

WYROK

z dnia 12 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2014 r. przez wykonawcę

GTS Poland sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawcy **Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozdziału II „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” pkt 19. poprzez wykreślenie słów: „przy czym łącza radiowe nie mogą stanowić jedyne go medium dla łączy dostępowych, za wyjątkiem maksymalnie 6-miesięcznego okresu przejściowego. W okresie przejściowym możliwa jest realizacja co najwyżej 40% łączy w technologii radiowej. Docelowo co najmniej 85% łączy powinny stanowić łącza kablowe (sumarycznie dla łączy podstawowych i backupowych).”,**

- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GTS Poland sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcyjii Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz GTS Poland sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 lutego 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 029-046797. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – GTS Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie:

- a) określenia przez zamawiającego sztywnych terminów odnoszących się do realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia),
- b) uprawnienia zamawiającego do skalowania usługi, czyli możliwości żądania przez zamawiającego raz na rok dla danego łącza, zwiększenia ruchu, co najmniej do dwukrotnej wartości w każdej z lokalizacji lub powrotu do przepustowości podstawowej (pkt 8. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”),
- c) w jakim, podwyższenie przepustowości łącza, zmiana klasy łącza (zmniejszenie, zwiększenie, utworzenie nowej) lub zwiększenie liczby lokalizacji nastąpi na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 8.1 OPZ),
- d) możliwości zmniejszenia przez zamawiającego liczby objętych siecią lokalizacji (pkt 8.2 OPZ),
- e) wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć aneks zmieniający umowę w terminie do 7 dni od dnia zgłoszenia konieczności dokonania zamiany (pkt 8.4 OPZ),
- f) ograniczenia przez zamawiającego możliwości zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem alternatywnych technologii świadczenia usług, w szczególności ograniczenie możliwości świadczenia usług w technologii radiowej (pkt 19 OPZ),

g) zmiany wysokości opłaty miesięcznej oraz wyłączenia możliwości żądania przez wykonawcę dodatkowej opłaty za zmianę liczby lub siedziby objętych siecią lokalizacji (pkt 20 OPZ),

h) nałożenia na wykonawcę obowiązku zapewnienia, bez dodatkowych opłat po stronie zamawiającego szkolenia dla pracowników zamawiającego (dwóch administratorów Centrali) w zakresie określonym przez Zamawiającego w OPZ (pkt 25 OPZ),

2. art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie rozdziału III specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającego istotne postanowienia umowy/wzór umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:

a) dwukrotne odrzucenie (nieprzyjęcie) przez zamawiającego projektu i harmonogramu uruchomienia uprawnia zamawiającego do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit. c wzoru umowy),

b) zamawiający uprawniony jest do wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, w przypadku zwłoki wykonawcy w uzyskaniu potwierdzenia gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA trwającej powyżej 14 dni roboczych ponad termin określony w ust. 1 pkt 3 (§ 2 ust. 2 wzoru umowy),

c) realizacja zamówienia nie może być warunkowana wykonaniem jakiejkolwiek czynności zamawiającego ani innej jednostki organizacyjnej GDDKiA w odniesieniu do innego podmiotu (lub jego zasobów) niż wykonawca. Uzgodnienie dostępu do budynków i ewentualnych prac instalacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy (§ 6 ust. 4 wzoru umowy),

d) wykonawca zapłaci karę umowną:

- w wysokości 10% wartości umowy brutto, o której mowa w § 1 ust. 5 w przypadku wypowiedzenia przez zamawiającego umowy, o którym mowa w § 2 ust. 2 (§ 7 ust. 1 wzoru umowy),

- w wysokości 10% wartości umowy brutto, o której mowa w § 1 ust. 5 w przypadku wypowiedzenia przez zamawiającego umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c (§ 7 ust. 2 wzoru umowy),

- w przypadku zwłoki w uzyskaniu potwierdzenia stanu gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA w terminie określonym w § 2 ust. 1 pkt 3 wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości umowy, o której mowa w § 1 ust. 5, za każdy dzień zwłoki (§ 7 ust. 3 wzoru umowy),

e) zamawiający dopuszcza zmiany w umowie polegające na zmniejszeniu liczby objętych siecią lokalizacji, zwiększeniu przepustowości zestawionych łączy, wprowadzeniu nowej lokalizacji (§ 9 wzoru umowy),

3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. modyfikację punktu 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednich postanowień wzoru umowy poprzez wskazanie, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w następujących terminach:

1) przygotowanie projektu i harmonogramu uruchomienia nastąpi w ciągu 30 dni od dnia zawarcia umowy,

2) zgłoszenie gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA nastąpi w terminie 150 dni od dnia zawarcia umowy,

3) przeprowadzenie testów odbiorczych oraz uzyskanie potwierdzenia stanu gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA nastąpi w terminie 14 dni od zgłoszenia gotowości do świadczenia usług,

4) świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA rozpocznie się w terminie dwóch dni od przeprowadzenia testów odbiorczych oraz uzyskania potwierdzenia stanu gotowości do świadczenia usług i będzie trwało przez 36 miesięcy,

5) przeprowadzenie szkoleń, o których mowa w punkcie 25. załącznika nr 1 do umowy nastąpi w terminie do 3 miesięcy od uzyskania przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA,

2. modyfikację punktu 8. OPZ, 8.1 OPZ, 8.2 OPZ, 8.4 OPZ, 20 OPZ oraz § 9 wzoru umowy poprzez ujednoczenie polegające na wskazaniu, że:

a) zamawiający dopuszcza zmiany umowy polegające na zmniejszeniu liczby objętych siecią lokalizacji, w zakresie nieprzekraczającym 10% tej liczby w ciągu całego okresu trwania umowy:

- w przypadku likwidacji danej lokalizacji,

- w przypadku konieczności zwiększenia przepustowości zestawionych łączy dostępowych dla danej lokalizacji w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie mógł zapewnić wymaganej przez zamawiającego przepustowości,

- w przypadku zmiany klasy łączy (zmniejszenie, zwiększenie, utworzenie nowej) w sytuacji, gdy wykonawca nie może zapewnić świadczenia usług o wymaganej przez zamawiającego jakości,

b) w przypadkach o których mowa powyżej, cena miesięczna za usługę ulegnie pomniejszeniu o jednostkową cenę płatną za daną (likwidowaną) lokalizację,

c) zmiany polegające na zmniejszeniu liczby objętych siecią lokalizacji będą wykonywane zgodnie ze zgłoszeniami zamawiającego wynikającymi ze zmieniających się potrzeb w zakresie eksploatacji sieci WAN,

d) wprowadzenie nowej lokalizacji będzie następowało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,

e) zwiększenie przepustowości zestawionych łączy dostępowych dla danej lokalizacji oraz zmiana klasy łączy (zmniejszenie, zwiększenie, utworzenie nowej) będzie następowała w terminach i w zakresie określonym w harmonogramie planowanych zmian przepustowości oraz zmian klasy łączy, który zamawiający udostępni przed upływem terminu składania ofert (jako załącznik do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia),

f) wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć aneks zmieniający umowę w terminie do 7 dni od dnia zgłoszenia konieczności dokonania zmiany. Zmiana przepustowości nastąpi w terminie nie krótszym niż 2 miesiące od momentu podpisania aneksu – w przypadku, gdy występują możliwości techniczne umożliwiające świadczenie usług o parametrach wymaganych przez zamawiającego albo w terminie nie krótszym niż 6 miesięcy – w przypadku braku możliwości technicznych świadczenia usług o parametrach wymaganych przez zamawiającego.

3. modyfikację punktu 19. OPZ w ten sposób, że obecne brzmienie zastępuje następującym: „Ze względu na wymagania w zakresie bezpieczeństwa, zamawiający wyklucza możliwość zbudowania łączy podstawowych z wykorzystaniem:

- zasobów publicznej sieci Internet,
- łączy satelitarnych,
- technologii IEEE 802.11, 802.16,
- łączy radiowych wykorzystujących nielicencjonowane pasmo,
- komutowanych łączy telefonicznych,
- w oparciu o sieci komórkowe tj. w szczególności technologii GPRS, EDGE; UMTS, HSPA, HSDPA, CDMA.

Z tym zastrzeżeniem, że zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy zapasowych z wykorzystaniem:

- łączy satelitarnych,
- technologii IEEE 802*11, 802.16,
- w oparciu o sieci komórkowe tj. w szczególności technologii GPRS, EDGE, UMTS, HSPA, HSDPA, CDMA.

Dopuszczalna jest realizacja łączy dostępowych w technologii radiowej punkt – wielopunkt, ale tylko w paśmie koncesjonowanym.”,

4. wykreślenie punktu 25. OPZ, ewentualnie zastąpienie obecnego brzmienia w następujący sposób: „W ramach oferowanej ceny wykonawca zapewni (bez dodatkowych opłat po stronie

zamawiającego) szkolenie dla pracowników zamawiającego (dwóch administratorów Centrali). Szkolenie będzie dotyczyło podstawowych kwestii związanych z bezpieczeństwem oraz QoS zastosowanych rozwiązań. Czas trwania szkolenia to 1 dzień roboczy (8h), szkolenie będzie prowadzone dla obu uczestników jednocześnie.”,

5. wykreślenie § 2 ust. 1 pkt 1) lit. c) wzoru umowy,

6. wykreślenie § 2 ust. 2 wzoru umowy,

7. modyfikację § 6 ust. 4 poprzez określenie, że zamawiający będzie uczestniczył i wspierał wykonawcę w procesie uzgadniania dostępu do budynków i ewentualnych prac instalacyjnych,

8. wykreślenie § 7 ust. 1 wzoru umowy,

9. wykreślenie § 7 ust. 2 wzoru umowy,

10. wykreślenie § 7 ust. 3 wzoru umowy.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił Orange Polska S.A., a po stronie odwołującego NETIA S.A.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, jednak 5 marca 2014 r. wprowadził szereg modyfikacji do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący uznał, że dokonane przez zamawiającego zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia satysfakcjonują go co do zarzutów: nr 1 pkt a), b), c), d), e), g) i h) oraz nr 2 pkt b), c) i e). Tym samym kwestie te przestały stanowić przedmiot sporu i nie były przedmiotem rozprawy i rozpoznania przez Izbę.

Odwołujący podtrzymał zarzuty nr 1 pkt f), nr 2 pkt a) i d), które zostały rozpoznane przez Izbę.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Izba uznała, iż zarzut nr 1 pkt f) dotyczący punktu 19. opisu przedmiotu zamówienia, a odnoszący się do ograniczenia przez zamawiającego możliwości zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem alternatywnych technologii świadczenia usług, w szczególności ograniczenie możliwości świadczenia usług w technologii radiowej potwierdził się. Z tym, iż cały zarzut i argumentacja odwołującego (oraz pozostałych uczestników) dotyczyły *de facto* wyłącznie technologii radiowej – zatem i przedmiotem rozpoznania przez Izbę z technologii „alternatywnych”, była tylko technologia radiowa.

Po zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 marca 2014 r. punkt 19. opisu przedmiotu zamówienia otrzymał brzmienie: „Ze względu na wymagania w zakresie bezpieczeństwa, Zamawiający wyklucza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem:

- zasobów publicznej sieci Internet;
- łączy satelitarnych;
- technologii IEEE 802.11, 802.16;
- łączy radiowych, wykorzystujących niekoncesjonowane pasmo;
- komutowanych łączy telefonicznych;
- w oparciu o sieci komórkowe tj. w szczególności technologii GPRS, EDGE, UMTS, HSPA, HSDPA, CDMA.

Dopuszczalna jest realizacja łączy dostępowych w technologii radiowej Point-to-Point lub punkt-wielopunkt – ale tylko w paśmie koncesjonowanym, przy czym łącza radiowe nie mogą stanowić jedyne medium dla łączy dostępowych, za wyjątkiem maksymalnie 6-miesięcznego okresu przejściowego. W okresie przejściowym możliwa jest realizacja co najwyżej 40% łączy w technologii radiowej. Docelowo co najmniej 85% łączy powinny stanowić łącza kablowe (sumarycznie dla łączy podstawowych i backupowych).”

W związku ze zmianą punktu 19., odwołujący zmodyfikował swoje żądanie wnosząc o wykreślenie części wymogu: „przy czym łącza radiowe nie mogą stanowić jedyne medium dla łączy dostępowych, za wyjątkiem maksymalnie 6-miesięcznego okresu przejściowego. W okresie przejściowym możliwa jest realizacja co najwyżej 40% łączy w technologii radiowej. Docelowo co najmniej 85% łączy powinny stanowić łącza kablowe (sumarycznie dla łączy podstawowych i backupowych).”

W swojej argumentacji zamawiający wskazał, że obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Naturalne jest też,

że zawsze pewna część wykonawców będzie mogła zrealizować zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego lub znajdzie się w lepszej pozycji w stosunku do innych wykonawców. Nie można też zmuszać zamawiającego do nabycia usług nieodpowiadających jego potrzebom co do jakości i funkcjonalności. Opis przedmiotu zamówienia może prowadzić do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, jednak takie ograniczenie nie może być bezzasadne, pozbawione uzasadnienia wynikającego z obiektywnych potrzeb zamawiającego.

Zamawiający swoje dążenie do realizacji usługi za pomocą technologii kablowej uzasadniał większą zawodnością i podatnością na awarie łączy bezprzewodowych niż przewodowych. Zamawiający wskazał, że w 2013 r. współczynnik awarii użytkowanych przez niego łączy wyniósł 0,8 dla łączy radiowych, przy współczynniku 0,5 dla łączy kablowych. Zdaniem zamawiającego łącza bezprzewodowe podlegają też w większym stopniu niż kablowe skutkom zmian atmosferycznych oraz zakłóceniom wywoływanym przez inne urządzenia. Natomiast dla zamawiającego niezwykle istotne jest bezpieczeństwo (ciągłość działania) sieci.

Izba jak najbardziej podziela pogląd zamawiającego dotyczący jakości usług. Jednak należy zauważyć, że argumentem zamawiającego uzasadniającym wymóg technologii kablowej, była jej mniejsza awaryjność – i, według wiedzy Izby, rzeczywiście taki jest powszechny pogląd. Niemniej nie musi to oznaczać, że wszystkie łącza zbudowane w technologii radiowej muszą być zawodne w wysokim stopniu. Należy się zgodzić z odwołującym, że będzie to zależało w dużej mierze od jakości zbudowanej sieci i użytych urządzeń, a zamawiający powinien stawiać swoje wymogi właśnie w oparciu o wymogi jakościowe, a nie ograniczanie technologii.

Odwołujący zapewniał, że budowane przez niego sieci mogą wykazać bezawaryjność na poziomie 99,99%, podczas gdy zamawiający wymaga dostępności usługi w skali roku na poziomie 99,9% dla łączy klasy A (czas usunięcia awarii 4 godziny), 99,7% dla łączy klasy B (czas usunięcia awarii 8 godzin) i 99,0% dla łączy klasy C (czas usunięcia awarii 24 godziny).

Tym samym – w oparciu o powyższe dane (wymogi i deklaracje) – trudno powiedzieć, że tylko zakaz używania technologii innych niż kablowe może prowadzić do uzyskania przez zamawiającego zakładanego efektu.

Poza tym dla określenia wskaźnika „awaryjności” sieci wpływ ma niewątpliwie nie tylko sama liczba awarii, lecz także czas ich trwania. W tym zakresie odwołujący podał dwa ważne, a niekwestionowane argumenty, tj. po pierwsze, że co do zasady awarie sieci radiowych usuwane są szybciej; po drugie, szybciej usuwane są awarie sieci własnej niż dzierżawionej,

gdyż nie wymagają udziału w naprawie właściciela sieci dzierżawionej, którą byłaby tu głównie sieć kablowa. Zatem i z tego powodu warto dopuścić możliwość korzystania z technologii radiowej.

W przypadku niedotrzymywania przez wykonawcę wymogów dotyczących bezawaryjności (dostępności usługi) – już niezależnie od zastosowanej technologii – zamawiający nie musi być skazany na usługi o niskiej jakości – może on przewidzieć wypowiedzenie/rozwiązanie umowy. Przy tego rodzaju usługach powinno to być o tyle łatwe, że ze względu na zbudowaną już infrastrukturę kablową, inny wykonawca będzie mógł dość szybko przejąć realizację usługi.

Dodatkowo zamawiający może już na etapie składania ofert zażądać przedstawienia koncepcji realizacji usługi ze wskazaniem/potwierdzeniem współczynnika jej niezawodności. Pod warunkiem oczywiście, że potrafi taką koncepcję ocenić.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, iż jej rozstrzygnięcie dotyczy wyłącznie punktu 19. opisu przedmiotu zamówienia, gdyż tylko jego dotyczył zarzut. Natomiast nie wpływa to na inne ograniczenia postawione przez zamawiającego co do technologii, które nie były kwestionowane w odwołaniu i tym samym badane przez Izbę. Z drugiej zaś strony zamawiający powinien zwrócić uwagę, czy zmiana punktu 19. nie będzie wymagała dostosowania także innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do zarzutu nr 2 lit. a) dotyczącego § 2 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w zakresie możliwości wypowiedzenia umowy przez zamawiającego w przypadku dwukrotnego odrzuceniu (nieprzyjęcia) przez zamawiającego projektu i harmonogramu uruchomienia – Izba uznała, że takie postanowienie umowy jest dopuszczalne.

Po modyfikacji z 5 marca 2014 r. § 2 ust. 1 pkt 2 uzyskał brzmienie:

„1. Przedmiot zamówienia będzie realizowany w następujących terminach:

1) przygotowanie projektu i harmonogramu uruchomienia nastąpi w terminie do 30 dni od dnia zawarcia umowy, z uwzględnieniem następujących czynności:

a) Zamawiający dokona odbioru projektu i harmonogramu uruchomienia w ciągu 5 dni roboczych od dnia przedstawienia przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem punktu c),

b) w przypadku, kiedy Zamawiający stwierdzi, że projekt i harmonogram uruchomienia jest niekompletny, zawiera błędy merytoryczne lub też jest niezgodny z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 1 do umowy, Zamawiający odrzuci dokument oraz przedstawi pisemne uzasadnienie odmowy odbioru. W terminie ustalonym pisemnie przez Strony, nie dłuższym jednak niż 5 dni roboczych Wykonawca usunie błędy, a następnie przekaże dokument do ponownego odbioru,

c) dwukrotne odrzucenie (nie przyjęcie) przez Zamawiającego projektu i harmonogramu uruchomienia uprawnia Zamawiającego do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym.”

Izba uznała tu za uzasadnione stanowisko zamawiającego, że rezygnacja przez niego z kontynuowania umowy ze względu na brak realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego już na wczesnym jej etapie, jest jak najbardziej uzasadniona. Oczywiście jest, iż zbędne jest narażanie zamawiającego na dalsze niedogodności, a wykonawcę na koszty budowy sieci, jeśli wykonanie umowy od początku nie rokuje jej powodzenia.

Zamawiający wskazywał przy tym, że przy pierwszym odrzuceniu projektu czy harmonogramu poda wykonawcy pisemną informację o przyczynach ich nieprzyjęcia, zatem po pierwszym odrzuceniu wykonawca będzie mógł poprawić swoje założenia. Należy przy tym wskazać, że po takim odrzuceniu, a przed sporządzeniem drugiego projektu/harmonogramu wykonawca powinien móc wykazać swoje uwagi i zastrzeżenia co do stanowiska zamawiającego, a w przypadku ich słuszności, powinny być one przez zamawiającego uwzględnione. Postanowienie to nie może bowiem służyć zamawiającemu jako pretekst do wypowiedzenia umowy.

Co do zarzutu nr 2 lit. d) dotyczącego kar umownych Izba również uznała, że postanowienia umowy są dopuszczalne.

W swoim zarzucie odwołujący odniósł się do kar określonych w § 7 ust. 1, 2 i 3 wzoru umowy w wysokości:

- 10% wartości umowy brutto, o której mowa w § 1 ust. 5 w przypadku wypowiedzenia przez zamawiającego umowy, o którym mowa w § 2 ust. 2,
- 10% wartości umowy brutto, o której mowa w § 1 ust. 5 w przypadku wypowiedzenia przez zamawiającego umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c,
- 0,1% wartości umowy, o której mowa w § 1 ust. 5, za każdy dzień zwłoki w przypadku zwłoki w uzyskaniu potwierdzenia stanu gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA w terminie określonym w § 2 ust. 1 pkt 3.

Odwołujący zażądał wykreślenia § 7 ust. 1-3.

Zdaniem odwołującego taki układ kar umownych rodzi zagrożenie podwójnego (kumulatywnego) naliczania przez zamawiającego kary umownej za tę samą okoliczność. Poza tym zamawiający będzie mógł nie tylko w niemal dowolnych okolicznościach wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym, ale również nałożyć na wykonawcę karę umowną w wysokości aż 10% wartości umowy brutto. Wysokość tych kar jest wygórowana, gdyż sięga aż 10% wartości brutto umowy, a konsekwencje wynikające z ich nałożenia mogą być dla wykonawcy bardzo dotkliwe. Kara umowna ma na celu

zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę, jednakże jej zastosowanie nie może prowadzić do naruszenia zasad współżycia społecznego i wprowadzać nadmiernej nierówności stron umowy. Obecne brzmienie przytoczonych powyżej postanowień wzoru umowy prowadzi do rażącego pokrzywdzenia jednej ze stron stosunku zobowiązaniowego.

W ramach modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 marca 2014 r. zamawiający zmienił także brzmienie § 7 ust. 1-3 wzoru umowy oraz wprowadził ust. 8.:

„1. Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 10% wartości umowy brutto, o której mowa w § 1 ust. 5 w przypadku wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy, o którym mowa w § 2 ust. 2.

2. Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 10% wartości umowy brutto, o której mowa w § 1 ust. 5 w przypadku wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt. 1) c).

3. W przypadku zwłoki w uzyskaniu potwierdzenia stanu gotowości do świadczenia usług operatora korporacyjnej sieci rozległej (WAN) GDDKiA stanu gotowości do świadczenia usług w terminie określonym w § 2 ust. 1 pkt. 3) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości umowy brutto, o której mowa w § 1 ust. 5, za każdy dzień zwłoki. (...)

8. Jeżeli na podstawie powyższych postanowień wystąpienie jednego zdarzenia jest podstawą do żądania od wykonawcy kilku kar umownych jednocześnie, Zamawiający uprawniony jest w takim przypadku do naliczenia i żądania zapłaty kary umownej z tylko jednej podstawy umownej przewidującej najwyższą w danym przypadku karę umowną (Zamawiający tym samym wyłącza możliwość kumulacji kar umownych).”

Tym samym zamawiający wykluczył możliwość podwójnego dochodzenia kar umownych. Podstawy wypowiedzenia umowy nie są przedmiotem rozstrzygnięcia w tym zarzucie. Natomiast kara umowna w wysokości 10% wartości umowy w przypadku jej wypowiedzenia z winy lub przyczyn dotyczących wykonawcy, czy też 0,1% przy stawce dziennej, jest karą standardową w takich przypadkach. Jeżeli w danych okolicznościach faktycznych sprawy rzeczywiście okaże się zbyt wygórowana, wykonawcy będzie przysługiwało prawo żądania jej miarkowania wynikające z ogólnych zasad zawartych w Kodeksie cywilnym.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: