

Sygn. akt: KIO 1372/15

**WYROK**

**z dnia 22 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paweł Puchalski

Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 i 17 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Netia S.A., Netia Tower, ul. Taśmowa 7A, 02-677 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Orange Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i Integrated Solutions Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Centralnemu Zarządowi Służby Więziennej w Warszawie modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie postanowień § 6 ust. 8 i 9 wzoru umowy, poprzez wprowadzenie jednoznacznych postanowień Specyfikacji odnoszących się do określenia zakresu przedmiotu zamówienia i umożliwiających wykonawcom wycenę ryzyka związanego z ewentualnym zmniejszeniem zakresu przedmiotu zamówienia na etapie jego realizacji, a w pozostałym zakresie zarzuty i żądania odwołania uznaje za nieuzasadnione**

2. kosztami postępowania obciąża: **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Netia S.A., Netia Tower, ul. Taśmowa 7A, 02-677 Warszawa** tytułem należnego wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Centralnego Zarządu Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Netia S.A., Netia Tower, ul. Taśmowa 7A, 02-677 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1372/15**

### **Uzasadnienie**

Centralny Zarząd Służby Więziennej z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Transmisję danych poprzez sieć WAN*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 marca 2015 r. pod nr 2015/S 056 - 097758.

W postępowaniu tym wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 29 czerwca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), która została przekazana wykonawcom w dniu 18 czerwca 2015 r.

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2015 r. o wniesionym odwołaniu poinformował pozostałych wykonawców, przekazując im jego kopię.

W dniu 3 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, złożone po stronie Odwołującego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Orange Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i Integrated Solutions Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniami skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawy w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 13 i 17 lipca 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie wobec postanowień SIWZ i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 387 § 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w § 1 ust. 2 Wzoru umowy stanowiącego integralną część SIWZ, zbyt krótkiego i obiektywnie

niemożliwego do dotrzymania terminu na uruchomienie usługi WAN, w szczególności z punktu widzenia aktualnych możliwości technologicznych, przez wzgląd na charakterystykę świadczenia, co czyni świadczenie wykonawcy przewidziane w umowie świadczeniem niemożliwym;

2. art. 77 § 1 KC w zw. z art. 78 § 1 KC i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w § 6 ust. 8 i ust. 9 umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia publicznego oraz pomniejszenia wynagrodzenia wykonawcy, co stanowi w istocie możliwość jednostronnej zmiany umowy przez Zamawiającego, uchybiającej zasadom zawierania i zmiany umów w formie pisemnej, a nadto stojącej w sprzeczności z zasadą swobody umów oraz obowiązkiem Zamawiającego w postaci jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia;
3. art. 36a ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w § 2 ust. 2 umowy, możliwości zgłoszenia przez Zamawiającego sprzeciwu wobec powierzenia prac podwykonawcy i żądania ich wykonania bezpośrednio przez wykonawcę;
4. art. 353<sup>1</sup> KC i art. 483 § 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie sprecyzowanie w § 7 ust. 5 i ust. 6 umowy, terminu usunięcia awarii, którego przekroczenie powoduje naliczenie przez Zamawiającego wysokiej kary umownej, czym przekroczone granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z nałożeniem tej kary oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia;
5. art. 353<sup>1</sup> KC i art. 483 § 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie sprecyzowanie w § 3 ust. 6 umowy pojęcia „rażącego przekroczenia terminu usunięcia awarii”, które skutkować będzie zastępczym usunięciem awarii przez Zamawiającego na koszt i ryzyko wykonawcy, co powoduje, iż przekroczone granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym realizacją wykonania zastępczego oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia;
6. art. 483 § 1 KC i art. 484 § 2 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w § 7 ust. 3 umowy uprawnienia Zamawiającego do naliczania podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie, jakim jest zwłoka w uruchomieniu pojedynczego łącza, co stanowi karę rażąco wysoką, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz instytucją kary umownej.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ, poprzez zmianę jego zapisów i:

1. wydłużenie terminu na wdrożenie usługi WAN, o jakim mowa w § 1 ust. 2 umowy, do minimum 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne;
2. usunięcie z umowy zapisu § 6 ust. 8 i ust. 9 umowy;
3. usunięcie z treści § 2 ust. 2 umowy zastrzeżenia upoważniającego Zamawiającego do żądania osobistego świadczenia usług przez wykonawcę;
4. sprecyzowanie terminu na usunięcie awarii, o jakiej mowa w § 7 ust. 5 i 6 umowy, którego nie zachowanie będzie skutkowało naliczeniem wysokich kar umownych przez Zamawiającego, poprzez wyznaczenie następujących terminów usuwania awarii: dla I grupy: 2 godziny od momentu zgłoszenia awarii wykonawcy, dla II grupy: 4 godziny od momentu zgłoszenia awarii wykonawcy, dla III grupy: 8 godzin od momentu zgłoszenia awarii wykonawcy;
5. sprecyzowanie terminu „rażącego przekroczenia terminu”, który skutkować ma uprawnieniem Zamawiającego do zastępczego usuwania awarii na koszt i ryzyko wykonawcy, poprzez ustalenie, iż rażącym przekroczeniem terminu będzie przekroczenie terminu usuwania awarii o 24 h.
6. modyfikację treści § 7 ust. 3 umowy, poprzez zastrzeżenie kary umownej wyłącznie za nie działające łącze główne oraz za nie działające łącze zapasowe, z wyłączeniem kary za jedno całkowicie nie działające łącze (kolumna druga tabeli).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia Odwołujący wskazał na treść § 1 ust. 2 umowy, zgodnie z którym uruchomienie usługi WAN winno nastąpić w terminie do 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej jednak niż w dniu 14 stycznia 2016 r. i będzie wdrażane w określonych w pkt od 1 do 3 etapach, przy czym w pkt 3 wskazano na termin do 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w którym wykonawca winien dostarczyć urządzenia zestawień łącza, wdrożyć \ skonfigurować i przekazać do eksploatacji sieć WAN w zakresie niezbędnym do obsługi 187 jednostek terenowych (grupa 3) oraz uruchomić dodatkowe systemy wymienione w załączniku nr 1. Podkreślił, że o ile zachowanie terminów, o jakich mowa w pkt 1 i 2, choć bardzo krótkich, jest obiektywnie możliwe do zachowania, o tyle kompleksowe wykonanie dostawy, skonfigurowanie oraz wdrożenie infrastruktury zapewniającej usługę sieci WAN (a zatem zapewnienie sieci WAN dla wszystkich lokalizacji z grup 1, 2 i 3) w terminie zaledwie 5 miesięcy jest w ocenie Odwołującego niewykonalne. W tym kontekście wskazał na złożoność i specyfikę zamówienia, na które składa się dostawa, skonfigurowanie, wdrożenie infrastruktury (łączy, sprzętu, oprogramowania, usługi sieciowych) zapewniającej usługę bezpiecznej i dyspozycyjnej sieci WAN dla przeszło 200 lokalizacji Zamawiającego, a dodatkowo wykonawca zobowiązany do konsultowania i uzgadniania z Zamawiającym projektu infrastruktury technicznej sieci IP VPN MPLS, planu - harmonogramu instalacji sprzętu

i uruchomienia telekomunikacyjnych łączy dostępowych dla wszystkich lokalizacji oraz harmonogramu migracji połączeń jednostek organizacyjnych Zamawiającego do docelowej infrastruktury sieciowej, a Zamawiający może wnosić do tych projektów i harmonogramów swoje uwagi, co dodatkowo wydłuży okres wdrażania infrastruktury. Odwołujący podniósł, iż stosownie do brzmienia art. 387 § 1 KC, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna z mocy prawa, a nieważność umowy o świadczenie niemożliwe wyznacza granice swobodzie umów, wprowadzając zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać, co oznacza, że strony nie mogą skutecznie zobowiązać się do zachowania terminu obiektywnie zbyt krótkiego, którego nikt nie jest w stanie zrealizować. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o wydłużenie terminu, o jakim mowa w § 1 ust. 2 umowy z 5 miesięcy do minimum 9 miesięcy.

Odnosząc się do zarzutu jednostronnej zmiany umowy Odwołujący przywołał zapisy § 6 ust. 8. i ust. 9 umowy, gdzie Zamawiający zastrzega, że w przypadku decyzji niezależnej od Zamawiającego, w wyniku której zlikwidowana zostanie jedna lub więcej lokalizacji, wymienionych w załączniku nr 2, wynagrodzenie miesięczne zostanie pomniejszone od następnego okresu rozliczeniowego za pomocą wskazanego w umowie wzoru. Powyższe w jego ocenie oznacza, iż Zamawiający dopuszcza możliwość ograniczenia zamówienia i stosunkowego umniejszenia wynagrodzenia wykonawcy, przy czym Zamawiający nie precyzuje przesłanek uprawniających go do zmiany zakresu umowy oraz ilości lokalizacji, o jakie pomniejszone może być zamówienie oraz ewentualnego terminu, w jakim takie ograniczenie zamówienia będzie możliwe, a co najistotniejsze, Zamawiający przewiduje, iż ograniczenie zamówienia może nastąpić w drodze jego jednostronnej decyzji, co według niego wskazuje na nieważność z mocy prawa przedmiotowego zastrzeżenia i przekracza granice swobody umów, o czym mowa w art. 353<sup>1</sup> KC. Przywołał także art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej oraz art. 77 § 1 KC i art. 78 § 1 KC, wskazując, że ewentualna zmiana umowy mogłaby zostać dokonana wyłącznie w formie pisemnej, poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron. Przywołał również art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a ewentualna istotna zmiana umowy (a do takich należy zaliczyć należy zmianę dotyczącą zakresu zamówienia i wynagrodzenia), możliwa jest wyłącznie w sytuacji, w której Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany (art. 144 ust. 1 ustawy Pzp), a zmiana dokonana w ten sposób wymaga złożenia przez strony zgodnego oświadczenia woli. Wskazał też, że zaskarżone postanowienie umowne jest również wprost sprzeczne z treścią § 10 ust. 1 umowy, zgodnie z którym wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają formy pisemnej

w postaci aneksu pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem postanowień ustawy Pzp oraz § 6 ust. 7. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 265/11).

Odnosząc się do zarzutu samodzielnego wykonywania części zamówienia Odwołujący przywołał pkt XIX SIWZ, gdzie Zamawiający dopuścił, by część zamówienia mogła zostać powierzona podwykonawcom, jednocześnie żądając wskazania części zamówienia, która będzie im powierzona i w tym zakresie Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek części zamówienia, co do której istniałby obowiązek samodzielnej realizacji przez wykonawcę. Powyższy zapis jego zdaniem nie koresponduje z treścią § 2 ust. 2 umowy, zgodnie z którym, Zamawiający może zażądać osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę. Odwołujący podkreślił, że wskazany zapis jest wprost sprzeczny z treścią art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przywołał też dyspozycję art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. Wskazał, że skoro Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ osobistego wykonania zamówienia w sposób przewidziany w art. 36a ustawy Pzp, nie może już na etapie wykonywania umowy zażądać osobistego wykonania określonych elementów zamówienia (kluczowych, bądź innych). O ile umotywowane jego zdaniem może być samo wnioskowanie przez Zamawiającego o zmianę podwykonawcy (w przypadku istnienia ku temu istotnych powodów), o tyle bezzasadnym i sprzecznym z ustawą Pzp jest zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Podkreślił, że powyższe nie jest również umotywowane żadnym istotnym interesem Zamawiającego, albowiem zgodnie z treścią art. 474 KC, wykonawca odpowiada za działania i zaniechania swoich podwykonawców jak za swoje własne. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2593/14).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego terminów usuwania usterek Odwołujący przywołał treść § 7 ust. 5 umowy, gdzie Zamawiający przewidział obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki w usunięciu awarii dowolnego z łączy polegającej na niedotrzymaniu parametrów określonych w załączniku nr 1 do umowy. Wskazał też na § 7 ust. 6 umowy, gdzie Zamawiający wyjaśnił, iż degradacja przepływności zarówno ciągła, jak i doraźna, powtarzająca się i przekraczająca okres usuwania awarii opisany w załączniku nr 1 do umowy, lub niedotrzymanie QoS traktowane jest jako częściowo niedziałające przyłącze. Podkreślił, że Zamawiający wbrew wyraźnym ww. zapisom umowy, treść załącznika nr 1 do SIWZ, nie precyzuje terminów usuwania awarii, których nie dotrzymanie aktualizuje obowiązek zapłaty kar umownych. Wskazał, że skoro wysokość kar umownych może być naliczana w całym okresie objętym umową (48 miesięcy), brak wskazania terminu na usunięcie awarii kreuje dla wykonawcy niewspółmiernie duże ryzyko kontraktowe.

Odwołujący podkreślił, że specyfika zamówienia wyklucza w zasadzie możliwość całkowitej eliminacji jakichkolwiek awarii, stąd też brak określenia terminu usunięcia awarii powoduje, iż Zamawiający może dowolnie interpretować pojęcie przekroczenia czasu usuwania awarii, co skutkować może wielokrotnym naliczaniem wykonawcy kar umownych, co jest niezgodne z treścią art. 483 § 1 KC. Wskazał, że, aby skutecznie zastrzec obowiązek zapłaty kary umownej, należy wyraźnie wskazać zobowiązanie dłużnika, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie skutkować ma nałożeniem na niego owej kary, stąd też Zamawiający powinien doprecyzować termin na usunięcie awarii, którego przekroczenie spowoduje obowiązek zapłaty kary umownej przez wykonawcę i tutaj przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6.10.2010 r. (sygn. akt: II CSK 180/10). Powyższe zdaniem Odwołującego ma ogromne znaczenie dla właściwego oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji ma wpływ na prawidłowe szacowanie kosztów jego wykonania. Zdaniem Odwołującego nieprecyzyjne postanowienia umowne dotyczące terminu usuwania awarii uchybiają również obowiązkowi Zamawiającego jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia wynikającego z treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a opis przedmiotu zamówienia należy rozumieć szeroko, jako zakres wszelkich zobowiązań wykonawcy płynących z umowy o udzielenie zamówienia publicznego, których znajomość warunkuje prawidłowe przygotowanie oferty. Jego zdaniem wskazane zapisy naruszają treść art. 353<sup>1</sup> KC, albowiem kształtują stosunek prawny, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym celem umowy poprzez zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie w usuwaniu awarii, bez precyzyjnego sformułowania obowiązku dotyczącego terminu ich usuwania. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 6 maja 2014 r. (sygn. akt: KIO 767/14). W ocenie Odwołującego minimalne terminy na usunięcie awarii powinny kształtować się następująco:

- dla I grupy: 2 godziny od momentu zgłoszenia awarii wykonawcy,
- dla II grupy: 4 godziny od momentu zgłoszenia awarii wykonawcy,
- dla III grupy: 8 godzin od momentu zgłoszenia awarii wykonawcy.

W jego ocenie z zarzutem dotyczącym braku terminu na usunięcie awarii koresponduje ściśle zarzut dotyczący zapisu § 3 ust. 6 umowy, zgodnie z którym w przypadku rażącego przekroczenia terminu usuwania awarii, Zamawiający ma prawo do zrealizowania naprawy zastępczej i obciążenia jej kosztami wykonawcy. Wskazał, że nie dość, że Zamawiający nie określił terminów usuwania awarii, to jeszcze nie doprecyzował co rozumie przez „rażące” naruszenie tego terminu. W ocenie Odwołującego pojęcie to wymaga doprecyzowania z tych samych przyczyn, dla których konieczne jest ustalenie terminów usuwania usterek, stąd też żąda wskazania, iż rażące przekroczenie terminu usuwania usterek skutkujące możliwością



zastępczego usunięcia awarii na koszt i ryzyko wykonawcy wynosić będzie minimum 24 godziny od upływu czasu na usunięcie awarii.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kar umownych podniósł, że kwestionuje możliwość ustanowienia dwóch kar umownych za jedno zdarzenie jakim jest zwłoka w uruchomieniu łącza. Przywołał § 7 ust. 3 umowy, podkreślając, że kary wyspecyfikowane przez Zamawiającego w tabeli zawartej w tym postanowieniu w kolumnie II tabeli, tj.: „Kara za jedno całkowicie niedziałające łącze” pokrywa się zarówno z karą opisaną w kolumnie III tabeli, tj.: „Kara za działające tylko łącze rezerwowe” oraz z karą wskazaną w kolumnie IV tabeli, tj. „Kara za działające tylko łącze główne (nie działa tylko łącze rezerwowe)”. Tak sformułowane postanowienia dotyczące kar umownych jego zdaniem przewidują konieczność zapłaty dwóch kar umownych w przypadku zaistnienia jednego zdarzenia, jakim jest zwłoka w uruchomieniu jednego łącza (rezerwowego albo głównego) i w takim wypadku aktualizuje się bowiem zapłata dwóch kar umownych z pkt II i III tabeli (w przypadku jeśli będzie to zwłoka w uruchomienia łącza głównego) oraz kar z pkt II i IV (w przypadku jeśli będzie to zwłoka w uruchomienia łącza rezerwowego). W konsekwencji podkreślił, że łączna suma kar umownych jakie naliczyć może Zamawiający jest rażąco wysoka, a co a tym idzie sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Podkreślił, że funkcją kary umownej jako surogatu odszkodowania jest bowiem zrekompensowanie Zamawiającemu szkody i winna ona odzwierciedlać rozmiar szkody, a nie prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela kosztem wykonawcy, a na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 20 listopada 2014 r. (sygn. akt: I ACa 838/14). Odwołujący domagał się zatem usunięcia kary wskazanej w § 7 ust. 3 umowy w kolumnie drugiej tabeli „kara za jedno całkowicie niedziałające łącze”.

Odwołujący w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy (pismo z dnia 10 lipca 2015 r.) oraz w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Jednocześnie też złożył do protokołu oświadczenie o niepodtrzymywaniu jednego zarzutu odwołania, tj. zarzutu opisanego w pkt 3 odwołania i odnoszącego się do zapisów § 2 ust. 2 wzoru umowy w zakresie możliwości zgłaszania przez Zamawiającego sprzeciwu wobec powierzenia prac podwykonawcy i żądania ich wykonania bezpośrednio przez wykonawcę i naruszenia w tym względzie art. 36a ustawy Pzp.

Jako dowody w sprawie na poparcie pozostałych podnoszonych w odwołaniu zarzutów, w tym przede wszystkim zarzutu nr 1, Odwołujący złożył: warunki techniczne prowadzenia robót w pasie drogowym (dla powiatu wołomińskiego) oraz pismo Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku z dnia 19.11.2013 r. dotyczące ograniczeń w prowadzeniu robót w okresie zimowym 2013/2014, wykazując, że zarządcy dróg nie wyrażają zgody na prace w pasie drogi w okresie zimowym. Podkreślił przy tym, że nie jest możliwe przedstawienie

takich informacji w odniesieniu do wszystkich lokalizacji, gdzie mają być wykonywane roboty w ramach tego zamówienia, jednak brak zgody na wykonywanie prac w pasie drogowym w okresie zimowym jest powszechną praktyką zarządców dróg. Przedłożył też warunki techniczne przyłączy z dnia 4 grudnia 2012 r., opinię dotyczącą usytuowania sieci uzbrojenia terenu, wydaną przez Zespół Uzgadniania Dokumentacji Projektowej przy Prezydencie Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 3 stycznia 2013 r., wniosek Odwołującego o wydanie zezwolenia na lokalizację w pasie drogowym infrastruktury telekomunikacyjnej z dnia 22 stycznia 2013 r., decyzję dotyczącą zezwolenia na zlokalizowanie infrastruktury w pasie drogowym, wydaną przez zarządcę drogi z dnia 15 lutego 2013 r., wniosek Odwołującego o uzgodnienie projektu budowlanego z dnia 26 kwietnia 2013 r., zgłoszenie przez Odwołującego budowy obiektu budowlanego z dnia 17 maja 2013 r., sprzeciw Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 21 czerwca 2013 r., decyzję Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy Stołecznego (Konserwatora Zabytków), zezwalającą na budowę łącza z dnia 15 lipca 2013 r., zgłoszenie przez Odwołującego budowy obiektu budowlanego z dnia 25 lipca 2013 r. i wniosek Odwołującego z dnia 26 sierpnia 2013 r. o wydanie zezwolenia na zajęcie pas drogowego w okresie od 16 września do 18 września 2013 r. celem wykazania istnienia potrzeby wyznaczenia dłuższego terminu na uruchomienie usługi w związku z koniecznością wykonania przez wykonawcę robót budowlanych. Odwołujący w tym względzie wykazywał również, że termin 5 miesięcy przewidziany w tym zakresie przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania. Jednocześnie w toku rozprawy Odwołujący wykazywał, że termin 5 miesięcy jest możliwy do dotrzymania pod warunkiem, że termin ten nie przypadałby na okres zimowy, co w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie miało miejsce. Odwołujący wykazywał także, że w innych tego typu postępowaniach, przy podobnej skali zamówienia, termin ten był zwykle dwukrotnie dłuższy.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Wskazywał m.in., że dokonał zmiany postanowień SIWZ, bądź wyjaśnień SIWZ (odpowiedzi na pytania do SIWZ), przez co treść SIWZ została przez niego doprecyzowana tak w piśmie z dnia 10 lipca 2015 r., jak i w piśmie z dnia 6 lipca 2015 r. Co do zarzutu odwołania opisanego w pkt 4 odwołania wskazał, że rozstrzygnięcie tego zarzutu Zamawiający zawarł w modyfikacji SIWZ z 6 lipca 2015 r., gdzie wprowadził modyfikację § 7 ust. 5 wzoru umowy. Zdaniem Zamawiającego przywołane nowe postanowienia umowy w tym zakresie powinny wyjaśniać Odwołującemu metodę jaką przyjął Zamawiający w tym przedmiocie. Zamawiający bowiem nie precyzował konkretnych terminów usunięcia awarii, gdyż w tym zakresie istotny był dla niego czas dostępności do usługi. Zamawiający przyjął w tym przedmiocie różne poziomy

niedostępności do przyłącza w zależności od grup lokalizacji, co wyspecyfikował we wskazanych postanowieniach umowy, określając także kary umowne odnoszące się do czasu niedostępności do usługi.

Co do zarzutu opisanego w pkt 5 odwołania wskazał, że ustawodawstwo w Polsce zna pojęcie „rażące” i jest ono interpretowane w zależności od sytuacji, a ponadto w piśmie z 6 lipca 2015 r., poprzez zapis zawarty w § 3 ust. 6 wzoru umowy, dookreślił pojęcie rażącego przekroczenia terminu.

Co do zarzutu opisanego w pkt 6 odwołania wskazał, że w § 7 ust 3 wzoru umowy określił kary z tytułu różnych okoliczności: w pierwszej kolumnie tabelki wskazano karę za każde rezerwowe i główne niedziałające przyłącze dla konkretnej lokalizacji, zaś w dwóch pozostałych kolumnach odrębnie kary za niedziałające odrębnie łącze rezerwowe i główne w poszczególnych lokalizacjach. Podkreślił, że kary z pierwszej kolumny nie sumują się z karami z kolumny 2 i 3 i, że analogicznie należy interpretować zapisy zawarte w tej tabeli, jak zapisy zawarte w tabeli zawartej w § 7 ust. 5 wzoru umowy, zmienionej pismem z 6 lipca 2015 r.

Co do zarzutu zawartego w pkt 1 odwołania wyjaśnił, iż termin 5 miesięcy od podpisania umowy został wprowadzony do niniejszego zamówienia w treści ogłoszenia o zamówieniu w wyniku postępowania odwoławczego we wcześniejszej sprawie odwoławczej o sygn. akt: KIO 677/15 i KIO 684/15, które zakończyło się uwzględnieniem zarzutów odwołania przez Zamawiającego i zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślił, że żądanie Odwołującego wydłużenia terminu do 9 miesięcy może wskazywać jedynie na sytuację tego konkretnego operatora. W ocenie Zamawiającego istnieje obiektywna możliwość realizacji tego zamówienia w terminie 5 miesięcy, co potwierdziło wskazane postępowanie odwoławcze i na co wskazują także inne sprawy odwoławcze rozpoznawane przez KIO. Przywołał orzeczenia KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1987/14, KIO 2000/14, KIO 2002/14 oraz KIO 471/15 i KIO 472/15, gdzie w ocenie Zamawiającego skala zamówień była podobna do niniejszego zamówienia. Podkreślił, że uwzględniając terminy przywołane w tym postępowaniu wykonawca będzie miał obowiązek wykonania dwóch, trzech lokalizacji w ciągu 1 dnia, podczas gdy we wskazanych innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego KIO, zatwierdzając termin realizacji przyjęty przez zamawiających, przyjęło *de facto*, że jest możliwość wykonania nawet 20-30 lokalizacji w ciągu jednego dnia. Podkreśla też, że niniejsze zamówienie nie ogranicza innych możliwości realizacji zamówienia w tym technologii radiowej. Wskazał też, iż niniejszym wypadku wykonanie łączy przez wykonawcę nie wiąże się tylko z koniecznością robót budowlanych, istnieje także możliwość wykorzystania metody światłowodów, np. w kanalizacji ściekowej w mieście Warszawa, a w innych jednostkach istnieje możliwość

realizacji łączy przez podwieszenie do łączy energetycznych. Zamawiający podkreślił również, że wykonawcy zaproszeni do składania ofert w tym postępowania, to duże firmy, mające określone zasoby narzędziowe i osobowe pozwalające na zorganizowanie prac i wykonanie zamówienia we wskazanym w SIWZ terminie.

Co do zarzutu opisanego w pkt 2 odwołania wskazał, że kwestionowane postanowienie było zasadnie wprowadzone do SIWZ, bowiem Zamawiający jako jednostka publiczna musi zabezpieczyć się, jeśli chodzi o realizację usług objętych przedmiotem zamówienia w sytuacji utworzenia nowych, bądź likwidacji dotychczasowych jednostek zakładów karnych i aresztów śledczych, co w świetle art. 71 i 208 k.k.w jest zależne od Ministra Sprawiedliwości, a nie od Zamawiającego. Podkreślił, że z jego dotychczasowego doświadczenia wynika, że zmiany wprowadzone w tym zakresie są niewielkie, a Zamawiający musi w tym zakresie zabezpieczyć ciągłość świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz wskazanych jednostek. Podkreślił, że jeżeli chodzi o ryzyko w tym zakresie wykonawcy i Zamawiającego - ryzyko Zamawiającego jest większe, dla wykonawcy, który jest dużym podmiotem działającym na rynku tego typu usług i biorąc pod uwagę jego doświadczenie biznesowe, takie ryzyko jest niewspółmiernie mniejsze do ryzyka Zamawiającego.

Przystępujący Konsorcjum Orange wniósł swoje zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w zakresie zarzutów nr 4 i 5 opisanych w komparycji odwołania i w tym zakresie też w poparł stanowisko Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz dowody złożone przez Odwołującego, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpienia do postępowania odwoławczego, wynikające z art. 185

ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione. Z tych też względów Przystępujący uzyskał status uczestnika postępowań odwoławczych.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, zaskarżając określone postanowienia SIWZ, w których wykazywał naruszenie przepisów ustawy Pzp, wykazywał jednocześnie, że ich pozostawienie ma negatywny wpływ na sporządzenie przez niego oferty w postępowaniu. Tym samym dowiódł on, że wykazywane przez niego naruszenie przepisów ustawy Pzp, poprzez konkretne zapisy SIWZ, ma potencjalny wpływ na uzyskanie przez niego niniejszego zamówienia publicznego i w konsekwencji poniesienia szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów w nich podniesionych, uznała, że podlega ono uwzględnieniu z racji potwierdzenia się jednego z zarzutów, co do którego wykazano wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego oraz na jego stronie internetowej w dniu 17 marca 2015 r. Jednocześnie ogłoszenie to zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 marca 2015 r. W dniu 18 czerwca 2015 r. zaprosił trzech wykonawców (w tym Odwołującego i Przystępującego) do składania ofert, przekazując im treść SIWZ, której postanowienia są kwestionowane w ramach zarzutów niniejszego odwołania.

Po wniesieniu odwołania Zamawiający w dniu 6 lipca 2015 r. dokonał modyfikacji postanowień SIWZ. Takiej modyfikacji wraz z udzieleniem odpowiedzi na poszczególne pytania Zamawiający dokonał również w dniu 10 lipca 2015 r. W dniu 16 lipca 2015 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na kolejne zapytania dotyczące treści SIWZ i zmodyfikował jej treść.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu odwołania, poprzez zastrzeżenie w § 1 ust. 2 wzoru umowy zbyt krótkiego i obiektywnie niemożliwego do dotrzymania terminu na uruchomienie sieci WAN, w szczególności z punktu widzenia aktualnych możliwości

technologicznych, przez wzgląd na charakterystykę świadczenia, co – w ocenie Odwołującego - czyni świadczenie wykonawcy przewidziane w umowie świadczeniem niemożliwym, czym Zamawiający naruszył art. 387 § 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Podstawą oddalenia przez Izbę tego zarzutu była dyspozycja art. 179 ust. 1 ustawy Pz. Wskazany przepis, stanowiący materialnoprawną podstawę wniesionego odwołania, badaną przez Izbę z urzędu, określa przesłanki wskazujące na prawno-formalną możliwość podnoszenia zarzutów odwołania. W ocenie Izby Odwołujący w zakresie wskazanego zarzutu nie wypełnił jednej z wymienionych tam przesłanek. Przepis ten bowiem wskazuje, że Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec określonych czynności i zaniechań Zamawiającego, powinien wykazać określone naruszenie przepisów ustawy Pzp, które prowadzi do uszczerbku w interesie wykonawcy podlegającym na pozbawieniu go możliwości uzyskania danego zamówienia publicznego i tym samym narażanie go na poniesienie wymiernej szkody. Przesłanka, która w zakresie wskazanego zarzutu nie została – zdaniem Izby – wypełniona, to brak wykazania przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez określone zachowanie się Zamawiającego (określony zapis SIWZ). Odwołujący nie wykazał, że poprzez wyznaczenie – w ocenie Odwołującego – zbyt krótkiego czasu na uruchomienie usługi WAN w ramach niniejszego zamówienia Zamawiający dopuścił się naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp. Tylko bowiem naruszenie przepisów ustawy Pzp, a nie jakiegokolwiek innej ustawy, może stanowić podstawę uwzględnienia przez Izbę odwołania. Tymczasem Odwołujący, podnosząc przywołany zarzut, wskazał na naruszenie art. 387 § 1 KC. Przywołany w związku z nim art. 139 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedynie przepis odsyłający, który - zdaniem Izby - samodzielnie nie może stanowić podstawy naruszenia, wykazywaną przez wykonawcę. Obok przywołanych przepisów Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób określony zapis SIWZ naruszał materialne przepisy ustawy Pzp. W świetle powyższego Odwołujący we wskazanym zakresie nie wykazał uszczerbku w swoim interesie związanym z uzyskaniem przez niego zamówienia, poprzez naruszenie określonych norm ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania, polegającego na zastrzeżeniu w § 6 ust. 8 i 9 wzoru umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia publicznego oraz pomniejszenia wynagrodzenia wykonawcy, a przez to wprowadzenie możliwości jednostronnej zmiany umowy przez Zamawiającego, uchybiające zasadom zawierania i zmiany umowy w formie pisemnej i stojące w sprzeczności z zasadą swobody umów oraz obowiązkiem Zamawiającego w postaci jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, czym – w ocenie Odwołującego - Zamawiający naruszył art. 77 § 1 KC w zw. z art. 78 § 1 KC

i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 6 ust. 8 i 9 wzoru umowy zastrzegł, że w przypadku decyzji niezależnej od Zamawiającego, w wyniku której zostanie zlikwidowana jedna lub więcej lokalizacji, w których ma być realizowana usługa objęta przedmiotem zamówienia, wynagrodzenie miesięczne wykonawcy zostanie pomniejszone od następnego okresu rozliczeniowego w określony - według stosownego wzoru - w umowie sposób, zaś w przypadku likwidacji większej liczby lokalizacji, wynagrodzenie miesięczne zostanie pomniejszone o sumę wartości wyliczonej dla każdej likwidowanej jednostki.

Odwołujący wykazywał przy niniejszym zapisie SIWZ przede wszystkim niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podzieliła wskazane stanowisko Odwołującego, uznając, że przywołane zapisy SIWZ przewidują możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu świadczenia na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający swobodnie, w nieograniczony sposób, przewidział samodzielną możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu świadczenia, a tym samym zmniejszenia wysokości wynagrodzenia za spełnienie świadczenia. Nie określił w żaden sposób zakresu zmiany przedmiotu świadczenia ani okoliczności, w których to miałyby nastąpić, tak, aby ograniczyć ryzyko występujące w tym przedmiocie po stronie wykonawcy na etapie wyceny swojej oferty. Wykonawca wycenia swoją ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. W oparciu o powyższe kalkuluje swoją ofertę. W sytuacji, w której Zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tymczasem zawarte w ofercie zobowiązanie wynika z treści SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia opisany przez Zamawiającego w SIWZ w sposób jednoznaczny stanowi podstawę złożenia oferty przez wykonawcę i takiego też zakresu realizacji zamówienia wykonawca oczekuje w toku wykonania zamówienia, za co przysługuje mu określone w treści umowy wynagrodzenie. Jeśli zatem Zamawiający w niczym nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe – w ocenie Izby – czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty. Zamawiający zatem powinien tak opisać w SIWZ zasady związane z likwidacją jednostek, gdzie usługa stanowiąca przedmiot zamówienia ma być świadczona, aby określić granice ryzyka wykonawcy uzasadnienie charakterem przedmiotu zamówienia i wynikające z nakładów, które wykonawca musi

ponieść w związku z określonym pierwotnie w SIWZ zakresem przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien albo zrezygnować w ogóle z kwestionowanych zapisów wzoru umowy, albo określić je w taki sposób, aby ryzyko wykonawcy związane ze zmniejszeniem zakresu przedmiotu zamówienia możliwe było do wyceny. Powyższe możliwe jest poprzez określenie minimalnego przedmiotu zamówienia (np. procentowo, wartościowo itp.), który będzie podlegał zakupom Zamawiającego, niezależnie od ewentualnych zmian w strukturze organizacyjnej Zamawiającego, a tym samym określenie na minimalnym poziomie zakupów, z których Zamawiający będzie mógł zrezygnować w określonych sytuacjach, które będą stanowiły, możliwe do wyceny przez wykonawcę, jego ryzyko, adekwatne do zakresu przedmiotu świadczenia i charakteru usług objętych przedmiotem zamówienia. Powyższe możliwe jest do realizacji w różny, przewidziany w przepisach ustawy Pzp sposób, np. poprzez przewidzenie w opisie przedmiotu zamówienia prawa opcji, bądź przewidzenia innego ekwiwalentu dla wykonawcy związanego z należnym mu wynagrodzeniem w sytuacji zmian w strukturze organizacyjnej Zamawiającego. Izba nie nakazywała Zamawiającemu konkretnego rozwiązania (zapisu SIWZ) w tym zakresie, uznając, że jest on podmiotem odpowiedzialnym za prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i decydentem tego postępowania odpowiedzialnym za realizację swoich potrzeb. Wskazane potrzeby powinny być jednak opisane w taki sposób, aby nie prowadziły do utrudnienia uczciwej konkurencji i były jednoznaczne dla wykonawców w taki sposób, aby umożliwić im złożenie oferty w postępowaniu.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się we wskazanym zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przywołany zapis SIWZ.

Izba uznała, że przywołane naruszenie przepisu ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Poprzez kwestionowany zapis SIWZ, ograniczający dostęp do zamówienia wykonawcom, przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, można stwierdzić potencjalny wpływ powyższego na ilość wykonawców ubiegających się o dane zamówienia, a tym samym wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba, nie rozpoznawała trzeciego zarzutu odwołania, dotyczącego treści § 2 ust. 2 wzoru umowy i możliwości zgłoszenia przez Zamawiającego sprzeciwu wobec powierzenia prac podwykonawcy i żądania ich wykonania bezpośrednio przez wykonawcę, z uwagi na nie podtrzymanie tego zarzutu przez Odwołującego, który jest dysponentem i może w tym zakresie zgłaszać, do czasu zamknięcia rozprawy, wnioski dyspozytywne.

Odnosząc się do czwartego zarzutu odwołania, poprzez nie sprecyzowanie w § 7 ust. 5 i 6 wzoru umowy terminu usunięcia awarii, którego przekroczenie powoduje naliczenie



przez Zamawiającego wysokiej kary umownej czym – zdaniem Odwołującego - przekroczone granice swobody umów i obdarzono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z nałożeniem tej kary oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 353<sup>1</sup> KC i art. 483 § 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny. Potwierdzenie się tego zarzutu nie wpłynęło jednak na uwzględnienie odwołania, z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, tj. Izba stwierdziła, że naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 7 ust. 5 wzoru umowy określił kary umowne naliczane w przypadku zwłoki w usunięciu awarii dowolnego z łączy, polegającej na niedotrzymaniu określonych przez Zamawiającego parametrów. Zamawiający określił wysokość kar odrębnie dla przyłączy z każdej z grup za każde całkowicie niedziałające przyłącze za godzinę, za każde częściowo niedziałające przyłącze (działa łącze zapasowe za dobę) i za częściowo niedziałające przyłączane (nie działa przyłącze rezerwowe za dobę), poprzez wskazanie odpowiedniego wskaźnika do wartości kontraktu brutto. W ust. 6 tego paragrafu umowy Zamawiający wskazał, że degradacja przepływności zarówno ciągła, jak i doraźna, powtarzająca się i przekraczająca okres usuwania awarii lub niedotrzymanie QoS, traktowana jest jako częściowo niedziałające przyłącze. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego w dniu 6 lipca 2015 r. zmodyfikowała postanowienia § 7 - zarówno ust. 5, jak i ust. 6 wzoru umowy, wskazując, że kary będą naliczone w przypadku zwłoki w przywróceniu dostępności usługi dla dowolnego z łączy, polegającej na niedotrzymaniu parametrów SLA, określonych w pkt 3.4.2.6, 3.4.2.8, 3.4.2.12 załącznika nr 1 do umowy. W ust. 6 § 7 wzoru umowy Zamawiający także doprecyzował, że degradacja przepływności, zarówno ciągła, jak i doraźna, powtarzająca się i przekraczająca przedział czasowy rozumiany jako naruszenie warunków SLA określonych w pkt 3.4.2.6, 3.4.2.8, 3.4.2.12 załącznik nr 1 do umowy lub niedotrzymanie QoS, traktowana będzie jako częściowo niedziałające przyłącze.

Przedmiotem zarzutu podniesionego w odwołaniu jest brak wskazania przez Zamawiającego określonego terminu na usunięcie awarii, co – zdaniem Odwołującego - kreuje niewspółmierne ryzyko kontraktowe, w sytuacji gdy z tego tytułu Zamawiający przewidział naliczanie kar umownych. Zakresem zarzutu odwołania - jak wskazuje analiza treści odwołania - nie jest z pewnością określenie zbyt krótkiego terminu na usuwanie awarii, na co starał się w toku rozprawy wskazywać Przystępujący. Przystępujący, zgłaszający swoje przystąpienie po stronie Odwołującego, zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, powinien składać wnioski i oświadczenia pozostające w zgodzie ze stroną, do której zgłosił

przystąpienie. Z tych też względów Izba oświadczenia składane w toku rozprawy w tym zakresie przez Przystępującego, pozostawiła je poza oceną przedmiotowego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu odwołania, Izba stwierdziła, iż faktycznie brak określenia przez Zamawiającego w SIWZ czasu na usuwanie awarii, do czego zobowiązany jest wykonawca, w sytuacji gdy z tego tytułu (zwłoki w usunięciu awarii) Zamawiający przewidział naliczanie kar umownych, powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest precyzyjny co z kolei skutkuje dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zbyt dużym ryzykiem związanym z brakiem możliwości prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia. Powyższe jednak – jak wskazano powyżej – nie mogło być podstawą uwzględnienia odwołania. Izba, wydając wyrok – stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp – powinna wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania do czasu zamknięcia rozprawy. W toku rozprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 6 lipca 2015 r. dokonał modyfikacji zaskarżonych postanowień SIWZ, co – w ocenie Izby - wskazuje, że zarzut odwołania zdezaktualizował się. W ocenie Izby aktualne brzmienie postanowień § 7 ust. 5 i 6 wzoru umowy wyraźnie definiuje z jednej strony oczekiwania Zamawiającego, który przyjął inną - niż wydawać by się mogło oczekiwał tego Odwołujący i Przystępujący - metodę świadczenia usługi. Zamawiający nie precyzował bowiem konkretnych terminów usunięcia awarii, gdyż w tym zakresie istotny był dla niego czas dostępności do usługi i przyjął w tym przedmiocie różne poziomy tej niedostępności do przyłącza w zależności od grup lokalizacji, co wyspecyfikował we wskazanych postanowieniach umowy, określając także kary umowne, odnoszące się do czasu niedostępności do usługi w poszczególnych grupach. W oparciu o powyższe dane – zdaniem Izby - istnieje obiektywna możliwość wyliczenia minimalnego czasu niedostępności do usługi, jaki dopuszcza Zamawiający, a także w konsekwencji zapieczęcia się przez wykonawcę przed naliczeniem kary umownej, poprzez zastosowanie takich rozwiązań technicznych (np. zapasowe urządzenia), które będą umożliwiałyby prawidłowe świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego w minimalnym czasie niedostępności do usługi, za co Zamawiający nie będzie naliczał kar umownych. Z drugiej zaś strony Zamawiający w tym kontekście zdefiniował także pojęcie zwłoki, odnosząc ją do określonego przedziału czasowego, dopuszczonego jako minimum czasowego niedostępności do usługi. Jednocześnie też Zamawiający określił co rozumie pod pojęciem „degradacja przepływności” związana z naruszeniem warunków SLA lub niedotrzymanie QoS, co jest równoznaczne z częściowo nie działającym przyłączem. Powyższe – zdaniem Izby – ucytelnienia opis przedmiotu zamówienia i oczekiwania Zamawiającego, jakie ten ma co do świadczenia usług, objętych przedmiotem zamówienia, co pozwala wykonawcy na sformułowanie swojej oferty i wycenę ryzyka związanego ze świadczeniem usługi na wskazanych warunkach.

Na marginesie tylko Izba podkreśla, że brak jest podstaw do kwestionowania przez wykonawców wysoko postawionych przez Zamawiającego wymogów dotyczących świadczenia usługi wyłącznie z uwagi na to, że powyższe wydaje się wykonawcom nieuzasadnione z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. O ile postanowienia opisu przedmiotu zamówienia nie są nieczytelne, czy nie utrudniają uczciwej konkurencji, Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawców nawet wygórowanych warunków świadczenia usługi. To, że wymogi określa jednostka publiczna nie oznacza, że nie może określać wysokich standardów świadczenia usług, nawet jeśli wymaga to zindywidualizowania oferty kierowanej właśnie do Zamawiającego przez wykonawców, którzy powszechnie na rynku świadczą dla klientów podobne usługi być może na niższych poziomach wymagań niż sprecyzowane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego.

Tym samym w zgodzie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba nie mogła w tym zakresie uwzględnić złożonego odwołania z uwagi na to, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, na moment wydania wyroku w przedmiotowej sprawie nie miało już wpływu na wynik postępowania ze względu na modyfikację SIWZ przez Zamawiającego.

Odnosząc się do piątego zarzutu odwołania, poprzez nie sprecyzowanie w § 3 ust. 6 wzoru umowy pojęcia „rażącego przekroczenia terminu usunięcia awarii”, które - w ocenie Odwołującego - skutkować będzie zastępczym usunięciem awarii przez Zamawiającego na koszt i ryzyko wykonawcy co powoduje, iż przekroczono granice swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z realizacją wykonania zastępczego oraz uchybiono obowiązkowi, jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 353<sup>1</sup> KC i art. 483 § 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 3 ust. 6 wzoru umowy wskazał, że obowiązek po stronie Zamawiającego powiadomienia wykonawcy o wszelkich nieprawidłowościach, usterkach lub uszkodzeniach w udostępnionych przez wykonawcę urządzeniach niezwłocznie po ich stwierdzeniu nie wyklucza prawa Zamawiającego do zrealizowania napraw i obciążenia jej kosztem wykonawcy w sytuacji rażącego przekroczenia terminu usunięcia awarii.

Odwołujący w ramach tego zarzutu podnosił, że Zamawiający nie sprecyzował w postanowieniach SIWZ pojęcia „rażącego przekroczenia terminu usunięcia awarii”, co w jego ocenie wskazuje przede wszystkim na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia i prowadzi do nadmiernego ryzyka występującego po stronie wykonawcy.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem pojęcie: „rażący”, „rażąco” jest pojęciem powszechnie funkcjonującym w obrocie

prawnym i gospodarczym i jego interpretacja w praktyce dokonywana jest w konkretnych okolicznościach sprawy, w odniesieniu do stosunków danego rodzaju i charakteru przedmiotu zamówienia. Pojęcie to występuje choćby w art. 90 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do pojęcia rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i każdorazowo indywidualnie podlega ocenie w konkretnym stanie faktycznym sprawy. Tym samym w tym zakresie domaganie się od Zamawiającego, aby sprecyzował w SIWZ wskazane pojęcie wydaje się oczekiwaniem ze strony wykonawcy nadmiernym. Dodatkowo na marginesie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający, dokonując przywołanej powyżej modyfikacji postanowień SIWZ w dniu 6 lipca 2015 r. sprecyzował nie tylko przywołane postanowienia § 7 ust. 5 i 6 wzoru umowy, łączące się z kwestionowanym postanowieniem umowy, ale także treść § 3 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy, do którego wprost odwołuje się kwestionowany § 3 ust. 6 wzoru umowy, gdzie Zamawiający sprecyzował kwestię dotyczącą dostępności do sieci, jakiej oczekuje od wykonawcy.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w tym zakresie w treści odwołania przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do szóstego zarzutu odwołania, poprzez zastrzeżenie w § 7 ust. 3 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do naliczenia podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie, jakim jest zwłoka w uruchomieniu pojedynczego łącza, co - wedle Odwołującego - stanowi karę rażąco wysoką, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz instytucją kary umownej, czym Zamawiający naruszył art. 483 § 1 KC i art. 484 § 2 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny, opierając się o dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podtrzymuje w tym zakresie w pełni swoją argumentację zaprezentowaną w odniesieniu do zarzutu pierwszego odwołania.

Mając powyższe na uwadze i - działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp - orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania, tj. uwzględnienia odwołania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....