużej niż 10 dni, zamawiający może od umowy odstąpić i nałożyć na wykonawcę karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia brutto. W pkt. IV.6.2-3 siwz, zamawiający przewidział możliwość obniżenia wynagrodzenia wykonawcy za każdą godzinę przerwy w świadczeniu usługi spowodowanej awarią w wysokości 1/36 abonamentu miesięcznego należnego wykonawcy.

Jednocześnie, w pkt. IV.6.4. siwz, zamawiający uznał, iż przerwa w świadczeniu usługi następuje z chwilą jej zgłoszenia przez zamawiającego. Tym samym, zamawiający nie przewidział jakiegokolwiek terminu na usunięcie awarii, która uchroniłaby wykonawcę przed obniżeniem wynagrodzenia.

Odwołujący zauważył, iż realizacja usług objętych zamówienia następować będzie z wykorzystaniem łącza dosyłowego zamawiającego (pkt. II. 6 siwz). Zgodnie z pkt. II. 6.3 siwz, maksymalna deklarowana przez zamawiającego przepustowość tego łącza na potrzeby wszystkich systemów wynosi 100 Mbps.

Istnieje zatem w ocenie odwołującego bardzo duże prawdopodobieństwo, iż ewentualna zwłoka w uruchomieniu usługi, bądź awaria skutkująca przerwą w świadczeniu usług przez wykonawcę będzie wynikać z niewłaściwego działania łącza zamawiającego, np. znacznego ograniczenia jego przepustowości.

W tym miejscu odwołujący podniósł, iż zgodnie z dyspozycją art. 471 kc, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Co do zasady istnieje możliwość rozszerzenia odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika (art. 473 § 1 kc), jednakże odpowiedzialność ta nie może być nieograniczona. Dłużnik nie może bowiem odpowiadać przed wierzycielem za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikające z okoliczności za które odpowiada wierzyciel. Takie ujęcie odpowiedzialności kontraktowej dłużnika w umowie narusza treść art. 353(1), kc, kształtując stosunek prawny w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i społeczno-gospodarczym celem umowy.

W orzecznictwie i doktrynie istnieje zgodny pogląd, odnośnie tego, iż dłużnik nie może odpowiadać przed wierzycielem za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jeśli wynika ono z okoliczności leżących po stronie wierzyciela: Tak przykładowo wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt: I CSK 748/12, OSNC 2014/6/67, Biul.SN 2013/11/17-18, M.Prawn. 2014/12/638- 639); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1970 r., sygn. akt: II CR 145/70).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie może nakładać na wykonawcę jakichkolwiek sankcji (w postaci kary umownej, obniżenia wynagrodzenia lub odstąpienia od umowy) w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków kontraktowych wynikającego z okoliczności leżących po stronie zamawiającego (a więc awarii, przerwy w świadczeniu usług, opóźnienia w uruchomieniu usługi), w tym w szczególności, gdy zdarzenia te będą generowane przez łącze dosyłowe zamawiającego.

W ocenie odwołującego koniecznym jest zatem wyraźne zastrzeżenie w zaskarżonych postanowieniach siwz, iż uprawnienia zamawiającego do nakładania kar umownych, obniżenia ceny lub odstąpienia od umowy nie będą dotyczyć takich zdarzeń, które są przez wykonawcę niezawinione, w tym generowanych przez niewłaściwe funkcjonowanie łącza dosyłowego zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, odwołujący domaga się ustalenia terminu na usunięcie awarii, który umożliwi mu uchronienie się przed zapłatą bardzo wysokich kar umownych.

Charakter świadczenia wykonawcy, wymóg ciągłości usługi oraz czas jej realizacji (4 lata) wyklucza w zasadzie całkowitą bezawaryjność. W ocenie wykonawcy zasadnym jest zatem ustalenie terminów na usunięcie usterek, które umożliwią wykonawcy uniknięcie zapłaty kar umownych, a jednocześnie będą obiektywnie możliwe do zachowania.

W dniu 17 lipca 2015r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie podpisał pełnomocnik działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 lipca 2015r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: