

Sygn. akt: KIO 980/18
KIO 983/18

WYROK

z dnia 6 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Monika Kawa
Ogorzałek

Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 1 czerwca 2018 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 maja 2018 r. przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 980/18),

B. w dniu 18 maja 2018 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 983/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Inspekcję Pracy, Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 980/18 po stronie Odwołującego

orzeka:

A. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 980/18) i nakazuje Zamawiającemu - Państwowej Inspekcji Pracy, Głównemu

Inspektoratowi Pracy z siedzibą w Warszawie modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- w § 13 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w § 12 ust. 1 wzoru umowy;
- w § 13 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 2500 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w powyższym postanowieniu umownym;
- w § 13 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 1100 zł za każdy rozpoczęty dzień

opóźnienia;

- w § 13 ust. 6 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 350 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- w § 13 ust. 9 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 4000 zł za każde nieprzeprowadzone szkolenie w terminie, o którym mowa w załączniku nr 3 (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa w załączniku nr 3). Również w przypadku przeprowadzenia szkolenia przez osobę inną niż wskazana przez wykonawcę stosownie do postanowień niniejszej umowy lub w przypadku gdy wykładowca nie zrealizuje w całości harmonogramu szkolenia, a następstwem tego podpisany zostanie protokół odbioru któregośkolwiek ze szkoleń z uwagami obniżenie kary umownej, przysługującej Zamawiającemu do kwoty 4000 zł (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa w załączniku nr 3 oddzielnie);
- w § 13 ust. 10 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej, przysługującej Zamawiającemu do kwoty 4000 zł, odnoszącej się do przypadku braku zapewnienia przez wykonawcę noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia;
- w § 13 ust. 14 lit. a) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach będzie miała miejsce awaria i w każdym przypadku opóźnienie w usunięciu awarii łączy przekroczy 48 godzin;
- w § 13 ust. 14 lit. c) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie podstawy do odstąpienia od umowy przez określenie określonej ilości dni (nie mniej niż 3 dni) w zakresie nie oddania i nie uruchomienia przez wykonawcę sieci w terminie - z uwzględnieniem terminu o którym mowa w § 1 ust. 3;
- w § 13 ust. 14 lit. d) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 32 godzin;
- w § 13 ust. 14 lit. f) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez zwiększenie ilości nieprzeprowadzonych przez wykonawcę szkoleń (nie mniej niż 2) w terminach wskazanych w harmonogramie, o których mowa w ust. 6 w załączniku nr 3 do umowy.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

B. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie

(KIO 983/18) i nakazuje Zamawiającemu - Państwowej Inspekcji Pracy, Głównemu Inspektoratowi Pracy z siedzibą w Warszawie modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- w § 10 ust. 1 i 3 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez uszczegółowienie opisu lokalizacji jednostek organizacyjnych nowo tworzonych lub przenoszonych o informacje związane z ustaleniem przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia usług w tych lokalizacjach, w tym m. in. podanie adresu ww. lokalizacji lub - ewentualnie - wyłączenie informacji o utworzeniu nowych lokalizacji lub ich przeniesieniu z opisu przedmiotu zamówienia prowadzonego postępowania;
- zagwarantowanie wykonawcy dostępu do obiektów i pomieszczeń w budynkach, w których Zamawiający wymaga dostarczenia łączy transmisji danych oraz możliwości wykonywania prac związanych z uruchomieniem i świadczeniem usług;

- doprecyzowanie wymagania zapewnienia dla łączy do Internetu parametrów: utraty pakietów i opóźnienia RTT, przez wskazanie, że parametry te mają być zagwarantowane przez wykonawcę do punktu styku z siecią Internet;

- wykreślenie w punkcie „Gwarancja i serwis” w Rozdziale VI załącznika nr 2 do SIWZ „Specyfikacja techniczna” wymagania, że realizacja wsparcie

technicznego przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora;

- w § 13 ust. 14 lit. a) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach będzie miała miejsce awaria i w każdym przypadku opóźnienie w usunięciu awarii łączy przekroczy 48 godzin;

- w § 13 ust. 14 lit. d) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 32 godzin;

- w § 13 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w § 12 ust. 1 wzoru umowy.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Państwową Inspekcję Pracy, Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr

(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odpowiednio przez: wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 980/18) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz wykonawcę Orange Polska

S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 983/18) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Państwowej Inspekcji Pracy, Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 980/18) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od Zamawiającego - Państwowej Inspekcji Pracy, Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 983/18) 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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 980/18
KIO 983/18

UZASADNIENIE

Państwowa Inspekcja Pracy, Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Zapewnienie dostępu do sieci PIP WAN wraz z usługą serwisu dla Państwowej Inspekcji Pracy”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 maja 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 088-197614. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

KIO 980/18

W dniu 18 maja 2018 r. wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Netia” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 484 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. Nr 16, poz. 93 t.j.

Dz. U. z 2018 r. poz. 1025) - dalej „k.c.”, art. 353¹ k.c. w z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w SIWZ - wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych, określonych w:

- § 13 ust. 1 wzoru umowy,
- § 13 ust. 2 wzoru umowy,
- § 13 ust. 3 wzoru umowy,
- § 13 ust. 6 wzoru umowy,
- § 13 ust. 9 wzoru umowy,
- § 13 ust. 10 wzoru umowy,
- § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy w zw. z § 13 ust. 3 wzoru umowy

w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, a nadto opartych o niejasne przesłanki uprawniające do ich nałożenia, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;

2. naruszenie art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy w zw. z § 13 ust. 3 wzoru umowy, klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie, co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych, oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny;

3. naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy (i nałożenia z tego tytułu kary umownej) w przypadku nieznacznych i niezawinionych przez

wykonawcę naruszeń umowy, a tym samym obarczają wykonawcę zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje na przekroczenie przez Zamawiającego granicy swobody umów,

4. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, przez ukształtowanie postanowień umowy, wskazanych w niniejszym odwołaniu w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ przez:

1. zmniejszenie poziomu kary umownej przewidzianej w § 13 ust. 1 wzoru umowy i doprecyzowanie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy oraz nadanie klauzuli przewidzianej w § 13 ust. 1 wzoru umowy następującego brzmienia:

„W przypadku zwłoki w usunięcia awarii w stosunku do terminów określonych § 12 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w stosunku do terminu wyznaczonego w § 12 ust. 1”;

2. zmniejszenie poziomu kary umownej, przewidzianej w § 13 ust. 2 wzoru umowy i doprecyzowanie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy oraz nadanie klauzuli przewidzianej w § 13 ust. 2 wzoru umowy następującego brzmienia:

„W przypadku nieoddania do użytku zamawiającego Sieci PIP WAN terminie 22 tygodni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 2500 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do ww. terminu”;

3. zmniejszenie poziomu kary umownej przewidzianej w § 13 ust. 3 wzoru umowy i doprecyzowanie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy nadanie klauzuli przewidzianej w § 13 ust. 3 wzoru umowy następującego brzmienia:

„W przypadku nie oddania łącz do testowania w terminie 20 tygodni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 1100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”;

4. zmniejszenie poziomu kary umownej przewidzianej w § 13 ust. 6 wzoru umowy i doprecyzowanie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy nadanie klauzuli przewidzianej w § 13 ust. 6 wzoru umowy następującego brzmienia:

„W przypadku nie dostarczenia któregośkolwiek z dokumentów stosownie do postanowień § 1 ust. 5, § 1 ust. 6, § 2 ust. 2, § 2 ust. 6, § 6 ust. 7 lit. b, § 7 ust. 1, § 7 ust. 2, § 7 ust. 4, umowy, rozdział I pkt 9 załącznika nr 3 do umowy, rozdział I pkt 13 załącznika nr 3 do umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 350 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Kara, o której mowa w zdaniu poprzedzającym dotyczy każdego z uchybionych terminów oddzielnie”;

5. zmniejszenie poziomu kary umownej przewidzianej w § 13 ust. 9 wzoru umowy i nadanie klauzuli przewidzianej w § 13 ust. 9 wzoru umowy następującego brzmienia:

„W przypadku nie przeprowadzenia szkolenia w terminie i miejscu wskazanym przez Wykonawcę (jak w załączniku nr 3) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 4000 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie terminie, o którym mowa w załączniku nr 3 (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa załączniku nr 3). W przypadku przeprowadzenia szkolenia przez osobę inną niż wskazana przez Wykonawcę stosownie do postanowień niniejszej umowy lub w przypadku gdy wykładowca nie zrealizuje w całości harmonogramu szkolenia, a następnie tego podpisany zostanie protokół odbioru któregośkolwiek ze szkoleń z uwagami Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 4000 zł (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa załączniku nr 3 oddzielnie) lub żądania przeprowadzenia przez Wykonawcę dodatkowego szkolenia na koszt Wykonawcy”;

6. zmniejszenie poziomu kary umownej przewidzianej w § 13 ust. 10 wzoru umowy doprecyzowanie podstaw powstania uprawnienia Zamawiającego do zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia na koszt wykonawcy i żądania kary umownej oraz nadanie klauzuli przewidzianej w § 13 ust. 10 wzoru umowy następującego brzmienia:

„W przypadku braku zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia Zamawiający uprawniony będzie do zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia dla których Wykonawca nie zapewnił noclegu i/lub wyżywienia na koszt Wykonawcy do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 4000 zł. Ponadto, Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszt dojazdu uczestników szkolenia - wg cen biletów

przedstawionych przez Zamawiającego”;

7. usunięcie podstaw do odstąpienia od umowy wskazanych w § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy i nadanie § 13 ust. 14 następującego brzmienia:

„Zamawiającemu przysługuje w szczególności prawo odstąpienia od umowy w przypadku, gdy:

- a) (wykreślony)
- b) (wykreślony)
- c) (wykreślony)
- d) (wykreślony)
- e) jeżeli Wykonawca został postawiony w stan likwidacji;
- f) (wykreślony)
- g) Wykonawca przystąpi do budowy sieci bez zatwierdzenia przez Zamawiającego projektu sieci i harmonogramu;
- h) nie podpisania protokołu odbioru końcowego sieci bez uwag w terminie miesiąca”;

8. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu określonego powyżej, wykreślenie postaw do naliczania kar umownych na podstawie § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy w zw. z §13 ust. 3 wzoru umowy i doprecyzowanie podstaw do odstąpienia od umowy opierając się na podstawach uzależnionych od zawinienia wykonawcy oraz nadanie § 13 ust. 14 następującego brzmienia:

„Zamawiającemu przysługuje w szczególności prawo odstąpienia od umowy w przypadku, gdy:

- a) nastąpi zwłoka w usunięciu awarii, o której mowa w ust. 1 przekroczy 48 godzin;
- b) wykonawca popadnie w zwłokę w oddaniu do testowania łącza, o którym mowa ust. 3 o więcej niż 3 dni;
- c) Wykonawca nie odda i nie uruchomi sieci w terminie, o którym mowa w § 1 ust. 3;
- d) w miesiącu wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 24 godzin;
- e) jeżeli Wykonawca został postawiony stan likwidacji;
- f) nie przeprowadzenia któregośkolwiek ze szkoleń, terminach wskazanych w harmonogramie, o których mowa w ust. 6 w załączniku nr 3 do umowy;
- g) Wykonawca przystąpi do budowy sieci bez zatwierdzenia przez Zamawiającego projektu sieci i harmonogramu;
- h) nie podpisania protokołu odbioru końcowego sieci bez uwag w terminie miesiąca”.

9. dodanie do Wzoru umowy klauzuli w brzmieniu:

„Zamawiający nie jest uprawniony do żądania zapłaty kary umownej, jeżeli zdarzenie stanowiące podstawę jej naliczenia stanowiło uprzednio, podstawę, choćby częściową, do żądania zapłaty kary umownej w oparciu o inną podstawę”.

Odwolujący twierdził, że Zamawiający we wzorze umowy zastrzegł liczne kary umowne, których podstawą oraz wysokość, wykracza poza ramy swobody kontraktowej, określonej w art. 353¹ k.c., a nadto narusza zasadę proporcjonalności określoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Te same zasady przekroczone zostały podczas formułowania klauzul uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Z

Odwolujący podnosi, iż w odniesieniu do klauzul umownych opisanych w:

1. § 13 ust. 1 wzoru umowy („W przypadku opóźnienia w usunięciu awarii w stosunku do terminów określonych w § 12 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 2000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w § 12 ust. 1”),
2. § 13 ust. 2 wzoru umowy („W przypadku nieoddania do użytku zamawiającego sieci PIP WAN w terminie 22 tygodni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 5000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do ww. terminu”),
3. § 13 ust. 3 wzoru umowy („W przypadku nie oddania łącz do testowania w terminie 20 tygodni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 2200 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia”),
4. § 13 ust. 6 wzoru umowy („W przypadku nie dostarczenia któregośkolwiek

z dokumentów stosownie do postanowień § 1 ust. 5, § 1 ust. 6, § 2 ust. 2, § 2 ust. 6, § 6 ust. 7 lit. b, § 7 ust. 1, § 7 ust. 2, § 7 ust. 4, umowy, rozdział I pkt 9 załącznika nr 3 do umowy, rozdział I pkt 13 załącznika nr 3 do umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną wysokości 700 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Kara, o której mowa w zdaniu poprzedzającym dotyczy każdego z uchybionych terminów oddzielnie”),

- kary umowne są rażąco wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną,
- użycie słowa „opóźnienie” wskazuje na możliwość nałożenia omawianych kar umownych na wykonawcę na zasadzie ryzyka, a nie winy, podczas gdy kara umowna stanowi surogat odszkodowania, którego zapłata uzależniona jest (zgodnie z naczelną zasadą wynikającą z k.c. od winy zobowiązanego. Istnieje realne ryzyko obciążania wykonawcy przez Zamawiającego karą umowną zupełnie niezależnie od poniesionej przez Zamawiającego szkody,
- umowa nie określa jednoznacznie podstaw odpowiedzialności wykonawcy (zasada ryzyka vs zasada winy), przez co omawiane postanowienia naruszają zasadę określoności przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 29 ust. 1 Pzp. Przejawem tej nieprecyzyjności jest możliwość powstania między stronami (w razie zawarcia umowy w kształcie zgodnym z postanowieniami wzoru umowy) sporu co do przejęcia na podstawie wskazanej klauzuli umownej przez wykonawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

W odniesieniu do klauzuli umownej, opisanej w § 13 ust. 9 wzoru umowy („W przypadku nie przeprowadzenia szkolenia w terminie i miejscu wskazanym przez Wykonawcę (jak załączniku nr 3) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną wysokości 8000 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie w terminie, o którym mowa załączniku nr 3 (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa w załączniku nr 3). W przypadku przeprowadzenia szkolenia przez osobę inną niż wskazana przez Wykonawcę stosownie do postanowień niniejszej umowy lub w przypadku gdy wykładowca nie zrealizuje całości harmonogramu szkolenia, a w następstwie tego podpisany zostanie protokół odbioru któregośkolwiek ze szkoleń z uwagami Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 8000 zł (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa w załączniku nr 3 oddzielnie lub żądania przeprowadzenia przez Wykonawcę dodatkowego szkolenia na koszt Wykonawcy”), Odwołujący podnosił, że ww. kara umowna jest rażąco wygórowana i stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, a nadto jej wysokość jest nieadekwatna do wagi naruszeń, jednocześnie pełniąc funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną.

W odniesieniu do klauzuli umownej opisanej w § 13 ust. 10 wzoru umowy („W przypadku braku zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia zamawiający uprawniony będzie do zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla wszystkich uczestników szkolenia na koszt Wykonawcy oraz do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 8000 zł. Ponadto, Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszt dojazdu uczestników szkolenia - wg cen biletów przedstawionych przez Zamawiającego” Odwołujący podnosił, że:

- kara umowna jest rażąca wygórowana i stanowi nieproporcjonalne obciążenie Wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia, a nadto jej wysokość jest całkowicie nieadekwatna do wagi naruszeń, jednocześnie pełniąc funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną,

- naliczenie kary we wskazanej wysokości skutkowałoby nieuzasadnionym wzbogaceniem Zamawiającego, gdyż Zamawiający uprawniany jest do zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia na koszt wykonawcy, a zatem naliczanie dodatkowej kary nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Wykonawca Netia twierdził, że postanowienia § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy (przewidujące odstąpienie od umowy i nałożenie kary umownej w wysokości 20% wartości brutto umowy) są sprzeczne z art. 353¹ k.c w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zakresie, w jakim uprawniają Zamawiającego do podwójnego naliczenia kary umownej za to samo zdarzenie. W szczególności:

- zdarzenie zapisane w § 13 ust. 14 lit. a wzoru umowy (opóźnienie w usunięciu awarii, o której mowa w ust. 1 przekroczy 48 godzin) jest sankcjonowane również w § 13 ust. 1 wzoru umowy;
- zdarzenie opisane w § 13 ust. 14 lit. b wzoru umowy (wykonawca opóźni się w oddaniu do testowania łącza, o którym mowa w ust. 3, o więcej niż 3 dni) jest sankcjonowane również w § 13 ust. 3 wzoru;
- zdarzenie opisane w § 13 ust. 14 lit. c wzoru umowy (Wykonawca nie odda i nie uruchomi sieci w terminie, o którym mowa w § 1 ust. 3 wzoru umowy) jest sankcjonowane również w § 13 ust. 2 wzoru umowy;
- zdarzenie opisane w § 13 ust. 14 lit. d wzoru umowy (w miesiącu wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z Sieci przez łączny czas minimum 24 godzin) jest sankcjonowane również w § 13 ust. 1 oraz § 13 ust. 14 lit. a) wzoru umowy,
- zdarzenie opisane w § 13 ust. 14 lit. f wzoru umowy (nieprzeprowadzenie któregośkolwiek ze szkoleń, w terminach wskazanych w harmonogramie, o których mowa w ust. 6 załącznika nr 3 do umowy) jest sankcjonowane również w § 13 ust. 9 wzoru umowy.

Nadto, istnieje realne ryzyko obciążania wykonawcy przez Zamawiającego karami umownymi przewidzianymi w § 13 ust. 14 lit. a i b wzoru umowy zupełnie niezależnie od poniesionej przez Zamawiającego szkody.

Odwolujący twierdził, że postanowienia § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy w zakresie, w jakim uprawniają Zamawiającego do naliczania kar umownych za wskazane tym punktach naruszenia w razie odstąpienia od umowy są rażąco sprzeczne z art. 483 § 1 k.c. i 484 § 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz ugruntowanym orzecnictwem sądowym wskazującym, że nie jest dopuszczalne jednoczesne obciążenie zobowiązanego karą umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania lub inne uchybienie obowiązkowi umownemu oraz karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy, motywowanego takim naruszeniem. Prowadzi bowiem do sankcjonowania dłużnika za to samo zdarzenie. W szczególności zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. III CZP 39/12, roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Odwolujący podnosił, że jednocześnie powyższe postanowienia wzoru umowy, stanowią naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz są sprzeczne z podstawowymi celami kary umownej, stanowiącej surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tak sformułowane klauzule dotyczące kar umownych pełnią w rzeczywistości funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną. Dotyczy to w szczególności kar umownych związanych z odstąpieniem od umowy w przypadku awarii łącza (§ 13 ust. 14 lit. a i lit. d). Odwołujący podkreślał, że w ramach postępowania Zamawiający zażądał zapewnienia zarówno łącz podstawowych, jak i zapasowych. Zgodnie z treścią Załącznika nr 2 (akapit 2): „Dla wszystkich lokalizacji PIP (GJP, OIP, OOJP i OSPIPJ Wykonawca ma zapewnić łącza symetryczne JP VPN MPLS jako łącza podstawowe oraz dodatkowe, zapasowe łącza symetryczne, poprzez które w każdej lokalizacji PIP (lokalnie) będzie realizowany dostęp do

Internetu. W przypadku awarii któregośkolwiek z łącz drugie łącze automatycznie przejmie na siebie funkcjonalności łącza uszkodzonego z przeniesieniem całego ruchu na łącze sprawne z utrzymaniem klasy ruchu - OoS. Po usunięciu awarii system przełączy się automatycznie na warunki pierwotne”.

Zdaniem Odwołującego ewentualna awaria łącza nie tylko nie spowoduje jakiegokolwiek szkody

po stronie Zamawiającego, ale również nie obniży w najmniejszym stopniu jakości świadczonych usług. Nakładanie zatem na wykonawcę wysokich kar umownych (i to naliczanych za każdą godzinę awarii), może nastąpić pomimo zapewnienia ciągłości usługi i nie obniżenia jej jakości. Jednocześnie Odwołujący wskazywał, iż gro poważnych awarii łączy może powstać z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy (np. uszkodzenie kabla miedzianego lub światłowodu przez wykonawcę robót budowlanych). Nadto, usunięcie tego typu awarii nie zawsze będzie możliwe w minimalnym czasie wymaganym przez Zamawiającego i to mimo dołożenia przez wykonawcę najwyższej możliwej staranności. Jednocześnie prawdopodobieństwo wystąpienia takiej awarii jest ściśle skorelowane z rozmiarem inwestycji — należy mieć na uwadze, iż rozległa sieć WAN obejmuje aż 62 jednostki Zamawiającego znajdujące się na terenie całej Polski

W opinii wykonawcy Netia powyższe postanowienia w sposób rażący naruszają zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp przez kreowanie sankcji całkowicie niewspółmiernych względem chronionych dóbr Zamawiającego. Użycie słów „opóźnienie” w § 13 ust. 14 lit. a i b wzoru umowy wskazuje na możliwość Zamawiającego do nałożenia omawianych kar umownych na wykonawcę na zasadzie ryzyka, nie winy, podczas gdy kara umowna stanowi surogat odszkodowania, którego zapłata uzależniona jest (zgodnie z naczelną zasadą wynikającą z k.c.) od winy zobowiązanego. Jednocześnie umowa nie określa jednoznacznie podstaw odpowiedzialności wykonawcy (zasada ryzyka vs. zasada winy), przez co omawiane postanowienia naruszają również zasadę określoności przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 29 ust. 1 Pzp. Przejawem tej nieprecyzyjności jest możliwość powstania między stronami (w razie zawarcia umowy w kształcie zgodnym z postanowieniami wzoru umowy) sporu co do przejęcia na podstawie wskazanej klauzuli umownej przez wykonawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

W zakresie zagadnienia dotyczącego podstawy odstąpienia od umowy, wskazanej w § 13 ust. 14 pkt a, b, c, d i f wzoru umowy Odwołujący twierdził, że postanowienia SIWZ rażąco uprzywilejowują Zamawiającego przyznając mu prawo odstąpienia od umowy w razie nieznacznych i niezależnych od zawinienia wykonawcy naruszeń umowy, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia jakiegokolwiek prawa do odstąpienia od umowy przez wykonawcę. Powyższe zaburza zasadę równowagi kontraktowej stron i stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej przedmiotowy stosunek prawny. Tymczasem, w doktrynie podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współzycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Tym samym wskazane postanowienia naruszają art. 353¹ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

W ocenie wykonawcy Netia waga naruszeń wskazana w § 13 ust. 14 pkt a, b, c, d i f wzoru umowy nie jest wystarczająca dla jednostronnego rozwiązania umowy przez Zamawiającego. W wystarczającym stopniu interes Zamawiającego zaspokaja pozostawienie w § 13 ust. 14 wzoru umowy przesłanek, określonych w lit. e, g i h. Dotyczy to przykładowo tych postanowień, które wyraźnie wskazują jedynie na opóźnienie (a nie zwłokę), a zatem sankcjonują odstąpieniem również okoliczności niezawinione przez wykonawcę (§ 13 ust. 14 lit. a i b wzoru umowy) oraz takich postanowień, które już w przypadku 1-dniowego opóźnienia wykonawcy w wykonaniu określonego obowiązku dają Zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia od umowy (§ 13 ust. 14 lit. c i f wzoru umowy). Zdaniem Odwołującego zastrzec przy tym trzeba, że w przypadku § 13 ust. 14 lit. c wzoru umowy, dla wystąpienia przesłanki „nie oddania sieci w terminie” wystarczające będzie drobne opóźnienie dotyczące przykładowo jednej z 62 lokalizacji objętych siecią WAN. Należy mieć przy tym na uwadze, iż odstąpienie od umowy prowadzi nie tylko do utraty zamówienia przez wykonawcę ale powoduje również nałożenie na niego rażąco wysokiej kary umownej w wysokości 20% łącznej ceny brutto (§ 13 ust. 13 wzoru umowy).

KIO 983/18

W dniu 18 maja 2018 r. wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Orange” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie możliwości zmian lokalizacji świadczenia usług, w trakcie obowiązywania umowy, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę oraz uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji, co uniemożliwia sporządzenie oferty;

2. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie możliwości uruchomienia nowych usług w nowych lokalizacjach, w trakcie obowiązywania umowy, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę oraz uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji, co uniemożliwia sporządzenie oferty;

3. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na przeniesienie na wykonawcę pełnej

odpowiedzialności za uzgodnienia z kontrahentami Zamawiającego w zakresie dostępności lokalizacji, w których Zamawiający nie jest właścicielem budynku, oraz w zakresie możliwości i warunków realizacji usług w tych lokalizacjach, przez co w chwili składania oferty wykonawca nie ma wiedzy o tym, czy i w jaki sposób będzie mógł doprowadzić łącza w danej lokalizacji, która znajduje się w budynku nie będącym własnością Zamawiającego, a tym samym nie ma możliwości określenia jakie koszty będą niezbędne do poniesienia w celu świadczenia usług w tego rodzaju lokalizacjach, co uniemożliwia sporządzenie oferty;

4. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie wymagania, aby wykonawca zagwarantował nie przekroczenie wymaganej wartości opóźnienia RTT i utraty pakietów dla łączy do Internetu, a tym samym obarczenie wykonawcę odpowiedzialnością za elementy od niego niezależne, co uniemożliwia sporządzenie oferty;

5. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 82 ust. 3 i 91 ust. 1 Pzp, oraz art. 140 ust. 1 Pzp przez

naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i

proporcjonalności z uwagi na brak możliwości weryfikacji zgodności oferty ze specyfikacją co do zaoferowanych przez wykonawców urządzeń, wynikający z braku wymagania wskazania w formularzu ofertowym urządzeń (przynajmniej producent i model) planowanych przez wykonawców do realizacji zamówienia, co jest nieproporcjonalne w stosunku do wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, a także nie zapewnia przejrzystości postępowania, gdyż weryfikacja urządzeń nastąpi dopiero na etapie realizacji umowy, a przy tym utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie, ze względu na to, że preferuje wykonawców składających tańsze oferty, nieodpowiadające wymaganiom Zamawiającego, co może doprowadzić do tego, że na podstawie przyjętych kryteriów wybrana zostanie oferta podlegająca odrzuceniu, a zamówienia nie uzyska wykonawca, który złożył ofertę zgodną z SIWZ;

6. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, z uwagi na zastrzeżenie, że łącza MPLS do lokalizacji OIP/GIP/OSPIP mają zostać doprowadzone z wykorzystaniem technologii światłowodowej od dnia oddania sieci WAN do użytku Zamawiającego, bez zagwarantowania wykonawcom okresu przejściowego na wybudowanie światłowodów do tych lokalizacji i umożliwienia tymczasowej realizacji łączy w innej technologii (spośród dopuszczonych przez Zamawiającego dla pozostałych łączy), co uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony i nieproporcjonalny wykonawców, którzy posiadają obecnie łącza w tych lokalizacjach;

7. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, z uwagi na ograniczenie możliwości świadczenia usługi serwisowej jedynie przez producenta sprzętu lub jego autoryzowanego

dystrybutora, bez uwzględnienia okoliczności że możliwość świadczenia usług serwisowych o wymaganej jakości posiadają również inne podmioty, co dodatkowo uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawców, którzy są producentami sprzętu lub autoryzowanymi dystrybutorami;

8. art. 29 ust. 1 Pzp i 14 ust. 1 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na skutek jednorazowego opóźnienia w usunięciu awarii niezależnie od tego, czy opóźnienie to wynikało z przyczyn zawnionych przez wykonawcę (§ 13 ust. 4 lit. a i d wzoru umowy), co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyk, związanych z realizacją zamówienia oraz czasu trwania umowy, ponieważ odstąpienie może nastąpić na skutek pojedynczej awarii niezależnej od wykonawcy (§ 13 ust. 4 lit. a wzoru umowy) podczas, gdy czas trwania umowy w przypadku świadczenia ciągłego, jakim są usługi sieci WAN ma wpływ na obliczenie ceny oferty;

9. art. 14 ust. 1 Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 484 § 2 k.c. przez zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej za opóźnienie usunięcia awarii (§ 13 ust. 1 wzoru umowy).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy (§ 10 ust. 1) w taki sposób, aby zmiana lokalizacji świadczenia usług uzależniona była od posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych jej realizacji i:

- w przypadku posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - była wykonywana za wynagrodzeniem wynikającym z cen podanych w formularzu cenowym,
- w przypadku braku możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji była dokonywana w ramach odrębnego zamówienia publicznego;

2. nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy (§ 10 ust. 1) w taki sposób, aby uruchomienie nowych usług uzależnione było od posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych i:

- w przypadku posiadania przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - było wykonywane za wynagrodzeniem wynikającym z cen podanych w formularzu cenowym,
- w przypadku braku możliwości technicznych świadczenia danej usługi w danej lokalizacji - było dokonywane w ramach odrębnego zamówienia publicznego;

3. nakazanie Zamawiającemu zagwarantowania wykonawcy dostępu do obiektów i pomieszczeń w budynkach, w których Zamawiający wymaga dostarczenia łączy transmisji danych oraz możliwości wykonywania prac związanych z uruchomieniem i świadczeniem usług;

4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie wymagania zapewnienia dla łączy do Internetu parametrów: utraty pakietów i opóźnienia RTT, ewentualnie doprecyzowanie że parametry te mają być zagwarantowane przez wykonawcę do punktu styku z siecią Internet;

5. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ wymagania wskazania przez wykonawców w formularzu ofertowym urządzeń (przynajmniej producent i model) planowanych do realizacji zamówienia oraz modyfikację formularza ofertowego w sposób umożliwiający wprowadzenie tych informacji;

6. nakazanie Zamawiającemu zagwarantowania wykonawcom okresu przejściowego na uruchomienie łączy MPLS do lokalizacji OIP/GIP/OSPIP w technologii światłowodowej i umożliwienie realizacji tych łączy MPLS na okres do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy w innej dopuszczanej przez Zamawiającego w SIWZ technologii;

7. nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia możliwości świadczenia rozszerzonych usług serwisowych przez podmioty posiadające status partnera producenta sprzętu na poziomie co najmniej Gold oraz certyfikat ISO 9001 w zakresie świadczenia usług serwisowych;

8. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 13 ust. 14 lit. a wzoru umowy, przez jego doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach będzie miała miejsce awaria danego łącza i w każdym z tych przypadków opóźnienie w usunięciu awarii łącza przekroczy 48 godzin oraz doprecyzowanie że odstąpienie może nastąpić w przypadku gdy awaria miała miejsce z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

9. nakazanie Zamawiającemu zmiany § 13 ust. 14 lit. d wzoru umowy, przez doprecyzowanie jego treści, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 32 godzin oraz doprecyzowanie że odstąpienie może nastąpić w przypadku, gdy awarie miały miejsce z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

10. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 13 ust. 1 projektu umowy, w taki sposób, aby wynikało z niego, że w przypadku opóźnienia w usunięciu awarii w stosunku do terminów określonych w § 12 ust. 1 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w § 12 ust. 1.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Orange wyjaśniał m. in., że sporządzona przez

Zamawiającego specyfikacja nie odpowiada wymogom określonym w art. 29 ust. 1 ustawy w zakresie zawartego w niej opisu przedmiotu zamówienia. Został on sformułowany w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty.

Zarzut nr 1 i 2

Zgodnie z § 10 ust. 1 wzoru umowy „Wykonawca zobowiązany jest do przeniesienia łącza w przypadku zmiany siedziby którejkolwiek z jednostek organizacyjnych PIP w nieprzekraczalnym terminie do 90 dni od otrzymania pisemnego żądania GIP, OSPIP, OIP na terenie którego następuje zmiana siedziby. Zamawiający przewiduje, że w okresie obowiązywania umowy może zostać przeniesionych 16 siedzib jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy.” W formularzu cenowym w pozycji 5 Zamawiający oczekuje wskazania uśrednionej ceny za wykonanie przeniesienia. Zgodnie z § 10 ust. 1 projektu umowy „Zamawiający przewiduje, że w okresie realizacji przedmiotu umowy mogą zostać utworzone 2 jednostki organizacyjne PIR Wykonawca zobowiązany jest do utworzenia łącza w nieprzekraczalnym terminie do 90 dni od otrzymania pisemnego żądania GIP, OSPIP, OIP.” Jednocześnie zgodnie z § 10 ust. 5 projektu umowy w takim przypadku „Abonament ulega zwiększeniu o 1/62 miesięcznego abonamentu od następnego okresu rozliczeniowego — po okresie, w którym została zainstalowana sieć w nowo utworzonej jednostce organizacyjnej Państwowej Inspekcji Pracy”, a w formularzu cenowym w pozycji 7 Zamawiający oczekuje wskazania uśrednionej ceny za uruchomienie łącza w nowej lokalizacji. Według § 13 ust. 4 projektu umowy za niedotrzymanie terminów realizacji wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 1500 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

Zdaniem Odwołującego postanowienia powyższe oznaczają, że wykonawca ma zobowiązać się do uruchomienia w trakcie obowiązywania umowy usług i funkcjonalności w nowych lokalizacjach Zamawiającego, zgodnie z zapotrzebowaniem zgłaszanym przez Zamawiającego, o nieznanym w dniu składania oferty adresach, nieznanym typach jednostek organizacyjnych, a więc również przepustowościach (dotyczy przypadku przeniesienia łącza przy nowych lokalizacjach Zamawiający wskazuje minimalne wymagane przepustowości) i wymaganych funkcjonalnościach oraz nieznanym ilościach poszczególnych typów lokalizacji, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach odpowiednią infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług.

Wykonawca twierdził, że jest zobowiązany do dokonywania tych zmian:

- przy przenoszeniu lokalizacji świadczenia usług — z zastosowaniem opłat z formularza cenowego, skalkulowanych na podstawie kosztów świadczenia usług zdefiniowanych w SIWZ i planowanych do uruchomienia po podpisaniu umowy,
- przy uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach - z zastosowaniem opłat z formularza cenowego, skalkulowanych na podstawie kosztów świadczenia usług zdefiniowanych w SIWZ i planowanych do uruchomienia po podpisaniu umowy, przy czym dodatkowo opłata abonamentowa za nową lokalizację nie może być większa niż 1/62 opłaty abonamentowej za lokalizację uruchomioną po podpisaniu umowy.

Wykonawca Orange podnosił, że oznacza to, że wykonawca ma świadczyć niesprecyzowane usługi w nowych, nieokreślonych lokalizacjach za z góry ustalone ceny, niezależnie od posiadania możliwości technicznych świadczenia usług w tych lokalizacjach i kosztów jakie byłyby konieczne do poniesienia przez wykonawcę. Zamawiający przenosi tym samym na wykonawcę pełną odpowiedzialność za ewentualne zmiany swoich potrzeb w zakresie konfiguracji zamawianego rozwiązania, w szczególności odpowiedzialność za koszty zmian.

Zdaniem Odwołującego należy podkreślić, że zapewnienie świadczenia usług transmisji danych w nowej lokalizacji lub przeniesienie usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia przez wykonawcę bardzo dużych nakładów inwestycyjnych w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej. Koszty dla wykonawcy mogą być skrajnie różne w zależności od lokalizacji, w której mają być uruchomione łącza transmisji danych i przepustowości jakie będzie wymagał Zamawiający, tym bardziej, że Zamawiający wprowadza szereg ograniczeń dotyczących sposobu realizacji tych łącz. Zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia przez wykonawcę na etapie przygotowywania oferty i mogą zostać określone dopiero po przeprowadzeniu rzetelnej weryfikacji możliwości technicznych uruchomienia konkretnych łącz, z konkretnymi parametrami, w konkretnej lokalizacji. Z uwagi na uwarunkowania terenowe, techniczne, prawne i inne, wykonanie łącza w określonym miejscu może być utrudnione, a czasem wręcz niemożliwe. Koszt potencjalnej inwestycji dla danej lokalizacji może znacznie przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi, który ma zostać wskazany przez wykonawcę w formularzu cenowym.

Przy uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach (w tym przy ich przenoszeniu do nowej lokalizacji) koszty dla wykonawcy mogą się wiązać, a w niektórych przypadkach będą się wiązać na

prawo, m.in. z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doboru i zakupu urządzeń odpowiednich dla tej technologii i przepustowości. W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia zatem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty.

Wykonawca Orange wskazywał, że bez wiedzy na temat lokalizacji Zamawiającego, w której mają być uruchamiane łącza oraz parametrów tych łączy wykonawca nie ma możliwości oszacowania nakładów na ewentualne inwestycje, nie może zatem uwzględnić wszystkich kosztów w składanej ofercie. Kwestionowane postanowienia, ze względu na możliwość poniesienia kosztownych nakładów inwestycyjnych w nieograniczonym zakresie obciążają wykonawców niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający określił zakres i wolumen przedmiotu zamówienia - w tym świadczeń, do których wykonania zobowiązany będzie wykonawca, w taki sposób, że zależy on od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z jednostronną uznaniową decyzją Zamawiającego.

Zarzut nr 3

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z Rozdziałem II Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 2 SIWZ „W przypadku, gdy wykonawca wykonywał będzie prace do realizacji sieci PIP WAN, w siedzibie, gdy jednostka organizacyjna Państwowej Inspekcji Pracy ma siedzibę w budynku, który nie znajduje się w trwałym zarządzie jednostki, a np. jest wynajmowany lub dzierżawiony to kwestia ewentualnej zgody należy i zależy od osoby uprawnionej np. właściciela lub zarządcy. Zamawiający oświadcza, że wszystkie niezbędne zgody i upoważnienia Wykonawca musi pozyskać samodzielnie. Zamawiający nie przewiduje pośrednictwa w ewentualnych ustaleniach i negocjacjach oraz Zamawiający nie ma ani formalnej, ani prawnej możliwości wpływu na decyzje osób uprawnionych”. Jednocześnie zgodnie z § 13 wzoru umowy Zamawiający może obciążyć Wykonawcę wysokimi karami za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do wymaganego terminu uruchomienia usług, a nawet przy zaistnieniu takiego opóźnienia może odstąpić od umowy, naliczając karę w wysokości 20% łącznej wartości umowy.

Wykonawca Orange twierdził, że nie jest stroną umowy wynajmu lub dzierżawy pomieszczeń lub budynku dla Zamawiającego, z kolei właściciel budynku w którym ma siedzibę jednostka organizacyjna Zamawiającego nie będzie stroną umowy zawartej w wyniku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo i ryzyko, że właściciel budynku nie będzie wyrażał chęci podejmowania z wykonawcą żadnych ustaleń lub/i nie będzie wyrażał zgody na żadne prace instalacyjne, uruchomieniowe czy związane z prowadzeniem inwestycji, gdyż współpraca właściciela budynku i Wykonawca nie będzie w żaden sposób regulowana. Będzie ona uzależniona tylko od dobrej woli właściciela budynku, na którą z kolei mogą również wpłynąć wzajemne relacje biznesowe pomiędzy Zamawiającym i właścicielem budynku, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu. Przy braku współpracy ze strony właściciela budynku wykonawca, bez wsparcia i udziału Zamawiającego, nie będzie w stanie uruchomić wymaganych usług w danej lokalizacji, co w konsekwencji może skutkować dla wykonawcy wysokimi karami umownymi (w tym z tytułu odstąpienia od umowy, do czego w świetle postanowień projektu umowy Zamawiający będzie miał prawo).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający przenosi odpowiedzialność na wykonawcę za elementy od wykonawcy niezależne i obarcza go niemożliwym do oszacowania ryzykiem. Zamawiający oczekuje uruchomienia usług w lokalizacji strony trzeciej, bez zagwarantowania dostępności lokalizacji i możliwości wykonywania prac mających na celu uruchomienie zamawianych usług. Wykonawca Orange twierdził, że co do budynków nie będących własnością Zamawiającego, wykonawca nie ma wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty. Nie tylko nie wie, w jaki sposób właściciel budynku dopuści doprowadzenie łączy do danej lokalizacji Zamawiającego, ale też nie ma pewności, czy w ogóle będzie istniała taka możliwość. Nadto, Odwołujący podnosił, że nie jest w stanie oszacować ryzyka związanego z okresem w jakim otrzyma informacje o możliwości doprowadzenia łączy, co dla wykonawcy wiąże się z ryzykiem zapłaty kar umownych.

Zarzut nr 4

Odwołujący wyjaśniał, że jednym z elementów postępowania jest zapewnienie łączy dostępowych do ogólnodostępnego Internetu, które mają być wykorzystywane przez Zamawiającego jako łącza zapasowe w sieci WAN. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału I Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, wykonawca ma zagwarantować na tych łączach do Internetu wymagany poziom utraty pakietów i opóźnienia. Nie dotrzymanie tych parametrów będzie traktowane przez Zamawiającego jako awaria łączy a będzie skutkować dla wykonawcy karami umownymi z tego

tytułu.

W opinii wykonawcy Orange powszechnie wiadomo, Internet nie gwarantuje stałych parametrów jakościowych QoS istotnych dla transmisji danych i głosu oraz w związku z powszechnie występującymi incydentami w tej sieci zwiększa ryzyko bezpieczeństwa, niezawodności i dostępności. Tym samym żaden z wykonawców nie jest w stanie zagwarantować jakiegokolwiek poziomu utraty pakietów i opóźnień, bo są to elementy od wykonawców niezależne. Wykonawcy mogą jedynie gwarantować wymagane parametry we własnej sieci, tj. do punktu styku z siecią Internet.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający oczekuje wdrożenia przez wykonawców zaplanowanej przez siebie sieci WAN, opartej na łączach do Internetu, które nie gwarantują odpowiedniego poziomu jakości, niezawodności i bezpieczeństwa, a jednocześnie na wykonawcę przenosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe działanie tego rozwiązania. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający przenosi na wykonawców ryzyko wynikające z prawidłowego działania sieci Internet. Ryzyko to jest niemożliwe do oszacowania, gdyż ze względu na właściwości sieci Internet wykonawca po prostu nie jest w stanie zagwarantować wymaganych przez Zamawiającego parametrów w tej sieci.

Zarzut nr 5

Odwołujący wyjaśniał, że w Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający szczegółowo opisał minimalne funkcjonalności, jakie winny posiadać wszystkie elementy przedmiotu zamówienia. W ocenie wykonawcy Orange formularz ofertowy w kształcie i treści, w jakiej przygotował go Zamawiający, nie pozwala Zamawiającemu (ale również pozostałym wykonawcom) - po złożeniu ofert i przed wyborem wykonawcy - na zidentyfikowanie i weryfikację, jakie urządzenia są oferowane przez danego wykonawcę i czy zapewniają one realizację funkcjonalności opisanych w SIWZ. Oświadczenia wykonawców zawarte w formularzu ofertowym pozwalają wyłącznie na porównanie cen, ale już nie obejmują jakichkolwiek informacji o tym, jakie faktycznie urządzenia oferuje dany wykonawca. Brak tych danych spowoduje, że Zamawiający - analizując złożoną ofertę - nie będzie dysponował informacją o jej zgodności z zapisami SIWZ, skutkiem czego Zamawiający podejmie decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty wyłącznie w oparciu o cenę oferowanego rozwiązania. Może to doprowadzić do sytuacji, że Zamawiający będzie ocenił oferty nieporównywalne. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny zgodności złożonych ofert z wymaganiami SIWZ na etapie trwania postępowania.

Wykonawca Orange wskazywał na przepis art. 82 ust. 3 ustawy zgodnie, z którym Zamawiający powinien na etapie badania i oceny złożonych ofert, jeszcze przed poddaniem ofert ocenie pod kątem kryteriów oceny ofert, jednoznacznie zweryfikować, czy złożone oferty są zgodne z SIWZ ze szczególnym uwzględnieniem aspektu technicznego, w szczególności w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Pozwoli to na wyłonienie najkorzystniejszej oferty gwarantującej z jednej strony najlepsze warunki z punktu widzenia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ, ale także spełniającej wszystkie wymagania w zakresie technologicznym oferowanych rozwiązań. W ocenie Odwołującego obecna treść formularza ofertowego może prowadzić do potencjalnych naruszeń art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że treść oferty, która musi być zgodna z SIWZ, nie będzie mogła być przez Zamawiającego zweryfikowana, co z kolei uniemożliwi Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który zaoferował urządzenia nie spełniające wymagań określonych przez Zamawiającego. Prowadzi to w konsekwencji do wniosku, że przedmiot zamówienia został opisany niezgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający oczekuje spełnienia wymagań przez dostarczane urządzenia, które następnie nie będą miały dla Zamawiającego żadnego znaczenia. Ponadto zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Dla ustalenia faktycznego zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego ze złożonej przez niego oferty Zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawców wskazania w ofercie informacji pozwalających na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego produktu, jak i wszystkich jego komponentów. Tymczasem oferta, przy obecnej konstrukcji formularza ofertowego, nie będzie zawierać żadnego zobowiązania, co do konkretnego sprzętu jaki ma dostarczyć wykonawca, co w efekcie może doprowadzić do problemów na etapie realizacji zamówienia, w szczególności Zamawiający nie będzie miał możliwości wyegzekwowania dostarczenia przez wykonawcę konkretnych urządzeń.

W ocenie Odwołującego skoro Zamawiający wymaga urządzeń o określonych parametrach, to brak obowiązku wskazania ich w treści oferty godzi w podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podważa zasadę uczciwej konkurencji, z uwagi na to, że wykonawcy nie muszą uwzględniać w ofercie sprzętu spełniającego wymagania Zamawiającego, mogą zaoferować tańszy i uzyskać dzięki temu zamówienie. Dopiero po zawarciu umowy i rozpoczęciu realizacji zamówienia może okazać się, że zamówienie powinien być otrzymać inny wykonawca, który przygotował rzetelną ofertę. Narusza to również zasadę równego traktowania, bo faworyzuje wykonawców, którzy przygotowują ofertę w sposób nierzetelny, umożliwiając im uzyskanie zamówienia, pomimo zaoferowania urządzeń niespełniających wymagań Zamawiającego. Uderza to również w zasadę przejrzystości, brak jest bowiem możliwości weryfikacji tak przez Zamawiającego, jak i innych wykonawców prawidłowości ofert złożonych w postępowaniu. Wreszcie narusza to również zasadę proporcjonalności z uwagi na to, że informacje zawarte w formularzu ofertowym są nieadekwatne i nie korespondują z wymaganiami

określonymi przez Zamawiającego.

Zarzut nr 6

Odwolujący podnosił, że zgodnie ze Specyfikacją techniczną, stanowiącą załącznik nr 2 do SIWZ, łącza MPLS do lokalizacji OIP/GIP/OSPIP mają zostać zrealizowane z wykorzystaniem technologii światłowodowej od dnia oddania sieci WAN do użytku Zamawiającego. Zamawiający przewiduje na uruchomienie usług termin 16 tygodni od dnia podpisania umowy (Zamawiający w projekcie umowy wskazuje termin 22 tygodni na oddanie sieci do użytku, ale w praktyce termin ten jest znacznie krótszy - 2 tygodnie przed jego upływem wykonawca ma dokonać zgłoszenia usług do testów, dodatkowo Zamawiający przewiduje prawie 4 tygodnie na dokonanie szeregu uzgodnień projektowych z Zamawiającym i pozyskanie jego akceptacji).

Zapewnienie świadczenia usług w lokalizacjach OIP/GIP/OSPIP wskazanych przez Zamawiającego, z wykorzystaniem technologii światłowodowej, może się wiązać z koniecznością wykonania przez wykonawcę inwestycji do tych lokalizacji w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usług. Zakresy i wartości inwestycji dla każdej z lokalizacji mogą być różne. Od zakresu i wartości uzależniony jest sposób procedowania danej inwestycji, a tym samym i możliwy termin jej realizacji. Realizacja inwestycji o szerokim zakresie (a przy konieczności budowy światłowodów do lokalizacji Zamawiającego o takich mówimy) w zgodzie z przepisami prawa budowlanego i prawa telekomunikacyjnego może przekroczyć dla niektórych lokalizacjach wymagany przez Zamawiającego termin. Wynika to z konieczności dokonania przez wykonawców szeregu uzgodnień formalno-prawnych z odpowiednimi Urzędami i Zamawiającym oraz dotrzymania terminów ustawowych. Wśród tych działań można wyróżnić konieczność dokonania uzgodnień w zakresie dostępu do budynku, opracowania i pozyskania map geodezyjnych, pozyskania wypisu z rejestru gruntów, pozyskania prawa do dysponowania nieruchomością, opracowanie dokumentacji projektowej, uzyskanie zgód właścicieli nieruchomości, sprawdzenie w Miejsowym Planie Zagospodarowania Przestrzennego lub „studium uwarunkowań” listy niezbędnych uzgodnień do wykonania na danym terenie, W przypadku braku MPZP, wniosek i decyzja o wydanie Lokalizacji Inwestycji Celu Publicznego, uzgodnienie ZUD, uzyskanie pozwolenia na budowę, uprawomocnienie pozwolenia na budowę, dostawa materiałów, przygotowanie prac.

Zdaniem Odwołującego proces uzgodnień formalno-prawnych i przygotowania inwestycji może wymagać okresu minimum 12-16 tygodni. Do tego należy doliczyć czas niezbędny na realizację inwestycji, który w zależności od zakresu prac i pory roku wynosi od 4 do 24 tygodni. Z przyczyn niezależnych od wykonawcy wskazany przez Zamawiającego termin na uruchomienie usług w technologii światłowodowej w lokalizacjach OIP/GIP/OSPIP może być niemożliwy do dotrzymania w przypadku konieczności wykonania inwestycji mającej na celu budowę infrastruktury światłowodowej do tych lokalizacji, dla potrzeb realizacji zamawianej usługi. Termin ten jest realny tylko w przypadku jeśli istnieją po stronie wykonawcy techniczne możliwości świadczenia usługi w nowej lokalizacji. Konsekwencją takiego wymagania może być brak możliwości złożenia oferty przez wykonawców, być może jedynie z wyłączeniem wykonawcy obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego, który może mieć możliwości techniczne świadczenia usług we wszystkich lub w większości lokalizacji.

Zarzut 7

Odwolujący wskazywał, że w Rozdziale VI w punkcie „Gwarancja i serwis” Zamawiający określił wymagania: „Gwarancja/AHB/SOS: System musi być objęty rozszerzonym wsparciem technicznym gwarantującym udostępnienie oraz dostarczenie sprzętu zastępczego na czas naprawy sprzętu w następnym dniu roboczym (w ciągu 9 godzin roboczych) od momentu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia, realizowanym przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora. Dla zapewnienia wysokiego poziomu usług podmiot serwisujący musi posiadać certyfikat ISO 9001 w zakresie świadczenia usług serwisowych. Zgłoszenia serwisowe będą przyjmowane w języku polskim siedem dni w tygodniu, 24 godziny na dobę przez dedykowany serwisowy moduł internetowy oraz infolinię w języku polskim siedem dni w tygodniu, 24 godziny na dobę”.

Zdaniem wykonawcy Orange żądanie realizacji wsparcia technicznego przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i jest nadmierne. Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza wykonawcy możliwość wolnego wyboru sposobu realizacji umowy oraz partnerów biznesowych (jeśli tacy będą niezbędni do realizacji umowy).

Odwolujący twierdził, że wykonawca, który posiada status partnera producenta sprzętu na poziomie co najmniej Gold i certyfikat ISO 9001 w zakresie świadczenia usług serwisowych (lub posiada sprawdzonego i rzetelnego partnera biznesowego, który ten status i certyfikat posiada), dysponuje odpowiednimi kompetencjami i potencjałem ludzkim, umożliwiającym realizację rozszerzonego wsparcia serwisowego o zakresie i jakości wymaganych w SIWZ. Skoro wykonawca

może dysponować odpowiednimi kompetencjami i możliwościami zapewnienia usługi serwisowej, wymaganej przez Zamawiającego, to nie ma żadnego uzasadnienia, aby te prace musiał zlecać wskazanemu przez Zamawiającego podmiotowi, czyli dystrybutorowi urządzeń. To wykonawca będzie stroną postępowania i musi mieć możliwość wyboru takiego sposobu realizacji umowy, który w jego ocenie gwarantuje wywiązanie się z jej postanowień w sposób należyty i ogranicza ryzyko naliczenia kar umownych przez Zamawiającego. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na poziom realizacji usługi serwisowej w zakresie SLA (gwarantowanego czasu jej wykonania) realizowanej przez autoryzowanego dystrybutora na podstawie usług AHB/SOS, gdyż ten nie jest stroną umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, co skutkuje ryzykiem przeniesienia przez Zamawiającego na wykonawcę kar z tytułu nie dotrzymania parametrów SLA w zakresie usług serwisowych jakie świadczyć miałby w tym przypadku autoryzowany dystrybutor.

W opinii wykonawcy Orange takie wymaganie stanowi nieuzasadnione preferowanie wykonawców, którzy są producentami lub autoryzowanymi dystrybutorami rozwiązań. Jak zostało wyżej wskazane takie zastrzeżenie z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego i jakości usług, które Zamawiający uzyska w następstwie udzielenia zamówienia jest nieuzasadnione.

Zarzut nr 8

Odwolujący podnosił, że zgodnie § 13 ust. 14 wzoru umowy Zamawiającemu przysługuje w szczególności prawo odstąpienia od umowy i żądania zapłaty kary w wysokości 20 % wartości umowy brutto w przypadku, gdy m.in. :

a) opóźnienie w usunięciu awarii łącza przekroczy 48 godzin; (...)

d) w miesiącu wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 24 godzin.

Zgodnie z pkt 14.3 SIWZ Zamawiający wymaga usunięcia awarii dla łącza podstawowego w terminie maksymalnie 8 godzin roboczych i łącza zapasowego w terminie w maksymalnie 12 godzin roboczych od momentu otrzymania informacji. Możliwość odstąpienia od umowy w przypadku choćby jednorazowego opóźnienia w usunięciu awarii łącza w trakcie trwania umowy oraz 4 awarii w miesiącu o łącznym czasie trwania 24 godzin, zdaniem Odwołującego, jest rażąco wygórowanym uprawnieniem Zamawiającego, nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia. Uniemożliwia również wykonawcy oszacowanie okresu trwania umowy. W obecnym brzmieniu postanowienie to powoduje, że na skutek jednej awarii niezależnej od wykonawcy może dojść do rozwiązania całej umowy, choćby w pozostałej części była ona świadczona w sposób należyty i terminowy. Odwołujący wskazywał, że awaria w swej istocie jest sytuacją losową i wynikającą w zdecydowanej większości przypadków z okoliczności niezależnych od wykonawcy (takich np. jak awaria urządzeń dostępowych lub uszkodzenie kabla przez osoby trzecie). W przypadku kabli światłowodowych (które to medium Zamawiający wymaga dla uruchomienia łącz w lokalizacjach OIP/GIP/OSPIP) awarie takie zdarzają się stosunkowo rzadko, ale ze względu na zakres prac koniecznych do podjęcia (np. konieczność wymiany kabla) charakteryzują się w większości przypadków dłuższym czasem naprawy. W interesie Zamawiającego i wykonawcy jest żeby takich przerw w świadczeniu usług było jak najmniej i trwały jak najkrócej, jednak ze względu na tę losowość nie można ich wykluczyć. Postanowienie w praktyce oznacza, że każda awaria łącza może skutkować ryzykiem odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, a dla wykonawcy wiązać się z koniecznością zapłaty kary w wysokości 20% wartości umowy, oprócz bardzo wysokiej kary za każdą godzinę opóźnienia w usuwaniu awarii. Oznacza to, że wykonawca może przez cały okres świadczyć usługi w sposób należyty, a i tak przy jednej losowej sytuacji awarii Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy i obciążyć wykonawcę wysoką karą umowną. Tak daleko idące konsekwencje w przypadku awarii lub usterki łącza są, zdaniem wykonawcy, niewspółmierne do szkody poniesionej przez Zamawiającego i stopnia zawinienia wykonawcy, zwłaszcza, że zgodnie z brzmieniem umowy, obydwie przesłanki od są niezależne od winy wykonawcy.

Zarzut nr 9

Zdaniem Odwołującego wartość kary umownej, określonej w § 13 ust. 1 wzoru umowy jest rażąco wygórowana i nie jest adekwatna do przedmiotu zamówienia. Przykładowo, minimalna wartość umowy może wynieść ok. 3,4 mln zł (wartość oszacowana na podstawie wartości wadium, wymaganego przez Zamawiającego), a Zamawiający wymaga realizacji 124 łącz na okres 40 miesięcy, to może się okazać, że wartość kary umownej przy przekroczeniu terminu usunięcia awarii danego łącza już o zaledwie jedną godzinę może znacznie przekroczyć wartość miesięcznej opłaty za to łącze. A w przypadku przekroczenia w trakcie trwania umowy sumarycznego okresu usuwania wszystkich awarii danego łącza o 13 godzin, wykonawca będzie musiał świadczyć usługę ze stratą.

W dniu 1 czerwca 2018 r. w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający

złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie. Również wykonawca Netia przedłożył pismo procesowe, zawierające dodatkową argumentację w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołującymi są potencjalni wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte odwołaniami. Specyfikacja, jak dowodzili Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującym złożenie ofert konkurencyjnych w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołujących, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

KIO 980/18

Izba po dokonaniu analizy zgłoszony zarzutów w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się.

Przechodząc do merytorycznej oceny rozpoznawanych zarzutów Izba wskazuje, że w zakresie możliwości i sposobu kształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych w pełni podziela powołane przez Odwołującego stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 20 listopada 2015 r., zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 2399/15, w którym stwierdzono m. in.: "Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trójakiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motyw działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą".

W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP, do którego odwoływał się również wykonawca Netia, w którym stwierdzono m. in.: „W przepisach aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) nie umieszczono szczególnych regulacji dotyczących kary umownej przyjmując, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego tworzy stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą właściwy dla prawa cywilnego. Zatem w kwestii dotyczącej kar umownych wystarczające jest odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego, określone w art. 14 i art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie w art. 36 ust. 1 pkt 16 powołanej ustawy zdefiniowano powinność zamawiającego polegającą na zawarciu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, a jednocześnie zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należy zabezpieczyć jego interes, a tym samym interes publiczny. W dokumentach, do których odwołuje się art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinny być zatem określone przez zamawiającego istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.(.) Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości” (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., opublikowany na stronie internetowej pod adresem:).

Na tle analizowanego stanu faktycznego w ocenie Izby zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa. Naruszenie powyższych zasad znalazło odzwierciedlenie w następujących klauzulach zawartych we wzorze umowy: w § 13 ust. 1, 2, 3, 6, 9 i 10 treści wzoru umowy.

Z ustaleń poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający w treści wzoru umowy, przewidział określone kary umowne w następującej wysokości:

- w § 13 ust. 1 wzoru umowy „W przypadku opóźnienia w usunięciu awarii w stosunku do terminów określonych w § 12 ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 2000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu

wyznaczonego w § 12 ust. 1”;

- w § 13 ust. 2 wzoru umowy „W przypadku nieoddania do użytku zamawiającego sieci PIP WAN w terminie 22 tygodni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 5000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do ww. terminu”;
- w § 13 ust. 3 wzoru umowy „W przypadku nie oddania łącz do testowania w terminie 20 tygodni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 2200 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia”;
- w § 13 ust. 6 wzoru umowy „W przypadku nie dostarczenia któregośkolwiek z dokumentów stosownie do postanowień § 1 ust. 5, § 1 ust. 6, § 2 ust. 2, § 2 ust. 6, § 6 ust. 7 lit. b, § 7 ust. 1, § 7 ust. 2, § 7 ust. 4, umowy, rozdział I pkt 9 załącznika nr 3 do umowy, rozdział I pkt 13 załącznika nr 3 do umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną wysokości 700 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Kara, o której mowa w zdaniu poprzedzającym dotyczy każdego z uchybionych terminów oddzielnie”;
- w § 13 ust. 9 wzoru umowy „W przypadku nie przeprowadzenia szkolenia w terminie i miejscu wskazanym przez Wykonawcę (jak załączniku nr 3) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną wysokości 8000 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie w terminie, o którym mowa w załączniku nr 3 (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa w załączniku nr 3). W przypadku przeprowadzenia szkolenia przez osobę inną niż wskazana przez Wykonawcę stosownie do postanowień niniejszej umowy lub w przypadku gdy wykładowca nie zrealizuje całości harmonogramu szkolenia, a w następstwie tego podpisany zostanie protokół odbioru któregośkolwiek ze szkoleń z uwagami Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 8000 zł (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa w załączniku nr 3 oddzielnie lub żądania przeprowadzenia przez Wykonawcę dodatkowego szkolenia na koszt Wykonawcy”;
- w § 13 ust. 10 wzoru umowy „W przypadku braku zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia zamawiający uprawniony będzie do zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla wszystkich uczestników szkolenia na koszt Wykonawcy oraz do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 8000 zł. Ponadto, Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszt dojazdu uczestników szkolenia - wg cen biletów przedstawionych przez Zamawiającego”.

Na wstępie poczynionych rozważań Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Odwołującego, zasadzającego się na tym, że podstawą odpowiedzialności wykonawcy względem Zamawiającego, wynikającej z postanowień umownych, powinno być jedynie zawinienie zobowiązanego czyli wykonawcy. Izba wyjaśnia, że w omawianym zakresie należy odwołać się do przepisów k.c., które znajdują zastosowanie do czynności zamawiających i wykonawców na podstawie odesłania zawartego w art. 14 Pzp oraz przede wszystkim znajdują generalnie zastosowanie w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 2 pkt 13 ustawy definiującym zamówienia publiczne jako umowy zawierane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, a więc stosunki cywilnoprawne, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym rozciągnięciem instytucji i siatki pojęciowej prawa cywilnego na zamówienia publiczne.

Podstawą odpowiedzialności kontraktowej, ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 k.c. jest, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zasadnym jest, przy ocenie należytej staranności wykonawcy, odwołanie się do art. 355 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto należy mieć na względzie przepis art. 355 § 2 k.c., definiujący należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. W myśl tego przepisu strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego nastąpi przez zapłatę oznaczonej sumy (kara umowna). Orzecznictwo i piśmiennictwo zgodnie przyjmują, iż kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, zatem przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, z dnia 8 lipca 2004 r. IV CKN 583/03). Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty także w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody

(uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., mająca moc zasady prawnej, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). W razie braku rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jego wina w nieterminowym wykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia o zapłatę kary umownej. Prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 16

stycznia 2013 roku (sygn. akt II CSK 331/12), w którym podkreślono, że „(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPIKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP

1970, nr 11, poz. 214 (.), z dnia 26 stycznia 2011r., II CSK 318/10, niepubl.) (.). Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPIKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160, z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, nie publ., z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44, z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, nie publ.)”.

Analogiczne wnioski płyną z wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2016 roku (sygn. akt IV CSK 674/15), w którym zaznaczono, że „(.) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie (zwłokę) powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPIKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160, z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, nie publ., z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44, z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, nie publ.)”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wyraża pogląd, iż postanowienia umowne w zakresie wykonania lub nienależytego wykonania umowy mogą przewidywać nie tylko odpowiedzialność wykonawcy za jego zawinione działania czy zaniechania, ale nawet odwoływać się do zasady ryzyka. Zamawiający w stanie faktycznym sprawy w poszczególnych postanowieniach umowy, związanych z możliwością naliczania kar umownych posłużył się określeniem „opóźnienie” a nie „zwłoka”. W kontekście powyższego nie sposób pominąć wyjaśnień Zamawiającego, prezentowanych w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy, który twierdził, że „przedmiot umowy stanowi ważną część działalności Zamawiającego i jest traktowany priorytetowo. Każda awaria stanowi utrudnienie a często w ogóle uniemożliwia działalność Zamawiającemu”. Wobec tego, w ocenie Izby zasadnym jest

ukształtowanie postanowień umownych, które uwzględniają możliwość naliczenia kar umownych za opóźnienie.

Następnie Izba odniosła się do zasadności wysokości poszczególnych kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego w treści wzoru umowy. W zakresie omawianych zarzutów Izba uznała za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia oraz wyliczenia, zawarte w załączniku do pisma Odwołującego z dnia 1 czerwca 2018 r., który został objęty przez wykonawcę Netia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, z uwagi na charakter znajdujący się w nim informacji. Z jego treści jasno wynika, że kary umowne przewidziane przez Zamawiającego, odnoszone do wartości zysku, jako elementu kwoty oferty wykonawcy, z dużym prawdopodobieństwem mogą powodować, że wykonawca nie tylko utraci cały zysk z realizacji ww. umowy, ale przede wszystkim będzie zmuszony do realizacji umowy ze stratą. Powyższe zdaje się potwierdzać również argumentacja Zamawiającego prezentowana w toku rozprawy, gdyż Zamawiający, uwzględniając wartości wynikające z planu zamówień w kwocie 10 mln zł wskazywał, że „jeśli chodzi o kary umowne opisane w § 13 ust. 1, tj. w przypadku gdyby usługa w ogóle nie była realizowana to, biorąc pod uwagę szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy w miesiącu na poziomie 240 000 zł brutto, to kara umowna za jedną awarię wynosiłaby 328 000 zł brutto”.

W tym miejscu należy wskazać na niezasadność argumentacji Zamawiającego, zasadzającej się na rozumieniu jednostki czasowej, wskazanej w § 13 ust. 1 wzoru umowy, tj. „godziny”, którą w ocenie Zamawiającego należy odnosić jedynie do tzw. godzin roboczych (8.00 - 16.00), jako godzin pracy jednostek organizacyjnych Zamawiającego. W ocenie Izby powyższe nie znajduje odzwierciedlenia w § 13 ust. 1 wzoru umowy, w którym Zamawiający wprost posługuje się określeniem „za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia”. W treści powołanego postanowienia umownego brak jest jednoznacznego wskazania, że pod pojęciem „godziny”, kryje się „godzina robocza”, odnosząca się do przedziału czasowego od 8.00 do 16.00. Co więcej, w § 12 ust. 1 wzoru umowy, do którego odwołuje się § 13 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający sprecyzował, że usuwanie awarii łączy wykonawca przeprowadzi w godzinach pracy Zamawiającego, tj. 8.00 - 16.00 w dni

robocze. W związku z tym dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z § 13 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający byłby uprawniony do naliczenia kary umownej w kwocie 2 000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do każdego z łączy w 62 jednostkach Zamawiającego, podczas czasu usunięcia awarii został wykonawcy ograniczony jedynie do godzin pracy Zamawiającego, tj. 8.00 - 16.00 i tylko do dni roboczych. W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że omawiana kara umowna jest zbyt wygórowana i nakazała jej zmniejszenie do kwoty 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia.

Natomiast jeśli chodzi o karę umowną opisaną w § 13 ust. 2 wzoru umowy to Izba za przekonywujące uznała wyjaśnienia Odwołującego, który podnosił, że Zamawiający określił i tak dosyć krótki termin na oddanie do użytku zamawiającego sieci PIP WAN, tj. 22 tygodni od dnia zawarcia umowy, czemu Zamawiający nie zaprzeczał. Ponadto z postanowień umownych, zawartych w § 13 ust. 3 wzoru umowy wynika, że wykonawca już 2 tygodnie przed tym terminem musi przekazać łączy do testowania, a zatem w rzeczywistości powyższy termin realizacji zostaje skrócony do 20 tygodni. W związku z powyższym, każdy dzień opóźnienia w odniesieniu do terminu na oddanie do

użytku zamawiającego sieci PIP WAN, będzie skutkował koniecznością zapłaty przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego kary umownej w kwocie 5000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. W takich okolicznościach sprawy Izba uznała za zasadne obniżenie poziomu kary umownej do kwoty 2500 zł za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w powyższym postanowieniu umownym. Analogiczna argumentacja legła u podstaw obniżenia przez Izbę kwoty kary umownej, wskazanej w § 13 ust. 3 wzoru umowy, z kwoty 2200 zł na kwotę 1100 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku nie oddania łączy do testowania w terminie 20 tygodni od dnia zawarcia umowy.

Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych, opisanych w § 13 ust. 6, 9 i 10 wzoru umowy, gdyż w ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z § 13 ust. 10 wzoru umowy, w przypadku braku zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia Zamawiający uprawniony jest do zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla wszystkich uczestników szkolenia na koszt wykonawcy. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest pokryć koszt dojazdu uczestników szkolenia wg cen biletów przedstawionych przez Zamawiającego. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający będzie posiadał możliwość zapewnienia noclegu i/lub wyżywienia dla wszystkich uczestników szkolenia na koszt wykonawcy to, w takiej sytuacji zasadnym jest obniżenie żądania zapłaty kary umownej na rzecz Zamawiającego do kwoty 4000 zł. Z podobnym przypadkiem mamy do czynienia w sytuacji, opisanej w § 13 ust. 9 wzoru umowy, w której Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do żądania zapłaty kary umownej lub żądania przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowego szkolenia na koszt wykonawcy.

Izba stanęła na stanowisku, że wysokość kar umownych w § 13 ust. 1, 2, 3, 6, 9 i 10 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ jest znacząco wygórowana i stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia oraz jest nieadekwatna do wagi naruszeń, co w konsekwencji powoduje, że poziom kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego zamiast funkcji kompensacyjnej w zasadzie jest pewnym rodzajem represji względem wykonawcy.

W obliczu powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający w § 13 ust. 1, 2, 3, 6, 9 i 10 wzoru umowy ustanawiając na zbyt wysokim poziomie wysokość kar umownych naruszył opisaną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę proporcjonalności, przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy Netia i nakazała Zamawiającemu modyfikację specyfikacji:

- w § 13 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w § 12 ust. 1 wzoru umowy;
- w § 13 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 2500 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w powyższym postanowieniu umownym;
- w § 13 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 1100 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- w § 13 ust. 6 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 350 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- w § 13 ust. 9 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 4000 zł za każde nieprzeprowadzone szkolenie w terminie, o którym mowa w załączniku nr 3 (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym

mowa załączniku nr 3). Również w przypadku przeprowadzenia szkolenia przez osobę inną niż wskazana przez wykonawcę stosownie do postanowień niniejszej umowy lub w przypadku gdy wykładowca nie zrealizuje w całości harmonogramu szkolenia, a następstwem tego podpisany zostanie protokół odbioru któregośkolwiek ze szkoleń z uwagami obniżenie kary umownej, przysługującej Zamawiającemu do kwoty 4000 zł (kara dotyczy odrębnie każdego ze szkoleń o którym mowa załączniku nr 3 oddzielnie);

- w § 13 ust. 10 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej, przysługującej Zamawiającemu do kwoty 4000 zł, odnoszącej się do przypadku braku zapewnienia przez wykonawcę noclegu i/lub wyżywienia dla uczestników szkolenia.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu „dublowania” przez Zamawiającego kar umownych (w zakresie odstąpienia od umowy i opóźnienia w wykonaniu umowy) oraz przewidzianych przez Zamawiającego podstaw do odstąpienia od umowy, opisanych w § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f wzoru umowy.

Z ustaleń Izby wynika, że w § 13 ust. 13 wzoru umowy Zamawiający sprecyzował, że w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% łącznej maksymalnej wartości umowy z podatkiem VAT (§ 11 ust. 1). W przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% łącznej maksymalnej wartości umowy z podatkiem VAT (§ 11 ust. 1).

Według § 13 ust. 14 Zamawiającemu przysługuje w szczególności prawo odstąpienia od umowy i żądania zapłaty kary w wysokości, o której mowa w ust. 13 w przypadku, gdy:

- a) nastąpi opóźnienie w usunięciu awarii, o której mowa w ust. 1 przekroczy 48 godzin;
- b) wykonawca opóźni się w oddaniu do testowania łącza, o którym mowa w ust. 3 o więcej niż 3 dni;
- c) Wykonawca nie odda i nie uruchomi sieci w terminie, o którym mowa w § 1 ust. 3;
- d) w miesiącu wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 24 godzin;
- f) nie przeprowadzenia któregośkolwiek ze szkoleń, w terminach wskazanych w harmonogramie, o których mowa w ust. 6 w załączniku nr 3 do umowy.

Izba wskazuje, że w zakresie podniesionego zarzutu przede wszystkim należy rozstrzygnąć kwestię możliwości ustalenia i naliczenia jednocześnie kar umownych za odstąpienie od umowy oraz za opóźnienie bądź zwłokę w wykonaniu zobowiązania. Izba stoi na stanowisku, że w przypadku braku postanowień umownych przewidujących możliwość kumulacji kar umownych za odstąpienie od umowy oraz kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki bądź opóźnienia, strony mogą żądać tylko kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy.

Dostrzec należy, że we wzorze umowy strony nie przewidziały wyraźnie możliwości jednoczesnego naliczania kar umownych z tytułu zwłoki bądź opóźnienia dłużnika oraz odstąpienia od umowy. Przy czym podkreślić należy, że jednocześnie każda z tych kar jest z osobna zastrzeżona w umowie. Przedmiotem rozpoznania Izby w niniejszej sprawie jest właśnie taki przypadek. W tym miejscu wskazać należy na wnioski płynące z uchwały Sądu Najwyższego z 18 lipca 2012 r. (sygn. akt III CZP 39/12). Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. Oznacza to, że w przypadku skutecznego odstąpienia od umowy, powód jest uprawniony wyłącznie do domagania się od pozwanego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, a nie kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji robót będących jej przedmiotem (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt V ACa 17/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 793/11). Sąd Najwyższy wskazał, że żądanie kary umownej zastrzeżonej w związku z odstąpieniem oraz kary umownej zastrzeżonej w związku ze zwłoką bądź opóźnieniem stanowią roszczenia oparte na dwóch różnych źródłach. Stan opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania, który już ustał, stanowi bowiem jedną z postaci nienależytego wykonania zobowiązania, gdyż wierzyciel zakłada, że w przyszłości dojdzie do wykonania zobowiązania, tylko że w sposób

nienależyty, bo po przekroczeniu terminu do wykonania zobowiązania. W razie natomiast odstąpienia od umowy z przyczyny opóźnienia bądź zwłoki dłużnika mamy do czynienia z niewykonaniem zobowiązania, gdyż w tym przypadku wierzyciel wie, że do wykonania umowy już nie dojdzie. Wobec tego karę umowną przewidzianą na wypadek odstąpienia od umowy należy potraktować jako karę umowną zastrzeżoną na wypadek niewykonania zobowiązania (wyrok Sądu Najwyższego z 24 maja 2012 r., sygn. akt V CSK 260/11). W uchwale wyjaśniono, że odstąpienie od umowy z powodu opóźnienia bądź zwłoki powoduje przekształcenie się stanu zwłoki lub opóźnienia w stan niewykonania zobowiązania. Ze względu na to, że kara umowna przewidziana na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kara przewidziana na wypadek niewykonania zobowiązania pochłania wszelkie kary umowne z tytułu wadliwego wykonania zobowiązania, wyłączona jest możliwość równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania.

Jednocześnie dopuszczalne jest - w ramach zasady swobody umów wynikającej z art. 353¹ kc - aby strony przewidziały w umowie wprost możliwość kumulacji kar umownych z tytułu opóźnienia (zwłoki) i odstąpienia od umowy, co także potwierdził Sąd Najwyższy w powołanej wyżej uchwale.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że rozpoznawanym stanie faktycznym w treści wzoru umowy brak jest jednoznacznych, jasnych zapisów umownych, przewidujących po stronie Zamawiającego możliwość kumulacji kar umownych za odstąpienie od umowy oraz kar umownych zastrzeżonych na wypadek opóźnienia wykonawcy. Tym samym nie może być mowy o tym, że Zamawiający na podstawie postanowień umownych w obecnym brzmieniu będzie uprawniony do jednoczesnego naliczania kar umownych, zarówno w przypadku odstąpienia od umowy oraz kar umownych zastrzeżonych na wypadek opóźnienia wykonawcy. Zgodnie z aktualnym stanowiskiem Sądu Najwyższego powołanym powyżej, w sytuacji braku zastrzeżenia umownego przewidującego możliwość kumulacji kar umownych za odstąpienie od umowy oraz kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki bądź opóźnienia Zamawiający mogą żądać tylko kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy.

Izba zgadza się z argumentacją Odwołującego, który twierdził, że „prawo odstąpienia stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego, stąd jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od nieistotnych naruszeń postanowień umowy przez dłużnika (wykonawcę). Jak słusznie wskazuje się w literaturze, naruszenie obowiązków umownych przez dłużnika służyć może wierzycielowi wyłącznie jako pretekst do wycofania się z umowy, która okazała się dla niego niekorzystna”.

W ocenie Izby treści przesłanek uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy, opisanych w § 13 ust. 14 lit. a, b, c, d i f Izba stwierdziła, że wskazane przez Zamawiającego podstawy do odstąpienia, z wyjątkiem § 13 ust. 14 lit. b odnoszą się nieznacznych uchybień, czy też naruszeń umowy, ze strony wykonawcy. Dla prawidłowego zobrazowania sytuacji, która potencjalnie może mieć miejsce należy odwołać się chociażby do postanowienia umowy w § 13 ust. 14 lit. c na podstawie którego, Zamawiający już w przypadku 1-dniowego opóźnienia wykonawcy w oddaniu i uruchomieniu sieci w stosunku do określonego terminu jest uprawniony do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej. Analogicznie w przypadku, opisanym w § 13 ust. 14 lit. f, który uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, w sytuacji nie przeprowadzenia któregośkolwiek ze szkoleń, w terminach wskazanych w harmonogramie, o których mowa w ust. 6 w załączniku nr 3 do umowy. Jeśli zaś chodzi o przypadki awarii, opisane w § 13 ust. 14 lit. a i d to dostrzec należy, że awaria jest sytuacją losową i wynikającą w zdecydowanej większości przypadków z okoliczności niezależnych do wykonawcy, tj. jak awaria urządzeń dostępowych lub uszkodzenie kabla przez osoby trzecie. Natomiast w przypadku kabli światłowodowych (które to medium Zamawiający wymaga dla uruchomienia łączy w lokalizacjach OIP/GIP/OSPIP) awarie takie zdarzają się stosunkowo rzadko, ale ze względu na zakres prac koniecznych do podjęcia (np. konieczność wymiany kabla) charakteryzują się w większości przypadków dłuższym czasem naprawy. Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym zakresie należy uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu modyfikację specyfikacji:

- w § 13 ust. 14 lit. a wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach będzie miała miejsce awaria i w każdym przypadku opóźnienie w usunięciu awarii łączy przekroczy 48 godzin;
- w § 13 ust. 14 lit. c) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie podstawy do odstąpienia od umowy przez określenie określonej ilości dni (nie mniej niż 3 dni) w zakresie nie oddania i nie uruchomienia przez wykonawcę sieci w terminie - z uwzględnieniem terminu o którym mowa w § 1 ust. 3;
- w § 13 ust. 14 lit. d) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do

odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 32 godzin;

- w § 13 ust. 14 lit. f) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez zwiększenie ilości nieprzeprowadzonych przez wykonawcę szkoleń (nie mniej niż 2) w terminach wskazanych w harmonogramie, o których mowa w ust. 6 w załączniku nr 3 do umowy.

KIO 983/19

Izba po dokonaniu analizy zgłoszony zarzutów w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Natomiast według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie.

Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszłoby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2018 r. o sygn. akt KIO 677/18). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut nr 1 i 2

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zastrzeżenie możliwości:

- zmian lokalizacji świadczenia usług,
- uruchomienia nowych usług w nowych lokalizacjach,

w trakcie obowiązywania umowy, bez uzależnienia tych zmian od możliwości technicznych posiadanych przez wykonawcę oraz uniemożliwienie wykonawcy pobierania opłat za usługę w wysokości uwzględniającej rzeczywiste koszty jej uruchomienia i świadczenia w nowej lokalizacji.

Izba uznała zgłoszony zarzut za zasadny

Z ustaleń Izby wynika, że w § 10 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający sprecyzował, że wykonawca zobowiązany jest do przeniesienia łącza w przypadku zmiany siedziby którejkolwiek z jednostek organizacyjnych PIP w nieprzekraczalnym terminie do 90 dni od otrzymania pisemnego żądania GIP, OSPIP, OIP, na terenie którego następuje zmiana siedziby. Zamawiający przewiduje, że w okresie obowiązywania umowy może zostać przeniesionych 16 siedzib jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy. Zamawiający uiszcza zapłatę tylko za faktycznie zlecone i wykonane usługi.

W § 10 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający przewidział, że w okresie realizacji przedmiotu umowy mogą zostać utworzone 2 jednostki organizacyjne PIP. Wykonawca zobowiązany jest do utworzenia łącza w nieprzekraczalnym terminie do 90 dni od otrzymania pisemnego żądania GIP, OSPIP, OIP. Zamawiający uiszcza zapłatę tylko za faktycznie zlecone i wykonane usługi.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający treścią SIWZ zastrzegł, że w toku realizacji umowy może wystąpić konieczność zmiany lokalizacji świadczenia usług lub uruchomienia nowych usług w nowych lokalizacjach (§ 10 ust. 1 i 3 wzoru umowy).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający z ostrożności wskazywał, m. in. że: „ewentualne przeniesienia lub ewentualne nowe posadowienie siedziby będzie miało miejsce na terenie miasta na prawach powiatu. (...) Zatem trudno jest wierzyć, że brak jest technicznych możliwości świadczenia usługi jak również oszacowania kosztów. Zaproponowane przez Wykonawcę zapisy sprawią, że Zamawiający, który będzie musiał skorzystać z usług Wykonawcy w zakresie przeniesienia lub podłączenia, zmuszony będzie do zapłacenia Wykonawcy żądanej przez niego kwoty, a to w sposób nieuprawniony stworzy uprzywilejowaną pozycję Wykonawcy”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie, dotyczącym zmian lokalizacji świadczenia usług oraz uruchomienia nowych usług w nowych lokalizacjach w trakcie obowiązywania umowy został sporządzony przez Zamawiającego z uchybieniem art. 29 ust. 1 Pzp. Za takim twierdzeniem przemawia to, że w treści specyfikacji brak jest szczegółowych informacji, odnoszących się do zmian lokalizacji świadczenia usług oraz uruchomienia usług w nowych lokalizacjach. Zamawiający nawet nie podał w jej treści ogólnych danych do których odwoływał się w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy, tj. że nowe lokalizacje lub przeniesienia siedziby będą miały miejsce na terenie miasta na prawach powiatu. Podkreślenia wymaga, że powyższe twierdzenia nie znalazły się w treści SIWZ i obecnie stanowią jedynie deklarację ze strony Zamawiającego, która w każdym momencie może ulec zmianie. Nie mniej jednak nawet gdyby taka informacja znalazła się w treści SIWZ to należałoby ją uznać za zbyt ogólnikową i niewystarczającą, gdyż do prawidłowego skalkulowania oferty niezbędne są informacje bardziej szczegółowe, co potwierdza argumentacja zaprezentowana przez Odwołującego oraz przedstawione dowody w postaci zleceń wywiadu technicznego dla 6 losowo wybranych lokalizacji. Z ich treści wprost wynika, że nie we wszystkich lokalizacjach jest możliwe wykonanie usługi, ponadto usługa może być wykonana w różnych okresach czasu, przy różnych nakładach. Dlatego też z punktu widzenia wykonawcy informacje na temat lokalizacji są bardzo istotne, gdyż mają istotny wpływ na kształt ceny składanej oferty. Wobec braku skonkretyzowanych przez Zamawiającego w specyfikacji informacji na temat lokalizacji przenoszonych oraz nowo tworzonych nie można wykluczyć sytuacji, w której zapewnienie świadczenia usług transmisji danych w nowej lokalizacji lub przeniesienie usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia przez wykonawcę bardzo dużych nakładów inwestycyjnych w celu zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej i sprzętowej. W takim przypadku koszty wykonawcy mogą być skrajnie różne w zależności od lokalizacji, w której mają być uruchomione łącza transmisji danych i przepustowości jakich będzie wymagał Zamawiający, tym bardziej, że Zamawiający wprowadza szereg ograniczeń dotyczących sposobu realizacji tych łącz. W związku z tym zasadne wydaje się twierdzenie, że zakres i wartość takich inwestycji jest niemożliwy a przynajmniej bardzo utrudniony do przewidzenia przez wykonawcę na etapie przygotowywania oferty i może zostać określony dopiero po przeprowadzeniu rzetelnej weryfikacji możliwości technicznych uruchomienia konkretnych łącz, z konkretnymi parametrami, w konkretnej lokalizacji. Z uwagi na uwarunkowania terenowe, techniczne, prawne i inne, wykonanie łącza w określonym miejscu może być utrudnione, a czasem wręcz niemożliwe. Zaznaczenia wymaga, że przy uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach (w tym przy ich przenoszeniu do nowej lokalizacji) koszty dla wykonawcy mogą się wiązać z koniecznością budowy lub rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej (studzienki, kanały, kable itp.), rozbudowy infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doboru i zakupu urządzeń odpowiednich dla tej technologii i przepustowości. W związku z tym niewykluczone jest, że koszt potencjalnej inwestycji dla danej lokalizacji może znacznie przewyższać wartość wynagrodzenia wykonawcy z tytułu świadczonej usługi.

Nie bez znaczenia jest również kwestia możliwości naliczenia kary umownej przez Zamawiającego w takiej sytuacji. Zgodnie z § 13 ust. 4 wzoru umowy w przypadku nie przeniesienia

łącza do innej siedziby jednostki organizacyjnej PIP stosownie do § 10 ust. 1, nie podłączenia do sieci nowej siedziby jednostki organizacyjnej PIP stosownie do § 10 ust. 3 albo nie odłączenia jednostki organizacyjnej PIP stosownie do § 10 ust. 4 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1500 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

Co istotne, Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że obecnie nie posiada szczegółowych informacji, odnoszących się do przenoszonych i nowo tworzonych lokalizacji, niż te podane w SIWZ, w szczególności informacji na temat ich potencjalnego adresu. W kontekście wskazanego stanowiska Zamawiającego Izba wskazuje, że brak tego rodzaju informacji w SIWZ skutkuje nieprawidłowym, bowiem niepełnym - opisem przedmiotu zamówienia, który powoduje przerzucenie na wykonawcę ryzyka niewłaściwego skalkulowania ceny oferty, polegającej na jej zaniżeniu lub zawyżeniu, co bezpośrednio może przekładać się na poniesienie straty przez wykonawcę albo „przegranie przetargu” z uwagi na zbyt wysoką cenę. Wobec powyższego Izba nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i uwzględniła odwołanie w zakresie zgłoszonego zarzutu i nakazała Zamawiającemu modyfikację specyfikacji w § 10 ust. 1 i 3 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez uszczegółowienie opisu lokalizacji jednostek organizacyjnych nowo tworzonych lub przenoszonych o informacje związane z ustaleniem przez wykonawcę możliwości technicznych świadczenia usług w tych lokalizacjach, w tym m. in. podanie adresu ww. lokalizacji lub - ewentualnie - wyłączenie informacji o utworzeniu nowych lokalizacji lub ich przeniesieniu z opisu przedmiotu zamówienia prowadzonego postępowania.

Zarzut nr 3

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp w zakresie dostępności lokalizacji, w których Zamawiający nie jest właścicielem budynku, oraz w zakresie możliwości i warunków realizacji usług w tych lokalizacjach.

Izba uznała zgłoszony zarzut za zasadny.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że zgodnie z Rozdziałem II Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 SIWZ „W przypadku, gdy wykonawca wykonywał będzie prace do realizacji sieci PIP WAN, w siedzibie, gdy jednostka organizacyjna Państwowej Inspekcji Pracy ma siedzibę w budynku, który nie znajduje się w trwałym zarządzie jednostki, a np. jest wynajmowany lub dzierżawiony to kwestia ewentualnej zgody należy i zależy od osoby uprawnionej np. właściciela lub zarządcy. Zamawiający oświadcza, że wszystkie niezbędne zgody i upoważnienia Wykonawca musi pozyskać samodzielnie. Zamawiający nie przewiduje pośrednictwa w ewentualnych ustaleniach i negocjacjach oraz Zamawiający nie ma ani formalnej, ani prawnej możliwości wpływu na decyzje osób uprawnionych”.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba przyznała rację wykonawcy Orange, który słusznie twierdził, że nie jest stroną umowy wynajmu lub dzierżawy pomieszczeń lub budynku dla Zamawiającego, z kolei właściciel budynku w którym ma siedzibę jednostka organizacyjna Zamawiającego nie będzie stroną umowy zawartej w wyniku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Wobec tego zasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że istnieje prawdopodobieństwo i ryzyko, że właściciel budynku nie będzie wyrażał chęci podejmowania z wykonawcą żadnych ustaleń lub/i nie będzie wyrażał zgody na żadne prace instalacyjne, uruchomieniowe czy związane z prowadzeniem inwestycji, gdyż współpraca właściciela budynku i wykonawcy nie będzie w żaden sposób regulowana. Będzie ona uzależniona tylko od dobrej woli właściciela budynku, na którą z kolei mogą również wpłynąć wzajemne relacje biznesowe pomiędzy Zamawiającym i właścicielem budynku, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu. Wobec powyższego za racjonalne należy uznać twierdzenia wykonawcy, że przy braku współpracy ze strony właściciela budynku wykonawca, bez wsparcia i udziału Zamawiającego, nie będzie w stanie uruchomić wymaganych usług w danej lokalizacji, co w konsekwencji może skutkować dla wykonawcy wysokimi karami umownymi (w tym z tytułu odstąpienia od umowy, do czego w świetle postanowień projektu umowy Zamawiający będzie miał prawo).

W ocenie Izby powołane powyżej postanowienia specyfikacji zwalniają Zamawiającego z obowiązku pośrednictwa w odniesieniu do udostępnienia wykonawcy lokalizacji, w których Zamawiający nie jest właścicielem budynku, oraz w zakresie możliwości i warunków realizacji usług w tych lokalizacjach, jednocześnie obarczając wykonawcę ryzykiem, związanym z tym czy i w jakim okresie w jakim otrzyma on informacje o możliwości doprowadzenia łączy. Podkreślenia wymaga, że w opisywanej sytuacji wykonawca pozostaje bez wpływu na decyzję podmiotu trzeciego (właściciela budynku) w zakresie dostępności lokalizacji i możliwości wykonywania prac mających na celu uruchomienie usług, które mają być świadczone na rzecz Zamawiającego.

Wobec tego nie może ostać się argumentacja Zamawiającego, który m. in. twierdził, że „przewidywanie jakichkolwiek trudności w kontaktach jest czysto hipotetyczne i nie znajduje, w ocenie Zamawiającego, oparcia w stanie faktycznym sprawy. W trakcie realizacji poprzedniej umowy Spółka Netia nie zgłaszała żadnych problemów. (...) profesjonalny Wykonawca przed złożeniem oferty powinien zapoznać się ze wszystkimi lokalizacjami i możliwościami technicznymi co umożliwi mu profesjonalne sporządzenie oferty”.

Uznając zasadność zgłoszonego zarzutu Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację specyfikacji przez doprecyzowanie jej postanowień w zakresie zagwarantowania wykonawcy dostępu do obiektów i pomieszczeń w budynkach, w których Zamawiający wymaga dostarczenia łączy transmisji danych oraz możliwości wykonywania prac związanych z uruchomieniem i świadczeniem usług.

Zarzut nr 4

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp z uwagi na zastrzeżenie wymagania, aby wykonawca zagwarantował nie przekroczenie wymaganej wartości opóźnienia RTT i utraty pakietów dla łączy do Internetu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający twierdził, że „Odwołujący nadinterpretował zapisy przedmiotu zamówienia. Zamawiający w każdym miejscu opisu przedmiotu zamówienia, w częściach dotyczących pomiaru jakichkolwiek parametrów łączy - wskazuje, że pomiary będą wykonywane pomiędzy interfejsami urządzeń posadowionych w lokalizacjach Zamawiającego po stronie sieci WAN. Zarzut że wymagamy od Wykonawcy, aby wartości RTT (round trip time) nie były przekraczane w całej przestrzeni sieci Internet, nie odpowiada intencjom Zamawiającego. Zamawiając wymaga od Wykonawcy tylko zapewnienia wymaganych parametrów dla sieci zbudowanej przez Wykonawcę na potrzeby Zamawiającego, która podlega pełnej kontroli i Wykonawcy”.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał ww. argumentację powołując się na stwierdzenie zawarte na str. 5 załącznika nr 2 do SIWZ, tj. „Utrata pakietów i opóźnienie dla łączy zapasowego będą kontrolowane przez Zamawiającego, od strony wewnętrznej sieci Zamawiającego, przy wykorzystaniu ping lub aplikacji równoważnej przy założeniu, że wielkość wysyłanej paczki danych wynosi 128 bajtów, przy czym Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłoszenia awarii łączy dla dostępu do Internetu również w przypadku, jeżeli system monitoringu będzie wskazywał, że łączy to nie dotrzymuje wymaganych parametrów. Zamawiający uznaje utratę pakietów oraz opóźnienie dla łączy zapasowego za poprawne jeżeli średnia utrata pakietów oraz średnie opóźnienie za okres minimum pięciu minut nie przekroczy wartości podanych w tabeli nr 3.

Tabela nr 3

LOKALIZACJA	Utrata pakietów	Opóźnienie (RTT)
GIP	< 0,1%	< 50 ms
Jednostki organizacyjne PIP	< 0,1%	< 60 ms

Przedstawiona powyżej treść specyfikacji w ocenie Izby nie jest jednoznaczna i nie wynikają z niej wprost twierdzenia na które powołuje się Zamawiający, tzn. że pomiary będą wykonywane pomiędzy interfejsami urządzeń posadowionych w lokalizacjach Zamawiającego po stronie sieci WAN. Wobec tego za uzasadnione należy uznać twierdzenia wykonawcy Orange, że wskazana treść SIWZ może budzić wątpliwości w zakresie obowiązków wykonawcy co do tego, czy weryfikacja parametrów będzie odbywać się jedynie w oparciu o sieć wykonawcy.

W związku z powyższym Izba uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie wymagania zapewnienia dla łączy do Internetu parametrów: utraty pakietów i opóźnienia RTT, przez wskazanie, że parametry te mają być zagwarantowane przez wykonawcę do punktu styku z siecią Internet.

Zarzut nr 5

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 82 ust. 3 i 91 ust. 1 Pzp, oraz art. 140 ust. 1 Pzp z uwagi na brak możliwości weryfikacji zgodności oferty ze specyfikacją co do zaoferowanych przez wykonawców urządzeń, wynikający z braku wymagania wskazania w formularzu ofertowym urządzeń

(przynajmniej producent i model) planowanych przez wykonawców do realizacji zamówienia.

Izba uznała zgłoszony zarzut za bezzasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ opisał parametry, jakie powinny spełnić zaoferowane urządzenia realizujące funkcje bezpiecznych węzłów dla lokalizacji Zamawiającego. Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy, bowiem Zamawiający stwierdził, że ustalił jedynie minimalne wymagania względem poszczególnych urządzeń, opisanych w pkt IV, V, VI, VII A, B, C, D, VIII, XI, XII, XIII specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ.

Nie było sporne między Stronami, że postanowieniami SIWZ Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek, aby w terminie 10 dni od podpisania umowy wykonawca przedstawił do akceptacji projekt sieci PIP WAN, który musi zawierać spis urządzeń i oprogramowania. Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił również, że w projekcie umowy Zamawiający opisał zasady odbioru wykonania usługi na które składają się protokoły sprawdzające prawidłowe działanie zaoferowanego rozwiązania, dopiero wówczas mają potwierdzić w pełni, że uruchomione i skonfigurowane rozwiązanie, zaproponowane przez Wykonawcę, wykazuje prawidłowość dobranych urządzeń.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izby oraz wyjaśnienia Zamawiającego Izba stwierdziła, że dokonany przez Zamawiającego opis wymagań względem, oferowanych przez wykonawców urządzeń nie ma na celu weryfikacji spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu ani też nie jest przedmiotem weryfikacji treści oferty wykonawcy w zakresie jej zgodności lub niezgodności z treścią specyfikacji a ma posłużyć Zamawiającemu jedynie w celu zaznajomienia się z zastosowanymi przez wykonawcę urządzeniami oraz oprogramowaniem oraz ich wzajemną konfiguracją. Wobec tego Izba nie dopatrzyła się w zakresie rozpoznawanego zarzutu przepisów: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 82 ust. 3 i 91 ust. 1 Pzp, oraz art. 140 ust. 1 Pzp.

Zarzut nr 6

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp z uwagi na zastrzeżenie, że łącza MPLS do lokalizacji OIP/GIP/OSPIP mają zostać doprowadzone z wykorzystaniem technologii światłowodowej od dnia oddania sieci WAN do użytku Zamawiającego, bez zagwarantowania wykonawcom okresu przejściowego na wybudowanie światłowodów do tych lokalizacji i umożliwienia tymczasowej realizacji łączy w innej technologii (spośród dopuszczonych przez Zamawiającego dla pozostałych łączy).

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał, żeby łącza do lokalizacji OIP/GIP/OSPIP zostały doprowadzone z wykorzystaniem technologii światłowodowej. Wskazać należy, że Zamawiający dopuścił zmianę nośnika łącza MPLS do lokalizacji PIP (możliwość ta nie dotyczy lokalizacji: GIP, OSPIP, OIP Warszawa OIP Katowice, OIP Wrocław, OIP Poznań, OIP Rzeszów, OIP Gdańsk, OIP Łódź, gdzie technologia światłowodowa jest bezwzględnie wymagana) na inny z wymienionych niż światłowodów w celu wykonania przedmiotu umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, spowodowanych m.in. zmianą obowiązujących przepisów prawnych lub norm technicznych lub technologii dotyczących sposobu wykonania przedmiotu umowy, przy czym zmiany te mogą być powodowane w szczególności następującymi przyczynami:

a) konieczność zrealizowania przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych, niż wskazane w SIWZ, w sytuacji, gdyby zastosowanie

przewidywanych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem Przedmiotu umowy,

b) konieczność zrealizowania Przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa,

c) zmianą wymagań określonych w załączniku nr 1 do Umowy, w przypadku gdy wymagania opisane w załączniku nr 1 do Umowy nie gwarantuje osiągnięcia przez Zamawiającego zamierzonego celu, a zmiana ta nie jest niekorzystna dla Zamawiającego.

Każda zmiana nośnika łącza MPLS do lokalizacji PIP z technologii światłowodowej na inną z

wymienionych, wymaga akceptacji Zamawiającego na piśmie.

W toku rozprawy Zamawiający jedynie dodatkowo wyjaśnił, że w zakresie wymaganej technologii światłowodowej mamy do czynienia nie z 30 jednostkami - jak twierdził Odwołujący - a 18 jednostkami (1 GIP, 16 OIP i 1 OSPIP, co daje łącznie 18 jednostek). Opisane powyżej 9 jednostek bezwzględnie zostało wyłączonych, natomiast w zakresie pozostałych 9-ciu jednostek dopuszczono inną technologię, ale za zgodą Zamawiającego i pod określonymi warunkami opisanymi na stronie 3 i 4 załącznika nr 2 do SIWZ.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający, że postanowienia specyfikacji, odnoszące się wymogu realizacji łącz w technologii MPLS (oraz odstępstwa w tym zakresie) są wymaganiami nadmiernymi, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Wręcz przeciwnie. Izba za wiarygodne i przekonujące uznała wyjaśnienia Zamawiającego, że podane przez niego lokalizacje mają charakter strategicznych dla funkcjonowania i działalności Zamawiającego, co w sposób bezpośredni przekłada się na konieczność stosowanej technologii realizacji łącz. Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że Odwołujący, opierając się jedynie na własnych rozważaniach, mających charakter czysto hipotetyczny nie wykazał w sposób dostateczny, że wymagania Zamawiającego w omawianym zakresie są wygórowane i nie mają poparcia w potrzebach Zamawiającego, a także iż powodują uprzywilejowanie jakiegokolwiek wykonawcy, w szczególności preferują dotychczasowego wykonawcę. Również za nieprzekonywujące Izba uznała twierdzenia Odwołującego, który podnosił, że potrzeba odpowiedniego czasu jest uwarunkowana chociażby uzyskaniem odpowiednich pozwoleń, czy też warunków atmosferycznych lub też uregulowaniem prawnej sytuacji gruntów. W braku przekonujących dowodów słuszne wydaje się stwierdzenie, że w zasadzie jest to kwestia odpowiedniej mobilizacji ze strony wykonawcy, w szczególności, że Zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji konieczności osobistego wykonania zamówienia, więc wykonawca może skorzystać z potencjału innych podmiotów lub też skorzystać z możliwości dzierżawienia łącz. W związku z tym Izba uznała zgłoszone zarzuty jako niezasadne.

Zarzut nr 7

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp z uwagi na ograniczenie możliwości świadczenia usługi serwisowej jedynie przez producenta sprzętu lub jego autoryzowanego dystrybutora, bez uwzględnienia okoliczności że możliwość świadczenia usług serwisowych o wymaganej jakości posiadają również inne podmioty, co dodatkowo uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony wykonawców, którzy są producentami sprzętu lub autoryzowanymi dystrybutorami.

Izba uznała zgłoszony zarzut za zasadny.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VI w punkcie „Gwarancja i serwis” Zamawiający określił następujące wymagania: „Gwarancja/AHB/SOS: System musi być objęty rozszerzonym wsparciem technicznym gwarantującym udostępnienie oraz dostarczenie sprzętu zastępczego na czas naprawy sprzętu w następnym dniu roboczym (w ciągu 9 godzin roboczych) od momentu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia, realizowanym przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora. Dla zapewnienia wysokiego poziomu usług podmiot serwisujący musi posiadać certyfikat ISO 9001 w zakresie świadczenia usług serwisowych. Zgłoszenia serwisowe będą przyjmowane w języku polskim siedem dni w tygodniu, 24 godziny na dobę przez dedykowany serwisowy moduł internetowy oraz infolinię w języku polskim siedem dni w tygodniu, 24 godziny na dobę”.

Zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak również w toku rozprawy Zamawiający wyjaśniał, że „umożliwił świadczenie usług serwisowych przez producenta autoryzowanych dystrybutorów, gdyż są to podmioty posiadające odpowiednią wiedzę doświadczenie w zakresie właściwej eksploatacji i serwisu systemu oraz gwarantujące możliwość zachowania krótkich terminów związanych z ewentualną naprawą lub wymianą urządzeń. Wymóg ten nie jest nadmierny i jest zasadny z punktu widzenia usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego (np. współpraca z innymi systemami)”.

Izba stwierdziła, że żądanie realizacji wsparcia technicznego przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i jest nadmierne. Rację ma Odwołujący, który twierdził, że za pomocą tak skonstruowanych postanowień SIWZ Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza wykonawcy możliwość wolnego wyboru sposobu realizacji umowy oraz partnerów biznesowych (jeśli tacy będą niezbędni do realizacji umowy). Co istotne, wymaganie Zamawiającego odnośnie serwisu w powołanym kształcie powoduje preferowanie wykonawców, którzy są producentami lub autoryzowanymi dystrybutorami rozwiązań.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że przedmiotem rozpoznawanego postępowania nie jest dostawa konkretnych urządzeń na rzecz Zamawiającego, które mogą wymagać określonego katalogu usług serwisowych, konkretnego producenta - a usługa zapewnienia dostępu do sieci PIP WAN wraz z usługą serwisu dla Państwowej Inspekcji Pracy. W związku z powyższym Izba nie znajduje uzasadnienia zastrzeżenia usług serwisowych jedynie do producentów lub autoryzowanych dystrybutorów poszczególnych rozwiązań. Izba stoi na stanowisku, że w ramach rozpoznawanego postępowania serwis może być świadczony przez wykonawcę, który posiada w tym zakresie stosowne uprawnienie i doświadczenie. Powyższe rozwiązanie nie wyklucza możliwości czy też konieczności wykupienia przez wykonawcę pewnego „pakietu serwisowego” u danego producenta czy autoryzowanego dystrybutora. Również nie stoi to na przeszkodzie, aby Zamawiający opisał swoje wymagania względem czynności serwisowych z wyodrębnieniem konkretnych czynności, które przynależą do czynności realizowanych przez producenta bądź autoryzowanego dystrybutora. Nie mniej jednak powyższe wymagania Zamawiającego nie mogą prowadzić do ustanowienia wymogu realizacji całej usługi wsparcia technicznego jedynie przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora.

Uznając zasadność zgłoszonego zarzutu Izba uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu wykreślenie w punkcie „Gwarancja i serwis” w Rozdziale VI załącznika nr 2 do SIWZ „Specyfikacja techniczna” wymagania, że realizacja wsparcia technicznego przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora.

W przypadku zarzutów nr 8 i 9 Izba potwierdziła ich zasadność i nakazała Zamawiającemu

modyfikację specyfikacji:

- w § 13 ust. 14 lit. a) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach będzie miała miejsce awaria i w każdym przypadku opóźnienie w usunięciu awarii łącznie przekroczy 48 godzin;
- w § 13 ust. 14 lit. d) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez doprecyzowanie, polegające na dodaniu zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy w dwóch kolejnych miesiącach wystąpiły co najmniej 4 awarie, uniemożliwiające korzystanie z sieci przez łączny czas minimum 32 godzin;
- w § 13 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, przez obniżenie kary umownej do kwoty 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w § 12 ust. 1 wzoru umowy.

Argumentacja zaprezentowana przez Izbę, która legła u podstaw uwzględniania ww. zarzutów jest tożsama z tą przedstawioną w zakresie analogicznych zarzutów, zawartych w odwołaniu o sygn. akt KIO 980/18.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że opisane powyżej naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wyniki postępowania dlatego na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).