Sygn. akt: KIO 1300/16

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2016 r. przez odwołującego - wykonawcę **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kacprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy:
A. **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa;**
B. **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa i:**
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15. 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kacprzaka 25, 01-224 Warszawa** kwotę **3. 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 1300/16

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę Orange Polska S.A. z Warszawy [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z Warszawy w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164] [Ustawa lub ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.” Wnoszący odwołanie stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający dokonał bowiem opisu przedmiotu zamówienia publicznego oraz warunków jego realizacji z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp oraz przepisów Kodeksu cywilnego, które to naruszenia mogą skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego. W przypadku prawidłowego działania Odwołujący mógłby sporządzić ofertę uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na jej sporządzenie, w tym na cenę, warunki realizacji

umowy oraz zakres odpowiedzialności Odwołującego. W związku z powyższym należy uznać, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W odwołaniu zarzucił naruszenie następujących przepisów:
1) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 oraz art. 387 § 1 oraz art. 475 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez opisanie prawa opcji, o którym mowa w pkt 3.4.2.1. i 3.4.2.2. SIWZ oraz w pkt II ppkt 4, 6, 7 Załącznika nr 1 do SIWZ [Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – OPZ] oraz w § 1 ust. 5 pkt 5.2. ppkt 5.2.1. i 5.2.2. Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa O Świadczenie Usług Operatorskich WAN [Umowa], polegającego na zastrzeżeniu dla Zamawiającego możliwości podłączenia przez Wykonawcę do sieci Zamawiającego, nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, niewymienionych w tabeli „Lokalizacje i parametry" na zasadach i w terminach określonych w SIWZ (w tym w załącznikach do SIWZ), w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, oraz w sposób, który sprzeciwia się właściwości (naturze) prawa opcji, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego, a także w sposób nieuwzględniający, że podłączenia przez Wykonawcę do sieci Zamawiającego, nowych lokalizacji może okazać się niemożliwe,
2) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) Kodeksu cywilnego, poprzez opisanie, w załączniku nr 1 do umowy pn. „OGÓLNE WARUNKI UMÓW REALIZOWANYCH DLA POLSKIEJ SPÓŁKI GAZOWNICTWA SP. Z O. O." [OWU] w § 5 Zakończenie umowy w ust. 1 pkt 2, prawa do

---

wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub prawa do odstąpienia od Umowy, gdy złożone przez drugą Stronę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy, okażą się nieprawdziwe, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący (§ 5 ust. 1 pkt 2 OWU), bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a także w sposób, który sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego, oraz w sposób pozwalający w istocie na zakończenie umowy w oparciu o subiektywne odczucie oraz niepotwierdzone informacje, bez dania drugiej stronie umowy możliwości odniesienia się do istoty sprawy,
3) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 5, art. 142, art. 145 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 i art. 3651 Kodeksu cywilnego, z uwagi na opisanie, w OWU w § 5 Zakończenie umowy w ust. 1 pkt 3, prawa do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub prawa do odstąpienia od Umowy, w przypadku naruszania przez Wykonawcę postanowień Umowy, w tym w szczególności nienależytego lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z Umowy, pomimo uprzedniego powiadomienia Wykonawcy na piśmie o zamiarze wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy, wyznaczenia dodatkowego terminu do usunięcia naruszeń i bezskutecznego upływu tego terminu (§ 5 ust. 1 pkt 3 OWU), bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a także w sposób, który sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego, oraz w sposób pozwalający na zakończenie umowy bez zaistnienia istotnej przyczyny,
4) art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471 Kodeksu cywilnego i art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez niejednoznaczne w kontekście § 4 ust. 4 OWU wyłączenie w pkt III ppkt 6) załącznika nr 7 do SIWZ Umowa O Świadczenie Usług Operatorskich WAN możliwości naliczenia wykonawcy kar umownych i bonifikat tylko w przypadku, gdy niedotrzymanie parametrów wystąpiło wskutek zaistnienia siły wyższej, co nie koresponduje z ogólnymi zasadami odpowiedzialności kontraktowej i w sposób nieuzasadniony może narażać wykonawcę na zapłatę kar umownych i bonifikat za niezawinione przez niego niedotrzymanie parametrów serwisowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ (w tym załączników do SIWZ), w następujący sposób:
Zarzut 1:

1) wykreślenie z dokumentacji przetargowej postanowień, o których mowa w pkt 3.4.2.1. i 3.4.2.2. SIWZ oraz w pkt II ppkt 4, 6, 7 Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis

Przedmiotu Zamówienia oraz w § 1 ust. 5 pkt 5.2. ppkt 5.2.1. i 5.2.2. Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa O Świadczenie Usług Operatorskich WAN, odnoszących się do wskazanego prawa opcji,
2) dodania do dokumentacji przetargowej we wskazanym w pkt 1 zakresie postanowień odnoszących się do tzw. zamówień uzupełniających,
3) w przypadku nie uwzględnienia żądań, o których mowa w pkt 1 i 2, dodanie do dokumentacji przetargowej we wskazanym w pkt 1 zakresie postanowienia, z godnie z którym, w przypadku braku warunków technicznych w danej lokalizacji Wykonawca świadczy usługę Zamawiającemu na podstawie zamówienia uzupełniającego.

Zarzut 2: dodanie w umowie (załącznik nr 7 do SIWZ) bądź OWU postanowienia zgodnie z którym: w przypadku powzięcia przez Zamawiającego informacji, że informacje bądź powołane przez Wykonawcę w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy, okażą się nieprawdziwe, Zamawiający-przed skorzystaniem z uprawnienia, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 2 OWU, wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na ustosunkowanie się do ww. informacji.

Zarzut 3: dodanie w § 5 w ust. 1 w pkt 3 OWU po wyrazach „w przypadku naruszania przez Wykonawcę" wyrazu „istotnych", oraz zdefiniowania pojęcia „istotnych postanowień Umowy".

Zarzut 4: dodanie do umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) postanowienia precyzującego, że „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli niedotrzymanie parametrów, do których kary umowne i bonifikaty się odnoszą, nastąpiło wskutek innych zdarzeń za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a w szczególności w sytuacji, gdy Zmawiający niezwłocznie nie zapewnił Wykonawcy dostępu do lokalizacji w celu usunięcia Awarii lub Usterki".

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Netia S.A. z Warszawy oraz wykonawca T-Mobile Polska S.A. z Warszawy, którzy wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 29.07.2016 r.] wniósł o oddalenie zarzutów w całości zaprzeczając, aby kwestionowane postanowienia naruszały podnoszone w odwołaniu przepisy prawa.

Izba uznała, że **odwołanie podlega oddaleniu.**

Rozpoznając wskazane zarzuty Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z jego opisem w pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ lub siwz] jest świadczenie usługa operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez wirtualną sieć szkieletową sieci VPN realizowanej w technologii MPLS w sieci Wykonawcy. Szczegółowy opis Przedmiotu, w tym lokalizacje i parametry określone zostały w OPZ – załącznik nr 1 do siwz. W punkcie 3.4. zamawiający zastrzegł prawo opcji.

Izba z uwagi na dyrektywę z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznaczającą granice orzekania przez dany skład orzekający, mogła orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołanie. Z tego też względu wskazywane – zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego po jego stronie wykonawcę Netia w toku rozprawy - inne postanowienia z dokumentacji, w tym pkt 3.4.6 specyfikacji zostały pominięte przez Izbę. Wobec wskazywanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przez Strony postępowania odwoławczego, na których oparte były zarzuty odwołania, a także argumentacja Stron, zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego, Izba przede wszystkim stwierdza, że stanowiska wyrażane w uzasadnieniach orzeczeń, także sądowych, są wiążące w danej sprawie. Dla konkretnej sprawy są natomiast istotne podstawy prawne i

faktyczne zarzutów, jak również sformułowane żądania w zakresie uwzględnienia danego zarzutu lub jego oddalenia.

Odwołujący w uzasadnieniu pierwszego zarzutu w odwołaniu wskazał na pkt 3.4.2.1. i 3.4.2.2. SIWZ oraz pkt II ppkt 4, 6, 7 OPZ i § 1 ust. 5 pkt 5.2. ppkt 5.2.1. i 5.2.2. Umowy, których brzmienie jest następujące:
Według specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]:
„3.4.2. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia do:
3.4. 2.1. dodanie nowych lokalizacji, w których świadczona *będzie usługa sieci WAN,*
3.4.2.2. dodanie nowej lokalizaji w miejsce wcześniej zlikwidowanej innej lokalizacji,"
Według Opisu przedmiotu zamówienia [OPZ]:
„4) Zamawiający zastrzega sobie w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia, możliwość podłączenia do sieci Zamawiającego, nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, niewymienionych w tabeli „Lokalizacje i parametry", na warunkach i z zachowaniem stawek jednostkowych, służących za podstawę obliczania opłaty abonamentu miesięcznego, nie wyższych niż średni *koszt dla porównywalnych pod względem technicznym lokalizacji wymienionych w tabeli „Lokalizacje i parametry" (tj. typu łącza, przepustowości, podziału pasma na klasy, typu i parametrów łącza rezerwowego)".*

„6) *Zamawiający zastrzega sobie, aby realizacja przyłączenia do sieci nowej lokalizacji wykonywana była z zachowaniem następujących warunków:*
a) sprawdzenie warunków technicznych i określenie terminu realizacji nowego przyłącza - maksymalnie 14 dni od daty otrzymania od Zamawiającego zlecenia sprawdzenia warunków technicznych.
b) czas realizacji nowego przyłączenia - maksymalnie 2 miesiące od daty otrzymania od Zamawiającego zlecenia przyłączenia nowej lokalizacji. Jednakże w przypadku lokalizacji (np. stacji gazowych) usytuowanych w obszarach wiejskich lub w obszarach niezabudowanych czas ten za zgodą Zamawiającego może wynosić maksymalnie 6 miesięcy.
c) parametry techniczne łącza powinny być zgodne ze złożonym zleceniem Zamawiającego".
„7) Czas realizacji nowego przyłącza w szczególnych uzasadnionych przypadkach może ulec wydłużeniu jedynie za zgodą Zamawiającego".
W Umowie na świadczenie usług operatorskich WAN [Umowa]: § 1 ust.5 pkt 5.2 ppkt 5.2.1 i ppkt 5.2.2 ma analogiczne brzmienie jak wskazane postanowienia specyfikacji.

W zakresie zaskarżonych postanowień, Odwołujący wniósł, po modyfikacji żądań na rozprawie, tylko o wykreślenie tych postanowień.

Zaskarżone postanowienia związane z Prawem opcji, niewątpliwie dotyczą wyłącznie zwiększenia zakresu świadczenia na postawie Prawa opcji i zasad zlecania oraz realizacji świadczenia, a nie podstaw wynagrodzenia za świadczenie usługi w ramach prawa opcji. Wykonawca stwierdził, że zastrzeżenie dla Zamawiającego możliwości podłączenia przez Wykonawcę do sieci Zamawiającego, nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, niewymienionych w tabeli „Lokalizacje i parametry" na zasadach i w terminach określonych w SIWZ (w tym w załącznikach do SIWZ), jest niejednoznaczne i niewyczerpujące, nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz, że sposób zastrzeżenia może utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazał także, że taki sposób opisu prawa opcji sprzeciwia się właściwości (naturze) prawa opcji, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego, a także nie uwzględnia, że podłączenia przez Wykonawcę do sieci Zamawiającego, nowych lokalizacji może okazać się niemożliwe. Podkreślił, że (…) W przypadku usług operatorskich WAN (i innych podobnych usług) sprawą kluczową jest posiadanie przez danego wykonawcę warunków technicznych w danej lokalizacji, gdzie usługa ma być świadczona. W przedmiotowym zamówieniu lokalizacje nie są znane wykonawcy - mają być wskazane przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia. Oznacza to, że w danej lokalizacji może nie być warunków techniczna świadczenia usług, a co za tym idzie świadczenie to może okazać

się niemożliwe. W argumentacji podniósł także, że takie zapotrzebowania Zamawiającego jak opisane omawianym prawem opcji, może być zrealizowane z wykorzystaniem innych instytucji przewidziany ustawą Pzp - zamówień uzupełniających, czy zmiany umowy, które to instrumenty byłyby właściwe do zaspokojenia potrzeb Zamawiającego w zakresie tej usługi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, podtrzymując argumentację w szczególności, co do meritum sprawy, podał, że jako podmiot sektorowy nie realizuje zamówień uzupełniających na usługi, z uwagi na przepis art. 134 ust. 6 pkt 1 Pzp. Przedmiot zamówienia opisany został w specyfikacji tak, aby z zachowaniem obowiązującego prawa w jak największym zakresie utrzymać sprawność i bez awaryjność sieci WAN, chroniąc w ten sposób swój interes, interes Oddziałów Handlowych PGNiG SA, (których lokalizacje również są objęte przedmiotem zamówienia), jak również interes swoich klientów - odbiorców paliwa gazowego. Podał także, że „W wyniku zmian organizacyjnych (….) może następować likwidacja obecnych lub/i powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji) w przedsiębiorstwie Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający nie może zadeklarować, że podczas 48 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w opisie przedmiotu zamówienia oraz że nie powstaną nowe lokalizacje. Istotna dla Zamawiającego jest sprawność działania sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN, dlatego Zamawiający zasygnalizował potrzebę dodawania nowych lokalizacji w ramach prawa opcji (…) oraz [co nie jest odwołaniu kwestionowane] uruchomienia dodatkowych łączy rezerwowych [pkt 3.4.2.3] i podnoszenia przepustowości łącz [pkt 3.4.2.4]. Stwierdził, że warunek ten został sprecyzowany w SIWZ na podstawie doświadczeń Zamawiającego w dotychczasowym kilkuletnim okresie eksploatacji usługi sieci WAN MPLS. Podkreślił, że „w SIWZ precyzyjnie określił zasady obliczenia wynagrodzenia wykonawcy zarówno w sytuacji zwiększenia przepustowości, jak i dodania nowych lokalizacji (podniesienie przepustowości wykonawca wycenia samodzielnie w Załączniku do formularza ofertowego, również na podstawie danych z tego dokumentu zwiększane lub zmniejszane jest wynagrodzenie wykonawcy w sytuacji odpowiednio dodania i/ub likwidacji danej lokalizacji). Precyzyjnie określony jest także zakres prawa opcji (20%). Zamawiający musi mieć zapewnioną sprawną możliwość uruchamiania potrzebnych placówek z łączami telekomunikacyjnymi, bez konieczności przeprowadzenia dodatkowej procedury. Opłaty za nowe łącza, jak zapisano w SIWZ powinny być skalkulowane, jako średnie dla podobnych łączy już pracujących z podobnymi parametrami”.

Zarzut podlega oddaleniu.

Żądanie Odwołującego wykreślenia prawa opcji, de facto z powodu braku możliwości realizacji świadczenia przez tego wykonawcę usługi we wszystkich – potencjalnie możliwych – lokalizacjach na terenie RP należało uznać za żądanie *contra legem* do wskazywanych w odwołaniu podstaw prawnych zarzutu. Prawo opcji jest bowiem legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może, tak jak w tej sprawie, dotyczyć zwiększenia zakresu świadczenia. Zamawiający zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz terminy i czas wykonywana. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust.1 Pzp, albowiem z uwagi na specyficzne okoliczności, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Izba zwraca uwagę, że Prawo opcji nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, ale niewątpliwie ma realizować cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniając dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Izba podkreśla, że to prawem zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, które przewiduje ustawa Pzp, a prawo opcji, w tych warunkach jest dogodniejszym dla tego Zamawiającego instrumentem, dotyczy danej umowy, a nie odrębnej dodatkowej umowy, wnioskowanej w argumentacji przez Odwołującego. Izba zwraca ponadto uwagę, że art. 29 ust.2 ustawy Pzp nie odnosi się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, ale tylko takiego opisu, który obiektywnie mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w odniesieniu do profesjonalnych wykonawców z danego segmentu rynku usług. W tym stanie faktycznym, z uwagi na powoływaną niemożność świadczenia z

żądaniem wykreślenia prawa opcji, określenie lokalizacji, w których wykonawca – jak sam podnosił - nie dysponowałby jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia usługi, przy opisanym przedmiocie zamówienia z prawem opcji nie złożyłby oferty na główny przedmiot zamówienia. Izba dodatkowo stwierdza, że zastrzeżenie prawa uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach z prawa opcji, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług, nie można byłoby uznać za wymóg nadmierny. Reasumując, w stanie faktycznym sprawy prawo opcji – niezdefiniowane w ustawie - może być, zdaniem Izby wyrażone w sposób opisany w specyfikacji, albowiem sprecyzowanie przez zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji jest obiektywnie niemożliwe. Izba zwraca uwagę, że prawo opcji w zakresie kwestionowanym obejmuje nie tylko realizację pkt 3.4.2.1 oraz 3.4.2.2. a także pkt 3.4.2.3 i 3.4.2.4 [co nie jest kwestionowane] przy zastrzeżeniu, że przewidziane w tym punkcie zmiany nie mogą prowadzić (łącznie) do zwiększenia łącznej wartości Umowy o więcej niż 20 %. To z kolei

pozwala, pomimo braku wskazania potencjalnych lokalizacji, na kalkulację kosztu wynikającego z realizacji prawa opcji w jak najszerszym zakresie. Do tego pośrednio nawiązuje art. 34 ust.5 Pzp, który odpowiednio stanowi, że jeżeli zamówienie na usługi przewiduje prawo opcji uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.

Co do zarzutu dotyczącego § 5 ust. 1 pkt 2 OWU wykonawca kwestionując to postanowienie, [cyt.: „ 2) prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub prawo do odstąpienia od Umowy, gdy złożone przez drugą Stronę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty, istotne dla realizacji Umowy, okażą się nieprawdziwe," zarzut oparł na twierdzeniu, że przy takim ujęciu zagadnienia jak opisane w tym postanowieniu wyjaśnianie ewentualnego nieporozumienia przeniesione zostaje na salę sadową, co nie jest dobrą praktyką oraz, że wskazane postanowienie OWU w istocie pozwala na zakończenie umowy w oparciu o subiektywne odczucie oraz niepotwierdzone informacje, bez dania drugiej stronie umowy możliwości odniesienia się do istoty sprawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że obie strony mogą wypowiedzieć umowę w przypadku określonym w § 5 ust.1 OWU, podkreślając, że to postanowienie stanowi o prawie, a nie obowiązku, a zatem Strona może z tego prawa skorzystać lub nie. Podkreślił, że istotnym z punktu widzenia wykonawcy jest warunek dotyczący istotności informacji. Nie każde nieprawdziwe oświadczenie, [zapewnienie, informacja] uruchamiają prawo wypowiedzenia umowy. Tylko istotne dla realizacji umowy nieprawdziwe informacje dają możliwości rozwiązania umowy.

Zarzut podlega oddaleniu.

Zdaniem Izby to postanowienie nie narusza ze swej istoty art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) Kodeksu cywilnego. Ponadto, wykonawca w żaden sposób nie wykazuje, jakie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie zostały w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnione oraz w jaki sposób to postanowienie może utrudniać uczciwą konkurencję, a także z jakiego powodu sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Także, w jaki sposób to postanowienie narusza art. 34 ust.5 ustawy Pzp, dotyczący ustalania wartości z uwzględnieniem prawa opcji. Izba dodaje, że przede wszystkim, tak jak podnosił Zamawiający, z tego postanowienia wynika uprawnienie, nie obowiązek, które dotyczy obu stron umowy. Ponadto Zamawiający korzystając z tego prawa, współpracując z wykonawcą, może, przykładowo w pierwszym,

niekoniecznie w kolejnym, takim przypadku wyjaśnić okoliczności, tak jak wskazuje postanowienie, istotne dla realizacji Umowy, co do których zachodzi podejrzenie, że są nieprawdziwe.

Co do zarzutu dotyczącego § 5 ust. 1 pkt 3 OWU wykonawca kwestionując to postanowienie, [cyt.: „prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym lub prawo do odstąpienia od Umowy, w przypadku naruszania przez Wykonawcę postanowień Umowy, w tym w szczególności nienależytego lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z Umowy, pomimo uprzedniego powiadomienia Wykonawcy na piśmie o zamiarze wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy, wyznaczenia dodatkowego terminu do usunięcia naruszeń i bezskutecznego upływu tego terminu"], także wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 5, art. 142, art. 145 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) i art. 365 (1) Kodeksu cywilnego, żądając dodania i zdefiniowania pojęcia „istotne postanowienia Umowy."

Zamawiający stwierdził, w odpowiedzi, że Strona, która zamierza wypowiedzieć bądź odstąpić od umowy zobowiązana jest do wyznaczenia dodatkowego terminu na usunięcia naruszeń. Strony zobowiązane są do realizacji wszystkich postanowień umownych, a nie tylko istotnych postanowień umownych. Co winno być kluczowe dla oceny tego postanowienia istnieje obowiązek wezwania do usunięcia naruszenia, przed dokonaniem samej czynności wypowiedzenia/ odstąpienia od umowy. W związku z powyższym Strony mają możliwość dokonania naprawy nieprawidłowo wykonanych czynności. Nie można również zobowiązać Zamawiającego do zdefiniowania pojęcia istotnych postanowień umownych uprawniających do wypowiedzenia umowy. Przede wszystkim przy tak skomplikowanym przedmiocie umowy nie jest możliwe przewidzenie wszystkich sytuacji. Zamawiający musi mieć prawo rozwiązania umowy, w przypadku nienależytego świadczenia usług przez Wykonawcę. Nie można nakładać na Zamawiającego dodatkowego obowiązku w postaci wskazania postanowień umownych, które uprawniają do rozwiązania umowy.

Zarzut podlega oddaleniu.

Rejestr obowiązków wykonawcy nie jest tak „pokaźny" jak to wywodzi wykonawca, albowiem OWU zawiera 11 paragrafów a Umowa – 14, z których tylko nieliczne odnoszą się do obowiązków wykonawców i z założenia należy je traktować, jako istotne. Zdaniem Izby, nie jest zrozumiałe, jak wyspecyfikowanie istotnych obowiązków może wpłynąć na

sporządzenie oferty, a jak brak takiego wyspecyfikowania utrudnia uczciwą konkurencję a także, w jaki sposób, sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Także, w zakresie tego zarzutu, nie są zrozumiałe twierdzenia, co do naruszenia pozostałych przepisów, a w szczególności, w jaki sposób kwestionowane postanowienie narusza art. 34 ust.5 ustawy Pzp, dotyczący ustalania wartości z uwzględnieniem prawa opcji.

Odnośnie ostatniego zarzutu - naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471 Kodeksu cywilnego i art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego, Odwołujący stwierdził, że z uwagi na niejednoznaczne w kontekście § 4 ust. 4 OWU wyłączenie w pkt III ppkt 6) Umowy, daje ona możliwość naliczenia wykonawcy kar umownych i bonifikat tylko w przypadku, gdy niedotrzymanie parametrów wystąpiło wskutek zaistnienia siły wyższej. Takie ujęcie zagadnienia jest niezgodne z zasadami odpowiedzialności kontraktowej. Wskazał, że odpowiedzialność z tytułu kary umownej dotyczy odpowiedzialności - jak to ujmuje art. 471 Kodeksu cywilnego - za działania dłużnika, za które dłużnik odpowiedzialność ponosi. Reguła ta odnosi się oczywiści do kar umownych, o których mowa w art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że nie widzi możliwości dokonania zmian Umowy w zaskarżonym zakresie. Jego zdaniem OWU wyraźnie wyłącza odpowiedzialność stron w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonania spowodowane jest przyczynami niezależnymi od strony, którym nie można było zapobiec oraz, że brak jakiegokolwiek uzasadnienia do zmiany postanowień umownych.

Zarzut podlega oddaleniu.

Ogólne Warunki Umowy stanowią integralną część Umowy na świadczenie usług operatorskich WAN. Tak jak wskazał Zamawiający § 4 ust.4 OWU jednoznacznie wyłącza

odpowiedzialność stron w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonania spowodowane jest przyczynami niezależnymi od strony, którym nie można było zapobiec. Natomiast wskazany z Umowy pkt III.6 stanowi wyłącznie o bonifikatach i karach umownych, które nie będą naliczane w przypadku, gdy niedotrzymanie parametrów, do których się odnoszą [parametrów czasowych] wystąpiło wskutek zaistnienia „siły wyższej". Siła Wyższa [tak oznaczona w OWU] została opisana w § 6 OWU, jednakże w pkt III.6 Umowy to pojęcie zostało użyte w cudzysłowie i małymi literami. Niewątpliwie, chociażby z tego powodu w tej sprawie może mieć zastosowanie § 1 ust.2 OWU, zgodnie z jego zdaniem pierwszym „W przypadku rozbieżności pomiędzy zapisami Umowy a OWU, pierwszeństwo mają zapisy

---

Umowy". Zgodnie natomiast ze zdaniem drugim: „Strony również mogą wyłączyć w Umowie stosowania OWU w całości lub części". W w toku rozprawy Zamawiający nie wykazywał, że postanowienia § 4 ust. 4 w Umowie, w zakresie naliczania kar i bonifikat za nie zachowanie parametrów czasowych zostały wyłączone.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz uwzględniając przepisy 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).

.....