

WYROK

z dnia 22 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **7 stycznia 2014 r.** przez wykonawcę: **Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa**, przy udziale wykonawców:

A. GTS Poland S.A. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,

B. EXATEL S A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia wyroku.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych

zero groszy) na rzecz odwołującego: **Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE TED 2013/S 251-441172 w dniu 28 grudnia 2013 r. na „świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.,” dnia 7 stycznia 2014r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 28 grudnia 2013 r.

Odwołujący oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwia należyłą kalkulację ceny oferty, a także może skutkować nieprzewidzianymi stratami w trakcie realizacji umowy. Modyfikacja wskazanych w odwołaniu postanowień SIWZ umożliwi odwołującemu złożenie oferty z perspektywą na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Poznaniu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, to jest:

- 1) art. 7, art. 29 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 5 ustawy, poprzez zastrzeżenie prawa opcji, polegającego na uruchamianiu usług w nowych lokalizacjach, rezygnacji ze świadczenia usług lub zmianie prędkości dostępowych łączy, bez uwzględniania technicznych możliwości takich zmian, terminu do jakiego może nastąpić skorzystanie z prawa opcji oraz kosztów jakie z tego tytułu poniesie wykonawca,
- 2) art. 29 ust. 1, art. 145 ust. 1, art. 142, art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 365(1) Kodeksu cywilnego, poprzez zawarcie w SIWZ postanowień o możliwości wypowiedzenia umowy, bez podania przyczyny,
- 3) art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez ustalenie wewnętrznie sprzecznych kryteriów oceny ofert, uniemożliwiających wybór oferty najkorzystniejszej,

- 4) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione względami merytorycznymi ograniczenie możliwości wykorzystania łączy miedzianych jako podstawowych łączy transmisyjnych w niektórych lokalizacjach typu „Jednostka terenowa”,
- 5) art. 7, art. 29 ust. 1, art. 139 ustawy, w związku z art. 384 § 2 oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a mianowicie możliwości kumulowania bonifikat oraz kar umownych z tytułu tego samego naruszenia postanowień umownych,
- 6) art. 144, art. 140 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie dopuszczalnych zmian umowy, które prowadzą do zmiany zakresu świadczenia wykonawcy określonego w ofercie.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób szczegółowo wskazany w dalszej części odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał.

Zarzut I. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ich dowolnej zmiany po udzieleniu zamówienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją zamawiającego. Z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Wykonawca kalkulując ceny ofertowe bierze pod uwagę dane zamieszczone w SIWZ, w szczególności wolumen zamówienia, czas trwania umowy oraz wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na zmianę zakresu (ilości) realizowanych świadczeń. Reguły te mają zastosowanie również do opisu prawa opcji, które stanowi co prawda instrument gwarantujący elastyczność umowy, jednak wymaga precyzyjnego opisu, umożliwiającego przygotowanie i skalkulowanie oferty.

W pkt 3.4. SIWZ zamawiający zastrzega sobie prawo opcji definiując je w następujący sposób:

„3.4.1. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia, do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości nie więcej 20 % ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ (wg stanu na dzień zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu w Dzienniku Urzędowym UE); Zamawiający

gwarantuje, że w trakcie trwania umowy nie zrezygnuje ze świadczenia usługi w siedzibach głównych wszystkich Oddziałów oraz Zakładów.

3.4.2. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji zamówienia, do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, uruchomienia dodatkowych łącz zapasowych, lub zwiększenia przepustowości łączy przekraczającego łączną cenę umowną, w zakresie nie większym niż do 20 % wartości umowy.”(...)

Dalej w pkt 3.5. i 3.6:

„3.5. Zamawiający zastrzega sobie zmianę przepustowości łączy, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ:

3.5.1. zwiększenie przepustowości (nie większe niż 3-krotne),

3.5.2. zmniejszenie przepustowości (minimalna przepustowość 2 Mbit/s).

3.6. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia Instalacji w tej lokalizacji.”

Analogiczne postanowienia zostały zawarte w § 2 ust. 1 wzoru umowy.

Odwołujący stwierdził, że postanowienia powyższe, powodują daleko idącą zmienność przedmiotu zamówienia, abstrahując zupełnie od tego, że przedmiotem zamówienia są usługi wymagające znaczących inwestycji poprzedzających ich uruchomienie. Odnosząc się do poszczególnych postanowień przywołanych wyżej:

Zarzut I.1) Zamawiający zastrzegł możliwość rezygnacji z 20 % łączy (z wyłączeniem siedzib Oddziałów oraz Zakładów), co stanowi 39 łączy. Uruchomienie usługi związane jest z koniecznością przygotowania niezbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej. Czynności przygotowawcze mogą polegać np. na budowie lub rozbudowie studzienek, kanałów, kabli, rozbudowie infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do świadczenia usługi w określonej technologii dostępowej, doborze i zakupie routerów. Koszty przygotowania infrastruktury stanowią główny koszt świadczenia usługi, który kompensowany jest poprzez opłaty z tytułu świadczenia usług. W wypadku rezygnacji ze świadczenia usługi wykonawca, który poniósł koszty inwestycyjne ponosi stratę z tego tytułu. Rezygnacja z łączy w liczbie wskazanej w SIWZ oznaczać będzie nierentowność kontraktu oraz konieczność dotowania usług ze źródeł własnych wykonawcy. Podkreślił przy tym, że w pkt 12.4 SIWZ zamawiający zastrzegł, że suma opłat instalacyjnych netto nie może być wyższa niż 5% ceny ofertowej netto, co powoduje, że opłata instalacyjna nie będzie ekwiwalentna w stosunku do kosztów czynności przygotowawczych. Odwołujący zaznaczał, że ma świadomość, że w trakcie realizacji umowy może zaistnieć konieczność zaprzestania świadczenia usług w niektórych lokalizacjach, np. wskutek likwidacji jednostek zamawiającego, jednak dla zabezpieczenia

interesów zamawiającego w takiej sytuacji, wystarczające jest skorzystanie z klauzuli interesu publicznego, o której mowa w art. 145 ustawy Pzp.

W związku z tym wnosił o modyfikację wskazanych postanowień SIWZ w ten sposób, aby zamawiający mógł zrezygnować z usług w poszczególnych lokalizacjach w wypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 145 ustawy Pzp.

Zarzut I. 2) W pkt 3.4.2 SIWZ zamawiający zastrzega sobie prawo uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług. Brak po stronie wykonawcy możliwości technicznych świadczenia usługi może się wiązać z koniecznością poniesienia bardzo dużych nakładów inwestycyjnych. Zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia bez wskazania przez zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji. Ich koszt może przewyższać wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi w danej lokalizacji.

Kosztów uruchomienia nowych lokalizacji nie pokryją opłaty z tytułu prawa opcji wskazane w pkt 3.4.6.1 -3.4.6.2 SIWZ, zgodnie z którymi „za usługi objęte prawem opcji Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie, które ustalone zostanie według następujących zasad:

3.4.6.1. opłata instalacyjna w przypadku włączenia nowej lokalizacji w miejsce wcześniej wyłączonej innej lokalizacji wyliczona, jako średnia opłata za przyłączenie do sieci WAN i uruchomienie usługi dla lokalizacji o takiej samej przepustowości,

3.4.6.2. wszystkie opłaty związane z włączeniem nowej lokalizacji, jeśli będzie ona wykroczała poza łączną i/ość lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ, wyliczone na podstawie średnich cen zgodnie z ofertą Wykonawcy.”

Pomijając fakt ograniczeń wysokości opłat instalacyjnych, bez znajomości uwarunkowań świadczonej usługi, związanej ściśle z jej lokalizacją, odwołujący podnosił, że nie ma możliwości wyceny usługi. Z okoliczności tej zdaje się zdawać sobie sprawę zamawiający, skoro w pkt 3.4.6.4 SIWZ przewiduje opłaty za uruchomienie łącza zapasowego, wyliczone jako suma uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza zapasowego.

Wszystkie powyższe argumenty odwołujący odnosił też do postanowienia zawartego w pkt 3.6 SIWZ, gdzie zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji. Wycena usług odnosi się do konkretnych lokalizacji, a zatem przeniesienie lokalizacji np. z

centrum miasta na jego obrzeża może skutkować koniecznością ponoszenia dodatkowych inwestycji, które nie są w żaden sposób powiązane z kalkulacją oferty.

W związku z tym wnosił o nakazanie zamawiającemu wykreślenia pkt 3.6 oraz modyfikację SIWZ w ten sposób, że skorzystanie z prawa opcji wskazanego w pkt 3.4.2 może nastąpić jeżeli wykonawca posiada pozytywne warunki techniczne w danej lokalizacji, a w wypadku braku takich warunków - uruchomienie nowych łączy, może nastąpić:

- w trybie zamówienia uzupełniającego,
- ewentualnie zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łączy wyliczoną, jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łączy.

Zarzut I. 3). Zgodnie z § 7 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ „Zamawiający uprawniony jest do wcześniejszego wypowiedzenia Umowy przy zachowaniu 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego.”

Postanowienie powyższe ustanawia możliwość jednostronnego rozwiązania umowy bez jakiegokolwiek przyczyny. Cytowane postanowienie, zdaniem odwołującego narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją zamawiającego. Przejawem tego stanowiska jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym: *„Wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać, co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru”*. Wykonawca kalkulując cenę oferty bierze pod uwagę koszty inwestycji oraz zakupu sprzętu niezbędnego do realizacji usługi a zatem musi założyć, że osiągnie określony przychód z tytułu realizacji umowy. W związku z tym, że

umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych jest umową o charakterze ciągłym, wielkość zamówienia determinowana jest poprzez czas trwania umowy. Zakończenie bytu prawnego umowy, oznaczać będzie stratę dla wykonawcy, który w celu uruchomienia usługi musiał ponieść koszty zakupu sprzętu itp.

Odwołujący argumentował, że proponowana umowa ma charakter umowy zawartej na czas określony. Istotą i naturą (w rozumieniu art. 353 (1) k.c. zobowiązania wynikającego z umowy zawartej na czas określony jest brak możliwości wcześniejszego jego zerwania w drodze wypowiedzenia którejkolwiek ze stron kontraktu. Możliwość przerwania okresu trwania zobowiązania jest bowiem właściwa dla umów zawieranych na czas nieokreślony i dla tego rodzaju umów przewidziana została instytucja wypowiedzenia umowy (vide art. 365 1 K.c.). Wnioskując *a contrario* z art. 365 (1) K.c., umowy zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa.

Ponadto zgodnie z art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Przepis ten daje zamawiającemu możliwość jednostronnego odstąpienia od umowy w razie, gdy interes publiczny przemawia za zakończeniem danego stosunku prawnego. Przepis ten, wraz z wynikającą z art. 142 Pzp zasadą, że umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane powinny być na czas oznaczony, tworzy ramy konstrukcyjne stosunku obligacyjnego zawiązanego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane.

Na marginesie odwołujący zwracał uwagę, że postanowienie o możliwości dowolnego rozwiązania umowy może stanowić instrument nacisku, w celu dokonywania niekorzystnych dla wykonawcy zmian umowy, w tym określonych w rozdz. 16 SIWZ.

Mając na względzie przedstawioną argumentację, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu wykreślenie § 7 ust. 5 wzoru umowy.

Zarzut II. W § 7 ust. 3 lit. a) i b) wzoru umowy zawarte jest zastrzeżenie, że „Zamawiający może rozwiązać Umowę, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, w przypadku:

a) powtarzającego się (więcej niż jednokrotnego) naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy, w tym w szczególności nienależytego lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z Umowy. Uprawnienie to aktualizuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do zaprzestania naruszeń, o ile Wykonawca w terminie czternastu dni od dnia otrzymania tego wezwania nie zastosuje się do jego treści i nie doręczy Zamawiającemu pisemnego oświadczenia o zastosowaniu się do otrzymanego wezwania,

b) gdy Wykonawca wprowadzi nowy regulamin usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego.

Postanowienia powyższe mogą stanowić podstawę rozwiązania umowy - jak utrzymywał odwołujący - bez zaistnienia istotnej przyczyny. Zastrzegając możliwość rozwiązania umowy ze względu na nienależyte lub nieterminowe wykonanie umowy, zamawiający nie określił jakiego rodzaju naruszenia umowy lub też jakiej wagi naruszenia umowy mogą uzasadniać tak daleko idące konsekwencje jakim jest odstąpienie od umowy. W ocenie wykonawcy przyznanie zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - bez określenia ciężaru gatunkowego tychże przyczyn - daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy nawet z powodu błahego zawinienia wykonawcy i tym samym powoduje, że równowaga kontraktowa pozostaje zachwiana.

Postanowienie to może być szczególnie dotkliwe, jeżeli uwzględni się specyfikę usług telekomunikacyjnych. Immamentną cechą tych usług są chwilowe przerwy, czy spadek parametrów usługi wywołane różnego rodzaju awariami. Z okoliczności tej zdaje sobie sprawę zamawiający skoro w załączniku nr 1 ustanowił bonifikaty z tytułu niedotrzymania parametrów SLA.

Za przyczynę rozwiązania umowy także nie może być uznane wprowadzenie nowego regulaminu świadczenia usług. Przede wszystkim zamawiający nie wskazuje w SIWZ, że do realizacji usług będą stosowane regulaminy świadczenia usług telekomunikacyjnych, bądź jakiegokolwiek inne wzorce umowne tworzone przez wykonawcę. Wydaje się to oczywiste wobec faktu, że przedmiotem umowy nie są usługi standardowe, do których stosuje się takie regulaminy, lecz usługi o charakterze dedykowanym, które dostosowane są do potrzeb zamawiającego. Nawet, gdyby takie wzorce były stosowane, to pierwszeństwo przed takimi wzorcami zawsze będzie miała umowa oraz SIWZ (art. z art. 385 § 1 K.c.).

Mając na względzie przedstawioną argumentację, odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie § 7 ust. 3 lit. b) oraz zmianę brzmienia § 7 ust. 3 lit a) wzoru umowy, poprzez nadanie mu brzmienia:

„a) powtarzającego się (więcej niż jednokrotnego) istotnego naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy, w tym w szczególności nienależytego lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z Umowy. Uprawnienie to aktualizuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do zaprzestania naruszeń, o ile Wykonawca w terminie czternastu dni od dnia otrzymania tego wezwania nie zastosuje się do jego treści i nie doręczy Zamawiającemu pisemnego oświadczenia o zastosowaniu się do otrzymanego wezwania”, oraz zdefiniowanie pojęcia „istotnego naruszenia umowy”.

Zarzut III. Zgodnie z rozdz. 13.1 SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, spośród ofert nieodrzuconych, zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą kierując się następującymi kryteriami:

13.1.1. Cena - maksymalnie 79,17 pkt,

13.1.2. Typy łączy podstawowych transmisyjnych do siedziby Oddziałów w Gdańsku Poznaniu, Warszawie i Wrocławiu, oraz podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrzu - maksymalnie 11,88 pkt,

13.1.3. Typy łączy podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji - maksymalnie 8,95 pkt.

Następnie w pkt 13.4 zamawiający stwierdza, że punkty w ramach kryterium „Typy łączy podstawowych transmisyjnych dla siedziby Oddziałów w Gdańsku, Poznaniu, Warszawie i Wrocławiu oraz siedzib podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrzu” (maksymalnie 11,88 pkt) będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 1 punkt,
- za łączę radiowe do danej lokalizacji - 0,5 punktu.

Ponieważ zgodnie z wykazem podanym w tabeli stanowiącej załącznik do Formularza ofertowego suma (liczba) wszystkich siedzib Oddziałów (6) i Zakładów (12) wynosi 18, to biorąc pod uwagę, że za łącze światłowodowe do danej lokalizacji będzie przyznany 1 punkt, maksymalna liczba punktów w ramach kryterium „Typy łączy podstawowych transmisyjnych dla siedziby Oddziałów w Gdańsku, Poznaniu, Warszawie i Wrocławiu oraz siedzib podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrzu” powinna wynosić maksymalnie 18 pkt, a nie 11,88.

Odwołujący podnosił, iż stanowi to istotny błąd, który uniemożliwia właściwą ocenę ofert, a tym samym wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym wnosił o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w ten sposób, aby usunięte zostały wskazane rozbieżności w opisie kryteriów oceny ofert.

Zarzut IV. Zgodnie z Załącznikiem do Formularza Oferty (zał. nr 7 do SIWZ) na 197 lokalizacji zamawiającego, aż 179 lokalizacji stanowią lokalizacje typu „Jednostka terenowa”. W większości tych lokalizacji zamawiający dopuścił dostępne łącza podstawowe, jako łącza „miedziane”. Z niewiadomych względów zamawiający nie uwzględnił w Załączniku do Formularza Oferty możliwości zastosowania typu łączy podstawowych, jako łączy „miedzianych”. Chodzi tu o lokalizacje:

- 1) Lębork, ul. Warszawska 15,
- 2) Toruń, ul. Szosa Lubicka 2/18,
- 3) Żnin, ul. Mickiewicza 22,
- 4) Gostyń, ul. Fabryczna 1,
- 5) Leszno, ul. Przemysłowa 12,
- 6) Szczyglice, KGHM Szczyglice DZ, 21/2.

Odwołujący zaznaczał, że w pozostałych lokalizacjach zamawiającego typu „Jednostka terenowa” dla łącza podstawowego dostępowego pracującego z taką samą przepustowością zamawiający dopuścił łącze typu „miedziane”. Ponadto zamawiający wyżej ceni sobie łącza miedziane niż radiowe, skoro w opisie kryteriów oceny ofert w pkt 13.5 SIWZ wyżej punktować będzie łącza miedziane niż łącza radiowe.

Powoduje to konieczność zastosowania w tych lokalizacjach przez wykonawcę łączy podstawowych dostępowych typu „Radiowe”, co może wiązać się dla wykonawcy z dodatkowymi kosztami i utratą części punktów za kryterium „Typy łączy podstawowych transmisyjnych dla pozostałych lokalizacji”.

W związku z tym wnosił o nakazanie zamawiającemu modyfikacji formularza ofertowego stanowiącego zał. nr 7 do SIWZ w ten sposób, że we wszystkich jednostkach terenowych dopuszczone będą łącza miedziane.

Zarzut V. Na wstępie odwołujący stwierdził, że w myśl art. 353(1) Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Tak, więc granica swobody umowy zakreślona jest również poprzez zasady współżycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej,

rozumianej, jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.

Kara umowna przewidziana w art. 484 Kodeksu cywilnego, stanowi surogat odszkodowania wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w art. 471 K.c. Tym samym uzasadnione jest utrzymanie związku pomiędzy wysokością szkody, jaką poniesie zamawiający, a wysokością kary umownej. Ponadto przy konstruowaniu kar umownych należy mieć na względzie to, że powinny być one stosownie mniejsze w przypadku, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2 k.c. „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.”

W § 5 ust. 1 wzoru umowy określono karę umowną za nienależyte lub nieterminowe wykonanie zamówienia. Jednocześnie w § 5 ust. zastrzeżono, że „niezależnie od kar umownych, Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy bonifikat określonych w Załączniku nr 1 do Umowy”. W załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, przewidziano szereg bonifikat z tytułu niedotrzymania parametrów SLA. Oznacza to, że wykonawca z tytułu niedotrzymania parametrów SLA zobowiązany będzie ponieść wysokie koszty bonifikaty oraz kary umownej. Tak ukształtowane zasady odpowiedzialności pozostają bez związku ze szkodą, jaką może ponieść zamawiający, a także prowadzą do zwichnięcia równości stron stosunku zobowiązaniowego - jak przekonywał odwołujący.

W związku z tym wnosił o nakazanie modyfikacji SIWZ w ten sposób, że zamawiający nie będzie mógł nałożyć kary umownej, jeżeli z tego samego powodu naliczył bonifikatę.

Zarzut VI. Określając dopuszczalny zakres zmiany umowy, w § 6 ust. 1.1.6-1.1.7 Zamawiający przewidział m.in.:

„6) zmiany będące rezultatem renegotjacji warunków realizacji przedmiotu umowy podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym i finansowym w przypadkach, gdy Wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług będących przedmiotem Umowy (w szczególności oparte na nowych technologiach, niestosowanych w momencie podpisywania umowy);

7) zmiany będące rezultatem renegotjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu umowy podczas okresu jego wykonania w przypadku, gdy Wykonawca wprowadzi nowy cennik usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o cenach korzystniejszych niż w złożonej ofercie.”

Zmiana technologii świadczenia usługi, w pewnych sytuacjach powoduje utratę tożsamości świadczonej usługi, a tym samym prowadzi do naruszenia art. 140 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczeń wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem określonym w umowie – jak stwierdził odwołujący.

Za niezrozumiałe uznał także zastrzeżenie możliwości zmian cen umownych wskutek zmian cen w cenniku usług telekomunikacyjnych, w zakresie usług będących przedmiotem umowy. Po pierwsze, przedmiotem zamówienia nie jest świadczenie usług standardowych, których ceny są określane w takich cennikach. Po drugie, wykonawcy kalkulując ceny ofert uwzględniają koszty inwestycji, które muszą wykonać w celu świadczenia usługi. Koszty te ujęte są w cenie oferty i nie powinny ulegać zmianie w trakcie obowiązywania umowy.

Przyznał, że realizacja powyższych zmian uzależniona byłaby od zgodnego oświadczenia obu stron umowy. Jednak odwołujący wskazywał, że możliwość rozwiązania umowy stanowi instrument, który może wymusić na wykonawcy dokonanie takich zmian.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 stycznia 2014 r. pisemne zgłoszenia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (w kopii przesłane stronom), złożyli w dniu 10 stycznia 2014 r. następujący wykonawcy:

A. GTS Poland S.A. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,

B. EXATEL S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa

- wnosząc o uwzględnienie odwołania, gdyż kwestionowane postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ uniemożliwiają udział w postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w sprawie wykonawców: GTS Poland S.A. oraz EXATEL S.A.

Wykonawca EXATEL SA. dodatkowo podnosił, że aktualne zapisy SIWZ uniemożliwiają precyzyjne i rzetelne skalkulowanie ceny poprzez niejednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia oraz jego wielkości. Zamawiający, co prawda przewiduje zastosowanie prawa opcji jednak nie precyzuje go na tyle, aby wykonawca mógł skalkulować cenę oferty biorąc pod uwagę wielkość zamówienia oraz wszelkie aspekty mogące mieć wpływ na zmianę wielkości przedmiotu zamówienia. Postanowienia SIWZ prowadzą do alternacji przedmiotu zamówienia, a usługi jakie mają być świadczone na jego podstawie wymagają przeprowadzenia przez wykonawcę dodatkowych inwestycji. Zamawiający zastrzegając sobie prawo do uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach nakłada na wykonawcę ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów, których nie można wycenić przed złożeniem oferty, a które wykonawca musi uwzględnić kalkulując cenę oferty. Ponadto stwierdził, iż zamawiający tak skonstruował zapisy umowy, że ma prawo do jednostronnego rozwiązania umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny. Przystępujący zwracał uwagę, że obecne brzmienie

zapisów stoi w sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych. Przepis art. 142 Pzp mówi o tym, że umowy w trybie zamówień publicznych zawiera się na czas oznaczony. Ponadto zgodnie z art. 145 Pzp, zamawiający może odstąpić jednostronnie od umowy w razie, gdy interes publiczny przemawia za zakończeniem danego stosunku prawnego. Ustawa (nie) przewiduje możliwości dowolnego rozwiązania umowy przez strony umowy.

Zamawiający w „Opisie kryteriów, którymi (...) będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem oznaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” rozdz. 13.1 SIWZ różnicuje przyznawanie punktów z zależności od rodzaju zastosowanego łącza. W części (6 lokalizacjach) zamawiający nie wyraził zgody na możliwość zastosowania łącza podstawowego w technologii miedzianej, mimo tego, iż łącza te pracują z taką samą przepustowością jak te w pozostałych lokalizacjach zamawiającego. Ponadto z kryteriów jakimi kierował się będzie zamawiający wynika, że preferowane są łącza miedziane niż radiowe, skoro w opisie kryteriów oceny ofert w pkt 13.5 SIWZ wyżej punktowane są łącza miedziane niż łącza radiowe.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 stycznia 2014 r. poinformował o dokonanych modyfikacjach niektórych kwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ oraz przedstawił następującą argumentację:

„I. Odnośnie zarzutu określonego w pkt 1 Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 7, art. 29 ust. 1, w związku z art. 34 ust. 5 ustawy, poprzez zastrzeżenie prawa opcji, polegającego na uruchomieniu usług w nowych lokalizacjach, rezygnacji ze świadczenia usług lub zmianie prędkości dostępowych łączy, bez uwzględnienia technicznych możliwości takich zmian, terminu do jakiego może nastąpić skorzystanie z prawa opcji oraz kosztów jakie z tego tytułu poniesie wykonawca:

Zamawiający Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. świadczy usługę dystrybucji paliwa gazowego na rzecz Zleceniodawców Usług Dystrybucyjnych, przy wykorzystaniu gazowej sieci dystrybucyjnej będącej własnością PSG. Prowadzone przez PSG postępowanie na świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS dotyczy strategicznej dla Zamawiającego kwestii związanej z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania i zarządzania posiadanymi przez siebie gazociągami, a tym samym dochowania jednej z najważniejszych zasad obowiązujących w branży gazowniczej a dotyczącej zapewnienia bezpieczeństwa ludzi i mienia przy wykonywaniu swojej działalności.

Postępowanie prowadzone jest dla 4 z 6 Oddziałów zamawiającego, a dla pozostałych dwóch Oddziałów - dla ich siedzib, tzn.:

- dla wszystkich lokalizacji Oddziału w Gdańsku,
- dla wszystkich lokalizacji Oddziału w Poznaniu,
- dla wszystkich lokalizacji Oddziału we Wrocławiu,
- dla wszystkich lokalizacji Oddziału w Warszawie,
- dla siedziby Oddziału w Zabrzu,
- dla siedziby Oddziału w Tarnowie.

Zamawiający od lat rozwija posiadane przez siebie systemy informatyczne w kierunku, który pozwala na monitorowanie, minimalizowanie zagrożenia awarią oraz jak najskuteczniejsze zarządzanie posiadany przez siebie majątkiem. Rozwój i rozbudowa przedmiotowych systemów pociąga za sobą konieczność zapewnienia sobie wysokiej jakości usług transmisji danych, głosu i video.

Sieć teleinformatyczna WAN będąca przedmiotem postępowania przetargowego jest użytkowana przez przedsiębiorstwo Zamawiającego już od kilku lat. Dotychczasowe jej sprawne i bezawaryjne działanie pozwoliło istotnie ograniczać koszty działalności Zamawiającego i sprawować prawidłowy nadzór nad pracą i bezpieczeństwem sieci dystrybucji gazem. Jej dalsze działanie na co najmniej tak dobrym poziomie jak obecnie i jej dalszy rozwój jest priorytetem w niniejszym postępowaniu przetargowym, gdyż obniżenie jakości jej działania może w istotny sposób doprowadzić do poważnych konsekwencji i nieodwracalnych strat Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Zamawiający tak opisał w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia przedmiot zamówienia, aby z zachowaniem obowiązującego prawa w jak największym zakresie utrzymać sprawność i bez awaryjność sieci WAN, chroniąc w ten sposób swój interes, interes Oddziałów Handlowych PGNiG SA (których lokalizacje również są objęte przedmiotem zamówienia), jak również interes swoich klientów - odbiorców paliwa gazowego.

W związku z trwającą od 2000 roku ciągłą restrukturyzacją całej polskiej branży gazowniczej wymuszoną przepisami polskimi i Unii Europejskiej (Dyrektywa 2012/27/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylecia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE; Dyrektywa 2009/73A/WE dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego; Prawo Energetyczne, itd.) Zamawiający jest w trakcie intensywnych zmian organizacyjnych i strukturalnych: Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. powstała w połowie 2013 r. na skutek centralizacji 6 lokalnych spółek dystrybucyjnych, ponadto w ramach PGNiG SA planowane jest wydzielenie nowej spółki handlowej. W wyniku tych zmian może nastąpić likwidacja obecnych lub/i powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji) w przedsiębiorstwie Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający nie może zadeklarować, że podczas 36 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w opisie przedmiotu zamówienia, oraz że nie powstaną nowe lokalizacje.

Istotna dla Zamawiającego jest sprawność działania sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN, dlatego Zamawiający zasygnalizował potrzebę dodawania nowych lokalizacji w ramach prawa opcji oraz podnoszenia przepustowości łącz i jest gotów ponieść koszty gotowości Wykonawcy do zapewnienia zwiększenia przepustowości w przewidzianym w SIWZ zakresie.

Warunek ten został sprecyzowany w SIWZ na podstawie doświadczeń Zamawiającego w dotychczasowym kilkuletnim okresie eksploatacji usługi sieci WAN MPLS. Ponadto w planach rozwojowych swojego przedsiębiorstwa Zamawiający przewiduje uruchomienie kolejnych, centralnych aplikacji informatycznych, które mogą być przyczyną podnoszenia przepustowości w niektórych lokalizacjach.

Zamawiający podkreśla ponadto, że w SIWZ precyzyjnie określił zasady obliczenia wynagrodzenia wykonawcy zarówno w sytuacji zwiększenia przepustowości, jak i dodania nowych lokalizacji (podniesienie przepustowości wykonawca wycenia samodzielnie w Załączniku do formularza ofertowego, również na podstawie danych z tego dokumentu zwiększane lub zmniejszane jest wynagrodzenie wykonawcy odpowiednio w sytuacji odpowiednio dodania lub likwidacji danej lokalizacji). Precyzyjnie określony jest także zakres prawa opcji (20%).

Zamawiający - zdając sobie sprawę z faktu, iż powyższe zapisy zwiększają ryzyko wykonawcy - wprost wskazał w pktcie 3.4.1 SIWZ, że „Zamawiający gwarantuje, że w trakcie trwania umowy nie zrezygnuje ze świadczenia usługi w siedzibach głównych wszystkich Oddziałów oraz Zakładów.

Oznacza to, że Zamawiający daje Wykonawcy gwarancję świadczenia usługi we wszystkich najważniejszych i największych lokalizacjach oraz łącznie przynajmniej w 80% ogólnej ilości lokalizacji.

Zgodnie z powyższymi zapisami SIWZ dają w ocenie Zamawiającego wykonawcy nieodzowną pewność zakresu realizacji usługi, pozwalającą na skalkulowanie ceny oferty na rentownym poziomie.

Analogiczną argumentację Krajowa Izba Odwoławcza poparła w wyroku KIO 2549/11; „(...) Jakkolwiek kwestionowane postanowienie SIWZ może utrudniać kalkulację kosztów oferty uwzględniającą wysokość kosztów inwestycyjnych poniesionych przez wykonawcę z rozpoczęciem świadczenia usług, to należało też uwzględnić stanowisko zamawiającego, że w związku z ciągłą restrukturyzacją całej polskiej branży gazowniczej wymuszoną przepisami polskimi i Unii Europejskiej (...), zamawiający jest w trakcie intensywnych zmian organizacyjnych i strukturalnych (...). Usługa w ocenie Izby, ma charakter kompleksowy - w odniesieniu do sieci rozległej WAN KSG. Nie byłoby możliwe wprowadzenie takich warunków jakich oczekuje odwołujący, aby w sytuacji, gdy dodatkowa lokalizacja, lub

zmieniona lokalizacja, do której trzeba doprowadzić usługi w trakcie trwania umowy z operatorem wybranym w niniejszym postępowaniu, stała się przedmiotem odrębnego zamówienia, realizowanym przez inny podmiot, w sytuacji gdy objęcie jej zakresem umowy, byłoby dla wykonawcy danego zamówienia z różnych względów niedogodne lub utrudnione.”

Na marginesie należy też zwrócić uwagę, że pojmowanie uczciwej konkurencji, jako "równania w dół", która to tendencja przez szereg lat była wyraźnie widoczna w zamówieniach publicznych, jest nieprawidłowe. Uczciwa konkurencja to również, a może i przede wszystkim, stworzenie przedsiębiorcom warunków do tworzenia i zbytu jak najlepszych jakościowo produktów czy usług i uzyskiwania jak najlepszych efektów w celu "wyprzedzenia" konkurentów. Odnosi się to szczególnie do rynku informatyczno-telekomunikacyjnego, którego istnienie i rozwój - i istniejąca na nim konkurencja - polega właśnie na ciągłym wprowadzaniu innowacji, lepszych rozwiązań, nowych urządzeń, ulepszania parametrów, zwiększania funkcjonalności itd. W takim ujęciu domaganie się "pogarszania" warunków świadczenia usług w stosunku do tego, co mogą zaproponować konkurenci, jest wręcz zaprzeczeniem konkurencyjności (por. wyrok KIO 1891/12).

Odnosnie zarzutu określonego w pkt II Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1, art. 145 ust. 1, art. 142, art. 139 Ustawy w związku z art. 365(1) Kodeksu cywilnego poprzez zawarcie w SIWZ postanowień o możliwości wypowiedzenia umowy bez podania przyczyny: Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 353(1) k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje, co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a

więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi a realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych k.c.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień [stosuje się K.c.]. Z ustawy nie wynika zakaz stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku regulowania postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. Ustawodawca w ustawie nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnoszenie się do uregulowań Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym, Argument podniesiony przez Odwołującego o zakazie wypowiedzania umów dotyczących świadczeń ciągłych zawartych na czas oznaczony, wywodzony z rozumowania a contrario w oparciu o przepis art. 365(1) k.c., należy uznać za nietrafny, albowiem należy zauważyć, że umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych z mocy art. 750 k.c. powinna być analizowana z zastosowaniem przepisów o umowie zlecenia. Przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne nie regulują w sposób szczególny kwestii rozwiązania umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nakazując jedynie wprowadzenie do treści umowy o świadczenie takiej usług postanowień regulujących problematykę rozwiązywania i wypowiedzania umów. W tej sytuacji do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych będzie mieć zastosowanie przepis art. 746 k.c, (vide wyrok SN z dnia 17 listopada 1999 r. sygn. akt III CKN 450/98). Zarówno orzecznictwo jak i doktryna zgodnie przyjmują, iż zapis art. 746 § 1 ma charakter względnie obowiązujący, a więc będzie on miał zastosowanie, tylko wówczas, gdy strony w umowie nie uregulują w ogóle kwestii jej wypowiedzenia, bądź też uregulują ją w sposób odmienny. W sytuacji, gdy przewidziano w umowie okres jej wypowiedzenia - tak ja ma to miejsce w niniejszej sprawie - nie wskazując czy mowa o okresie na wypadek wypowiedzenia z ważnych lub bez ważnych powodów, wypowiedzenie z ważnych powodów odniesie skutek natychmiastowy, zaś wypowiedzenie bez ważnych powodów odniesie skutek z upływem okresu wypowiedzenia (tak: wyroku s. apel. w Warszawie z dnia 15 września 2008 r. I ACa 84/08). Kompetencja stron do swobodnego kształtowania łączącego je stosunku prawnego wynika z art. 353 (1) k.c. statuującego zasadę swobody umów, przyznającej stronom prawo do ułożenia stosunku prawnego według swego uznania, pod warunkiem by treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W granicach określonych zasadą swobody kontraktowania powyżej wskazanych, strony mogą dokonywać umownych modyfikacji treści art. 746 § 1 k.c., w szczególności wprowadzając terminy wypowiedzenia tej umowy z powodów ważnych,

nieważnych, jakichkolwiek czy też bez przyczyn oraz określając konsekwencje związane z rozwiązaniem umowy w tym trybie. Ponadto przepis art. 365(1) k.c. jest przepisem ogólnym i odstępstwa od tej reguły są określone przepisami dotyczącym poszczególnych rodzajów umów nazwanych Kodeksu cywilnego, stąd też rozumowanie *a contrario*, w przypadku wykładni tego przepisu powinno być dokonywane z uwzględnieniem stosowania przepisów szczególnych regulujących dany typ umowy, a nadto z uwzględnieniem zasady swobody kontraktowania z art. 353 (1) k.c. Powyższe znajduje swoje oparcie także w stanowisku doktryny - *vide* Romanowski Michał "Dopuszczalność wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony w świetle zasady swobody umów" PPH 2002.11.47, E. Rott- Pietrzyk "Dopuszczalność zastrzeżenia wypowiedzenia umowy agencyjnej na czas oznaczony." PPH 2003/10/45. Odnośnie naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, czy też wskazanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze odsyłającym (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) nie uzasadnia uznania, iż naruszone zostały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (zob. tak: wyrok KIO 1507/13). Prawo do wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego ma znaczenie uboczne i jako takie nie może być kwalifikowane za naruszenie przepisów art. 29 ust. 1. Wykonawca wszelkie ryzyka z tego tytułu może ująć w cenie oferty.

Z Ustawy nie wynika zakaz stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku regulowania postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. Ustawodawca w ustawie nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnośnienie się do uregulowań Kodeksu cywilnego, w szczególności art. 353 (1) k.c. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym.

Odnośnie zarzutu określonego w pkt III Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1, art. 145 ust. 1, art. 142, art. 139 Ustawy w związku z art. 365(1) Kodeksu cywilnego poprzez zawarcie w SIWZ postanowień o możliwości wypowiedzenia umowy bez zaistnienia istotnej przyczyny: Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 353(1) k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje, co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego

fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi a realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych k.c.

Odnosząc się natomiast stricte do wskazanych przez Odwołującego naruszeń należy wskazać co następuje. Z ustawy nie wynika zakaz stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku regulowania postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. Ustawodawca w ustawie nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnośnienie się do uregulowań Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym. Argument podniesiony przez Odwołującego o zakazie wypowiedzania umów dotyczących świadczeń ciągłych zawartych na czas oznaczony, wywodzony z rozumowania a contrario w oparciu o przepis art. 365(1) k.c., uznaje za nietrafny, albowiem należy zauważyć, że umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych z mocy art. 750 k.c. powinna być analizowana z zastosowaniem przepisów o umowie zlecenia. Przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne nie regulują w sposób szczególny kwestii rozwiązania umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, nakazując jedynie wprowadzenie do treści umowy o świadczenie takiej usług postanowień regulujących problematykę rozwiązywania i wypowiedzania umów. W tej sytuacji do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych będzie mieć zastosowanie przepis art. 746 k.c. (vide wyrok SN z dnia 17 listopada 1999 r. sygn. akt III CKN 450/98), który poza zasadami wypowiedzania umów przez strony umowy zlecenia statuuje generalną klauzulę zakazującą zrzeczenia się prawa do wypowiedzenia umowy zlecenia z ważnych przyczyn (vide wyrok SN z dnia 28 września 2004 r. sygn. akt IV CK 640/03, wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 433/03). Ponadto przepis art. 365(1) k.c. jest przepisem ogólnym i odstępstwa od tej reguły są określone przepisami dotyczącym poszczególnych rodzajów umów nazwanych Kodeksu cywilnego, stąd też

rozumowanie *a contrario*, w przypadku wykładni tego przepisu powinno być dokonywane z uwzględnieniem stosowania przepisów szczególnych regulujących dany typ umowy, a nadto z uwzględnieniem zasady swobody kontraktowania z art. 353 (1) k.c. Powyższe znajduje swoje oparcie także w stanowisku doktryny - *vide* Romanowski Michał "Dopuszczalność wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony w świetle zasady swobody umów" PPH 2002.11.47, E. Rott-Pietrzyk "Dopuszczalność zastrzeżenia wypowiedzenia umowy agencyjnej na czas oznaczony." PPH 2003/10/45. (...) Odnośnie naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, czy też wskazanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze odsyłającym (art. 139 ust. 1 Ustawy) nie uzasadnia uznania, iż naruszone zostały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (zob. tak: wyrok KIO 1507/13). Prawo do wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego ma znaczenie uboczne i jako takie nie może być kwalifikowane za naruszenie przepisów art. 29 ust. 1. Wykonawca wszelkie ryzyka z tego tytułu może ująć w cenie oferty. Z Ustawy nie wynika zakaz stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku regulowania postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. Ustawodawca w ustawie nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnoszenie się do uregulowań Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym.

Zamawiający informuje, iż w dniu 20 stycznia 2014 r. dokonał i opublikował zmianę SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 4 Ustawy, w której dokonał uchylecia zapisu § 7 ust. 3 lit. b) wzoru umowy, a mianowicie zapisu o możliwości rozwiązania Umowy w przypadku „gdy Wykonawca wprowadzi regulamin usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego”. W związku z powyższym niniejszy zarzut jest bezprzedmiotowy i brak podstaw jego rozpatrzenia.

Odnośnie zarzutu określonego w pkt IV Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Ustawy, poprzez ustalenie wewnętrznie sprzecznych kryteriów oceny ofert, uniemożliwiających wybór oferty najkorzystniejszej: Zamawiający informuje, iż w dniu 20 stycznia 2014 r. dokonał i opublikował zmianę SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 4 Ustawy, w której doprecyzował zasady obliczenia punktacji w ramach kryterium oceny ofert. W związku z powyższym zarzut jest bezprzedmiotowy i brak podstaw jego rozpatrzenia.

Odnośnie zarzutu określonego w pkt V Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez nieuzasadnione względami merytorycznymi ograniczenie możliwości wykorzystania łączy miedzianych jako podstawowych łączy transmisyjnych w niektórych lokalizacjach typu „Jednostka terenowa”. Zamawiający informuje, iż w dniu 20 stycznia 2014 r. dokonał i opublikował zmianę SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 4 Ustawy, w

dopuszczył zastosowanie łącz miedzianych we wszystkich Jednostkach Terenowych. W związku z powyższym zarzut jest bezprzedmiotowy i brak podstaw jego rozpatrzenia.

Odnosnie zarzutu określonego w pkt VI Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 7, art. 29 ust. 1, art. 139 Ustawy, w związku z art. 384 § 2 oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a mianowicie możliwości kumulowania bonifikat oraz kar umownych z tytułu tego samego naruszenia postanowień umownych:

Zamawiający wskazuje, że wysokości kar jest świadomym rozwiązaniem mającym na celu mobilizować Wykonawcę jak do najrzetelniejszego wywiązywania się ze swoich obowiązków, a umieszczenie zapisów dotyczących bonifikat ma mobilizować do prawidłowej realizacji obowiązków wynikających z zapisów umowy, jednakże bonifikata jest inną instytucją niż kara umowna i różni się od niej m.in. tym, że to nie strona jest zobowiązana do jej zapłaty, lecz nie otrzymuje wynagrodzenia z uwagi na fakt, iż nie świadczy usługi określonej umową. Trudno zatem przyznać rację Wykonawcy, iż zobowiązana jest ona do uiszczania podwójnej kary. Inne są również okoliczności, w których powstaje obowiązek uiszczania kary czy udzielenia bonifikaty. Fakt, iż dopuszczalne jest wystąpienie awarii nie oznacza uprawnienia Wykonawcy do żądania zapłaty za czas przerwy w świadczeniu usługi. W tym, okresie bowiem usługa nie jest faktycznie świadczona.

Zamawiający wskazuje, że sposób naliczenia bonifikat i kar został ustalony w związku z wagą przedmiotu zamówienia dla funkcjonowania zarówno Zamawiającego, jak i Oddziałów Handlowych PGNiG S.A. (których lokalizacje również są objęte przedmiotem zamówienia): działanie sieci WAN na dobrym poziomie jest priorytetowe, gdyż obniżenie jakości jej działania może w istotny sposób doprowadzić do poważnych konsekwencji i nieodwracalnych strat dla Zamawiającego, Oddziałów Handlowych PGNiG S.A. oraz ich klientów - odbiorców paliwa gazowego. Obniżenie parametrów może doprowadzić również do zagrożenia utraty zdrowia lub życia odbiorców gazu poprzez brak monitorowania parametrów pracy sieci gazowej, które jest realizowane z wykorzystaniem sieci MPLS.

Ponadto instytucje kar i bonifikat na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia nie stanowią przeszkody w uzyskaniu zamówienia, Miarkowanie naliczonych kar umownych jest realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego i jest wynikiem zastosowania tej instytucji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a w przypadku obciążenia wykonawcy karami umownymi może on bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Wskazanie rodzajów ryzyk, jakie wykonawcy powinni w swojej ofercie uwzględnić odpowiada wymogowi art. 29 ust. 1 p.z.p., tj. podaniu wszelkich okoliczności, jakie mogą mieć wpływ na kalkulację oferty. Izba nie jest

uprawniona do rozstrzygnięcia czy wysokość zastrzeżonych kar umownych jest wygórowana. Do miarkowania kary umownej i w konsekwencji zmniejszenia wysokości kary uprawniony jest wyłącznie sąd w drodze orzeczenia (ewentualnie poprzez zatwierdzenie ugody przedsądowej zawieranej przez strony). Izba nie jest organem mediacyjnym, którego zadaniem byłoby doprowadzenie do pełnej ekwiwalentności świadczeń, czy całkowitej symetrii wzajemnych obowiązków i uprawnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, bowiem weryfikuje jedynie czynności zamawiającego pod względem przestrzegania wzorca ustanowionego w p.z.p. Na tym etapie, tj. przed podpisaniem umowy nie sposób ocenić, czy przewidziane w projekcie umowy kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 ustawy Kodeks cywilny kary umownej w ogóle, i jaka będzie jej ewentualna wysokość" (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r. KIO 360/12; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2012 r. KIO 974/12). Co więcej, instytucja kar wprowadzona do Kodeksu cywilnego w art. 483-484 k.c. może mieć charakter nie tylko odszkodowawczy, ale też kary cywilnej mającej na celu przeciwdziałanie szczególnie patologicznym i sprzecznym z treścią umowy działaniom drugiej jej strony. Wprowadzenie limitu kar umownych, rezygnacja z kar i bonifikat pozbawia zamawiającego skutecznego mechanizmu dyscyplinowania wykonawcy, eliminując tym samym możliwość stosowania narzędzi pozwalających zamawiającemu na doprowadzenie do realizacji zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Zamawiający nie widzi podstaw do ingerencji w postanowienia wzoru umowy w odniesieniu do kar umownych i bonifikat, które z natury rzeczy mieszczą się w dyspozycji swobody kontraktowej stron. Wykonawca ocenia, czy ze względu na całokształt warunków zamówienia, ryzyko niewywiązania się z warunków kontraktu zachodzi, jakie jest jego prawdopodobieństwo i koszt. Może je też skalkulować w cenie oferty. Warunki w tym zakresie są identyczne dla wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Zamawiający podkreśla także, że zgodnie z art. 353(1) k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość essentialiae i incidentaliae negotii przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje, co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym

zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi a realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych k.c.

Odnośnie naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, czy też wskazanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze odsyłającym (art. 139 ust. 1 Ustawy) nie uzasadnia uznania, iż naruszone zostały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (zob. tak: wyrok KIO 1507/13). Instytucja kary umownych i bonifikat nie należy do essentialia negotii umowy. Ma znaczenie uboczne i jako takie nie może być kwalifikowane za naruszenie przepisów art. 29 ust. 1. Wykonawca wszelkie ryzyka z tego tytułu może ująć w cenie oferty.

Odnośnie zarzutu określonego w pkt VII Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 144, art. 140, w związku z art. 29 ust. 1 Ustawy, poprzez określanie dopuszczalnych zmian umowy, które prowadzą do zmiany zakresu świadczenia wykonawcy określonego w ofercie: Wykonawca kwestionuje zapisy: "Zamawiający zastrzega sobie prawo do renegotjacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym i finansowym w przypadkach, gdy wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia (w szczególności oparte na nowych technologiach, nie stosowanych w momencie podpisywania umowy)" oraz "Zamawiający zastrzega sobie prawo do renegotjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu umowy podczas okresu jego wykonania w przypadku, gdy Wykonawca wprowadzi nowy cennik usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy a o cenach korzystniejszych niż w złożonej ofercie".

Zamawiający wskazuje (a argumentacja została w analogicznej sytuacji uwzględniona wcześniej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO 2549/11), że zastrzeżenie prawa do renegotjacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia i renegotjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia art. 144 ust. 1 Ustawy, a jedynie jest wyrazem dozwolonego ustawą działania zamawiającego. Umowa w przedmiotowym zamówieniu zawierana jest na okres 36 miesięcy, mając na uwadze czas trwania przedmiotowej umowy, tak w interesie

zamawiającego, jak wykonawcy realizującego zamówienie jest skorzystanie z upoważnienia jakie daje przepis art. 144 Ustawy w zakresie możliwości zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w przypadku, gdy zamawiający przewidzi taką możliwość w treści SIWZ i określi warunki takiej zmiany. Skorzystania przez zamawiającego z możliwości, jakie stwarza ustawa, nie można zatem uznać za niewłaściwe. Zamawiający określił okoliczności w jakich będzie prowadził renegecje warunków umowy. Przepis ten stwarza uprawnienie po stronie zamawiającego do dokonania zmian umowy, w jego zamyśle na warunki dogodniejsze. Postanowienia te nie stwarzają jednak żadnego obowiązku po stronie wykonawcy, aby akceptować każdą wnioskowaną zmianę w stosunku do warunków zawartej umowy na czas oznaczony. Zmiany takie mogą być korzystne dla obu stron, natomiast tylko uprzednie przewidzenie możliwości ich wprowadzenia, stwarza w przyszłości legalne podstawy dla dokonania zmian umowy.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami i zmianami. Z urzędu, w trybie postanowień art. 190 ust. 2 Pzp, Izba dopuściła dowód z protokołu postępowania w sprawie odwoławczej sygn. akt KIO 2413/12.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłaszanych zarzutów, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące postanowienia.

Nazwa zamówienia: „Świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.”

3.1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN (zwanej dalej: „sieć” lub „sieć WAN”) w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez wirtualną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS w sieci Wykonawcy.

Szczegółowy opis Przedmiotu zamówienia zawarty został w Załączniku nr 1 do SIWZ.

3.2. Poprzez świadczenie usługi rozumie się:

3.2.1. wykonanie i udostępnienie w lokalizacjach Zamawiającego teleinformatycznych łączy dostępowych transmisyjnych podstawowych i rezerwowych o określonych parametrach do sieci Wykonawcy, w której świadczona będzie usługa sieć WAN,

3.2.2. zestawienie połączeń teleinformatycznych w topologii każdy-zkażdym (full-mesh) z możliwością wskazania bramy domyślnej dla każdej lokalizacji,

3.2.3. udostępnienie urządzeń aktywnych końcowych (dalej: „routerów CE”) dla łącz podstawowych oraz rezerwowych w lokalizacjach Zamawiającego,

3.2.4. utrzymanie i zarządzanie dostarczoną infrastrukturą sieciową do punktu styku w technologii Ethernet na routerach CE u Zamawiającego.

3.3. Szczegółowy wykaz lokalizacji objętych Przedmiotem zamówienia zawarto w pkt. VIII Załącznika nr 1 do SIWZ.

3.4. Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj.:

3.4.1. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia, do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości nie więcej 20 % ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ (wg stanu na dzień zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu w Dzienniku Urzędowym UE); Zamawiający gwarantuje, że w trakcie trwania umowy nie zrezygnuje ze świadczenia usługi w siedzibach głównych wszystkich Oddziałów oraz Zakładów,

3.4.2. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji zamówienia, do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, uruchomienia dodatkowych łącz zapasowych lub zwiększenia przepustowości łączy przekraczającego łączną cenę umowną, w zakresie nie większym niż do 20 % wartości umowy,

3.4.3. Zamawiający może skorzystać z prawa opcji wielokrotnie przez cały okres trwania umowy, jednakże w granicach ww. limitów,

3.4.4. Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji umowy. W przypadku nieskorzystania przez zamawiającego z prawa opcji, wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu. Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na zawarcie prawa opcji w umowie, nie będzie wnosił (...) oraz zrzeka się jakichkolwiek roszczeń z tytułu nie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji.

3.4.5. Warunkiem uruchamiania prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego Wykonawcy oświadczenia woli dotyczącego realizacji zamówienia w ramach prawa opcji, przy czym prawem opcji objęte są: usunięcie lub dodanie nowej lokalizacji, opłata instalacyjna w przypadku włączenia nowej lokalizacji w miejsce wcześniej wyłączonej innej lokalizacji, zwiększenie przepustowości inne niż określone w punkcie 3.5,

3.4.6. Za usługi objęte prawem opcji Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie, które ustalone zostanie według następujących zasad:

3.4.6.1. opłata instalacyjna w przypadku włączenia nowej lokalizacji w miejsce wcześniej wyłączonej innej lokalizacji wyliczona, jako średnia opłata za przyłączenie do sieci WAN i uruchomienie usługi dla lokalizacji o takiej samej przepustowości,

3.4.6.2. wszystkie opłaty związane z włączeniem nowej lokalizacji, jeśli będzie ona wykraczała poza łączną ilość lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ, wyliczone na podstawie średnich cen zgodnie z ofertą Wykonawcy,

3.4.6.3. opłaty za zwiększenie przepustowości – wg stawek wskazanych dla danej lokalizacji w ofercie Wykonawcy,

3.4.6.4. opłaty za uruchomienie łącza zapasowego, wyliczone jako suma uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza zapasowego oraz abonamentu miesięcznego wyliczonego na podstawie średnich cen zgodnie z ofertą Wykonawcy dla łącza takiego samego typu oraz pracującego z taką samą przepustowością.

3.5. Zamawiający zastrzega sobie zmianę przepustowości łączy, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ:

3.5.1. zwiększenie przepustowości (nie większe niż 3-krotne),

3.5.2. zmniejszenie przepustowości (minimalna przepustowość 2 Mbit/s).

3.6. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji.

4.1. Zamawiający wymaga, aby Zamówienie było realizowane w okresie 36 miesięcy od dnia uruchomienia usługi w lokalizacjach dla Etapu I, przy uwzględnieniu następujących terminów:

4.1.1. Uruchomienie łączy powinno nastąpić w czterech etapach:

a) Etap I – lokalizacje podlegające Oddziałowi w Gdańsku oraz siedziby Oddziałów Poznań, Wrocław, Warszawa, Tarnów i Zabrze (oraz inne jednostki przyporządkowane do I Etapu zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ) – w terminie do 120 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy,

b) Etap II – lokalizacje podlegające Oddziałowi w Poznaniu – w terminie do 150 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy,

c) Etap III – lokalizacje podlegające Oddziałowi w Warszawie – w terminie do 180 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy,

d) Etap IV – lokalizacje podlegające Oddziałowi we Wrocławiu – w terminie do 210 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy.

4.1.2. Świadczenie usługi we wszystkich lokalizacjach powinno zakończyć się w tym samym momencie.

5.2.3. w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (...) Wykonawcy powinni wykazać, że dysponują lub będą dysponować infrastrukturą ogólnopolskiej sieci rdzeniowej (szkieletowej) z węzłami minimum w 16 miastach, (Gdańsk, Poznań, Wrocław, Warszawa, Szczecin, Koszalin, Kalisz, Olsztyn, Bydgoszcz, Zgorzelec, Wałbrzych, Łódź, Białystok, Radom, Mińsk Mazowiecki, Ciechanów), zrealizowaną w sieci telekomunikacyjnej, w której Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował wyłącznymi prawami i możliwościami zarządzania parametrami logicznymi sieci i parametrami fizycznymi urządzeń.

6.4.3. dla potwierdzenia dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (...) zamawiający wymagał dokumentu:

XII. schematu sieci rdzeniowej IP MPLS Wykonawcy, lub która będzie pozostawała w dyspozycji Wykonawcy, z zaznaczeniem lokalizacji węzłów i dokumentacją wskazującą na podmiot odpowiedzialny za zarządzanie parametrami sieci i urządzeń należących do sieci rdzeniowej (szkieletowej) Wykonawcy, lub pozostającej w dyspozycji Wykonawcy.

11.1. Termin składania ofert upływa dnia 12 lutego 2014 r. o godz. 9.30.

12. Opis sposobu obliczenia ceny

12.1. Cena całkowita oferty obejmować będzie wszelkie należności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu niniejszego zamówienia.

12.2. Cena musi być podana dla każdej lokalizacji osobno zgodnie z wykazem podanym w tabeli stanowiącej załącznik do Formularza ofertowego, (...) w postaci cen netto. Dla każdej lokalizacji cena powinna być podana w czterech wartościach:

1) Cena instalacji netto – suma wszystkich opłat związanych z wykonaniem przyłączenia do sieci i uruchomieniem usługi w tej lokalizacji,

2) Wysokość miesięcznego abonamentu netto dla przepustowości określonych w tabeli stanowiącej załącznik do Formularza ofertowego – suma wszystkich opłat związanych ze świadczeniem usługi w każdej lokalizacji.

3) Wysokość miesięcznego abonamentu netto dla przepustowości łącz 2 razy większych niż określonych w tabeli stanowiącej załącznik do Formularza ofertowego – suma wszystkich opłat związanych ze świadczeniem usługi w każdej lokalizacji.

4) Wysokość miesięcznego abonamentu netto dla przepustowości łącz 3 razy większych niż określonych w tabeli stanowiącej załącznik do Formularza ofertowego – suma wszystkich opłat związanych ze świadczeniem usługi w każdej lokalizacji.

Nie dopuszcza się wykazywania i podawania żadnych opłat dodatkowych z wyjątkiem ww. wymienionych (np. osobno: za łącza zapasowe oraz za połączenia nimi w czasie awarii łączy podstawowych, serwisowanie, nadzór nad siecią i inne, które są przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego).

12.4. Zamawiający zastrzega, że suma wartości instalacyjnych netto nie może być wyższa niż 5% ceny ofertowej netto.

12.5. Końcową ceną, która będzie poddana ocenie przez Zamawiającego, będzie cena ofertowa brutto z formularza ofertowego pkt 1.

12.6. Cena wyrażona w złotych polskich wraz z podatkiem VAT powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia.

13. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert

13.1. Spośród ofert nieodrzuconych, Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą kierując się następującymi kryteriami:

13.1.1. Cena – maksymalnie 79,17 pkt,

13.1.2. Typy łączy podstawowych transmisyjnych do siedziby Oddziałów w Gdańsku Poznaniu, Warszawie i Wrocławiu, oraz podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrze – maksymalnie 11,88 pkt,

13.1.3. Typy łączy podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji – maksymalnie 8,95 pkt.

13.2. Zamawiający dokona wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

13.4. Punkty w ramach kryterium „Typy łączy podstawowych transmisyjnych dla siedziby Oddziałów w Gdańsku, Poznaniu, Warszawie i Wrocławiu oraz siedzib podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrze” (maksymalnie 11,88 pkt) będą przyznawane w następujący sposób:

Za łącze światłowodowe do danej lokalizacji – 1 punkt

Za łącze radiowe do danej lokalizacji – 0,5 punktu

Uwaga: w tabeli nr 1 stanowiącej załącznik do formularza ofertowego w kolumnie 4 tabeli należy skreślić niewłaściwy rodzaj łącza dla danej lokalizacji, pozostawiając nieskreślony właściwy.

13.5. Punkty za kryterium „Typy łączy podstawowych transmisyjnych dla pozostałych lokalizacji” (maksymalnie 8,95 pkt) będą przyznawane w następujący sposób:

Za łącze światłowodowe do danej lokalizacji – 0,05 punktu

Za łącze miedziane do danej lokalizacji – 0,035 punktu

Za łącze radiowe do danej lokalizacji – 0,025 punktu

Uwaga: w tabeli nr 1 stanowiącej załącznik do formularza ofertowego w kolumnie 4 tabeli należy skreślić niewłaściwy rodzaj łączy dla danej lokalizacji, pozostawiając nieskreślony właściwy.

16. 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

16.1. Wzór umowy stanowi Załącznik nr 8 do SIWZ.

16.2. Zasady wprowadzania zmian w umowie

Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem podawanych warunków ich wprowadzenia:

I. Zmiany mogące skutkować zmianą przedmiotu umowy lub wynagrodzenia Wykonawcy (zwiększenia lub zmniejszenia tego wynagrodzenia), w szczególności:

1) pojawienie się nowszej technologii wykonania przedmiotu umowy pozwalającej na zaoszczędzenie czasu realizacji zamówienia lub jego kosztów,

2) konieczność realizowania usługi przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych niż wskazane w opisie Przedmiotu umowy w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu Umowy,

3) konieczność realizowania usługi przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa;

4) konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich nie artykułowanych lub niemożliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy;

5) zmiana parametrów technicznych łączy dostępowych do sieci WAN,

6) zmiany będące rezultatem renegotjacji warunków realizacji przedmiotu umowy podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym i finansowym w przypadkach, gdy Wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług

będących przedmiotem Umowy (w szczególności oparte na nowych technologiach, nie stosowanych w momencie podpisywania umowy);

7) zmiany będące rezultatem renegocjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu umowy podczas okresu jego wykonania w przypadku, gdy Wykonawca wprowadzi nowy cennik usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o cenach korzystniejszych niż w złożonej ofercie.

II. Zmiany organizacji spełniania świadczenia (...)

III. Pozostałe zmiany

- 1) siła wyższa uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ,
- 2) kolizja z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami; w takim przypadku zmiany w umowie zostaną ograniczone do zmian koniecznych powodujących uniknięcie kolizji,
- 3) konieczność przedłużenia terminu realizacji umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili jej zawierania,
- 4) zmiany uzasadnione okolicznościami, o których mowa w art. 357 (1) K.c. z uwzględnieniem faktu, że za rażącą zostanie uznana strata w wysokości, o której mowa w art. 397 ksh.

16.3. Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody zarówno przez Zamawiającego jak i przez Wykonawcę.

16.4. Nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wymaga aneksowania umowy i jest skuteczne na podstawie jednostronnej czynności Zamawiającego, w szczególności:

- 16.4.3. wykonywanie czynności związanych z prawem opcji zgodnie z punktem 3.4 SIWZ,
- 16.4.4. zmiana przepustowości, o której mowa w pkt 3.5 SIWZ,

1) Załącznik nr 1 – Szczegółowy Opis Przedmiotu zamówienia

I. Charakterystyka przedmiotu zamówienia

- 1) Usługa swoim zasięgiem musi obejmować lokalizacje wykazane w pkt. VIII w tabeli „Lokalizacje i parametry”.
- 2) Usługa świadczona będzie jako dostęp do wirtualnej prywatnej sieci szkieletowej VPN w sieci teleinformatycznej Wykonawcy stanowiącej spójną całość realizowaną w technologii MPLS opisanej w standardzie RFC 2547 BIS lub jego nowszej wersji RFC 5462.
- 3) Sieć połączy wskazane przez Zamawiającego w tabeli „Lokalizacje i parametry” lokalizacje i Wykonawca określi dla nich koszt jednostkowy instalacji i wysokość

miesięcznej opłaty abonamentowej. Wykonawca inne koszty usługi powinien zawrzeć w ww. opłatach.

4) Zamawiający zastrzega sobie w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia, możliwość podłączenia do sieci Zamawiającego, nowych lokalizacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie wymienionych w tabeli „Lokalizacje i parametry”, na warunkach wykonania i przy koszcie jednostkowym opłaty instalacyjnej i abonamentu miesięcznego nie wyższym niż średni koszt ofertowy dla porównywalnych pod względem technicznym lokalizacji wymienionych w tabeli Świadczenie usługi operatorskiej WAN.

3 „Lokalizacje i parametry” (tj. typu łącza, przepustowości, podziału pasma na klasy, typu i parametrów łącza rezerwowego).

5) Wymagane jest, aby dołączanie nowych lokalizacji było procesem elastycznym, tzn. nie pogarszało jakości usług pracujących lokalizacji i odbywało się wyłącznie na zlecenie Zamawiającego. (...)

c) parametry techniczne łącza powinny być zgodne ze złożonym zleceniem Zamawiającego.

8) Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji zgodnie z punktem 3.4 SIWZ.

9) Zamawiający zastrzega sobie zmianę przepustowości łączy:

a) zwiększenie przepustowości (nie większe niż 3-krotne),

b) zmniejszenie przepustowości (minimalna przepustowość 2 Mbit/s).

10) Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji. (...)

j) możliwość generowania 8-mio godzinnych, dobowych, miesięcznych i rocznych raportów z parametrów jakościowych i czasowych (SLA) w postaci tekstowej i graficznej.

Ponadto system nadzorowania musi zawierać funkcjonalność alarmowania o nieprawidłowościach w działaniu sieci w trybie on-line i za pomocą e-mail.

13) Wymagane jest, aby oferowana usługa była z pełną gwarancją pasma i zapewniała wsparcie dla jakości usług Quality of Service (QoS) oraz klas usług Class of Świadczenie usługi operatorskiej WAN 5 Service (CoS) wraz z możliwością zmian parametrów dla klas usługowych (aplikacje, głos, video, dane). (...)

17) Wymagane jest, aby każda lokalizacja została podłączona do sieci WAN łączem symetrycznym o parametrach określonym w pkt. VIII w tabeli „Lokalizacje i parametry”. Wymagane jest, aby łącza te posiadały możliwość zmniejszenia lub zwiększenia przepustowości na żądanie Zamawiającego wg następujących zasad: (...)

d) warunki finansowe dla łącza ze zwiększoną/zmniejszoną przepustowością:

i) brak opłaty za zmianę przepustowości,

ii) miesięczny abonament na warunkach nie gorszych niż średnia arytmetyczna dla eksploatowanych dotychczas łączy o danej przepustowości.

- 18) Komunikacja między lokalizacjami zostanie zapewniona w oparciu o protokół IP V.4.
- 19) Awarie lub prace serwisowe na pojedynczym routerze CE nie mogą mieć wpływu na komunikację (full-mesh) pozostałych routerów CE w sieci MPLS.
- 24) Wykonawca w ramach usługi zapewni jakość usług dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli „Lokalizacje i parametry” na poziomie Service Level Agreement (SLA) z gwarancją usunięcia awarii i usterek określoną w pkt. IV w tabeli „Parametry czasowe”.
- 25) Ze względu na bezpieczeństwo transmitowanych danych Zamawiającego Wykonawca nie będzie w żadnym miejscu sieci, będącej Przedmiotem zamówienia służącej do transmisji danych Zamawiającego, używał zasobów ogólnodostępnej sieci Internet, ogólnodostępnych sieci bezprzewodowych, połączeń telefonicznych publicznych sieci komórkowych GSM oraz połączeń telefonicznych publicznych sieci przewodowych.
- 26) Wykonawca dostarczy wymagany końcowy sprzęt aktywny (routery CE i urządzenia zakończenia łączy) dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego. Wyżej wymieniony końcowy sprzęt aktywny pozostaje własnością Wykonawcy oraz będzie przez niego zarządzany przez okres realizacji Przedmiotu zamówienia.
- 27) Wykonawca zapewni obsługę całej sieci aż do portu Ethernet (punkt styku pomiędzy siecią Wykonawcy i Zamawiającego) na routerach CE, znajdujących się w lokalizacjach będących przedmiotem postępowania.
- 28) Wymagania dla łączy zapasowych (rezerwowych):
- a) wymagane jest, aby łącza zapasowe udostępniane w lokalizacji typu Oddział na zasadzie 2CE-2PE, zgodnie z tabelą „Lokalizacje i parametry”, realizowane były dwoma różnymi drogami. Łącza podstawowe i zapasowe muszą zostać poprowadzone różnymi drogami transmisyjnymi (...)
 - b) wymagane jest, aby łącza zapasowe dla pozostałych lokalizacji były podłączone zgodnie z wymaganiami zawartymi w tabeli „Lokalizacje i parametry”.
 - c) w przypadku, gdy dostępność usługi przez łącza podstawowe nie będzie możliwa, Wykonawca zapewni automatyczne skierowanie ruchu na łącza zapasowe do momentu usunięcia awarii toru podstawowego, a następnie po usunięciu awarii toru podstawowego również automatyczne skierowanie ruchu na łącza podstawowe. Przełączenie ruchu z łączy podstawowych na zapasowe oraz z łączy zapasowych na podstawowe nie może trwać dłużej niż 2 minuty.
Przekroczenie tego czasu będzie traktowane jako Awaria,
 - d) nie dopuszcza się żadnych opłat dodatkowych (instalacyjnych i abonamentowych) za łącza zapasowe oraz połączenia nimi w czasie niedostępności łączy podstawowych. Opłaty za powyższe powinny być skalkulowane przez Wykonawcę w opłacie instalacyjnej i abonamentowej dla poszczególnych lokalizacji Zamawiającego.

II. Parametry jakościowe.

Wykonawca zobowiązuje się do zachowania parametrów jakościowych świadczonej usługi, przy zachowaniu standardowego rozmiaru pakietów $\leq 128B$ oraz przy założeniu obciążenia pasma poniżej 80%, dla podłączonych lokalizacji według warunków określonych w tabeli. (...)

1. Opóźnienie pakietu (Delay, Latency)
2. Prawdopodobieństwo zgubienia pakietu (Loss probability, Loss rate)
3. Zmienność Opóźnienia Pakietów (Jitter)

Wykonawca zobowiązuje się do zachowania parametrów czasowych świadczonej usługi dla każdej z podłączonych lokalizacji według warunków określonych w tabeli.

Tabela: Parametry czasowe dla świadczonej usługi.

L.p. Parametr Definicja Wartość progowa Bonifikaty z tytułu przekroczenia parametrów usługi 1 godzina w Oddziałach i Zakładach; Siedziby Oddziałów i Zakładów:

1. od 1 godziny i 1 minuty do 4 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 20%,
2. od 4 godzin i 1 minuty do 6 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 50%,
3. od 6 godzin i 1 minuty do 8 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 75%,
4. powyżej 8 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 100%.

Uwaga: W przypadku ostatniego miesiąca realizacji przedmiotu zamówienia, obniżeniu będzie podlegała opłata za dany miesiąc.

4 godziny w pozostałych Jednostkach Pozostałe lokalizacje podłączone na zasadzie 1CE-2PE oraz 1CE-1PE:

1. od 2 godzin i 1 minuty do 4 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 15%,
2. od 4 godzin i 1 minuty do 8 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 25%,
3. od 8 godzin i 1 minuty do 10 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 33%,
4. od 10 i 1 minuty do 12 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 50%,
5. powyżej 12 godzin – nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 100%

Uwaga: W przypadku ostatniego miesiąca realizacji przedmiotu zamówienia, obniżeniu będzie podlegała opłata za dany miesiąc.

1. Czas Usunięcia Awarii Czas, w którym Wykonawca zapewni w danej lokalizacji usunięcie awarii i przywrócenie usługi z zachowaniem wymaganych parametrów umownych.

2. Czas Usunięcia Usterki Czas, w którym Wykonawca przywróci w danej lokalizacji sprawne działanie podstawowego łącza/urządzenia dostępowego do sieci i umożliwi realizację usługi z zachowaniem wymaganych parametrów umownych 4 godziny Siedziby Oddziałów i Zakładów:

1. od 2 godzin i 1 minuty do 6 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 10%,

2. od 6 godzin i 1 minuty do 12 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 25%,

3. od 12 godzin i 1 minuty do 24 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 50%,

4. powyżej 24 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 100%.

Pozostałe lokalizacje:

1. od 4 godzin i 1 minuty do 8 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 10%,

2. od 8 godzin i 1 minuty do 16 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 25%,

3. od 16 godzin i 1 minuty do 24 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 50%,

4. powyżej 24 godzin

– nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 100%.

Uwaga: W przypadku ostatniego miesiąca realizacji przedmiotu zamówienia, obniżeniu będzie podlegać opłata za dany miesiąc.

3. Miesięczna Dostępność Usługi % czasu w ciągu miesiąca, w którym w danej lokalizacji była zapewniona usługa z zachowaniem parametrów jakościowych (miernik: czas dostępności) 99,7% czasu dostępności w miesiącu 1 dostępność od 99,69% do 99,44% przez łączny okres w miesiącu do 12 godzin - nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 10%, 2 dostępność od 99,43% do 99,17% przez łączny okres w miesiącu do 8 godzin - nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 30%, 3 dostępność od 99,16% do 98,88% przez łączny okres w miesiącu do 6 godzin - nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej Świadczenie usługi operatorskiej WAN dla danej lokalizacji 50%, 4

dostępność poniżej 98,88% przez łączny okres w miesiącu do 4 godzin - nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 80%.

Uwaga: W przypadku ostatniego miesiąca realizacji przedmiotu zamówienia, obniżeniu będzie podlegała opłata za dany miesiąc.

4. Czas Reakcji na Zgłoszenie Usterki lub Awarii Czas, w którym Wykonawca, w odniesieniu do zgłoszonej przez Zamawiającego Awarii lub Usterki w danej lokalizacji, potwierdzi przyjęcie zgłoszenia SMS-em lub drogą email oraz określi czas usunięcia problemu. 30 minut 1 powyżej 30 minut - nastąpi obniżenie kolejnej miesięcznej opłaty abonamentowej dla danej lokalizacji o 20%

Awaria - brak możliwości korzystania z usługi przez Zamawiającego, spowodowany uszkodzeniem łączy/urządzeń sieci szkieletowej Wykonawcy lub łączy/urządzeń dostępowych podstawowych i zapasowych (rezerwowych) lub tylko podstawowych dla podłączenia typu 1CE-1PE lokalizacji Zamawiającego do sieci lub nieprawidłową pracą lub konfiguracją ww. łączy.

Usterka - uszkodzenie łącza/urządzenia dostępowego podstawowego do lokalizacji Zamawiającego i realizacja usługi przez łącze/urządzenie zapasowe (rezerwowe), przy zachowaniu parametrów jakości transmisji i przepustowości.

1) Suma bonifikat udzielonych Zamawiającemu przez Wykonawcę z tytułu niedotrzymania parametrów czasowych nie może przekraczać wysokości miesięcznej opłaty abonamentowej za daną lokalizację objętą bonifikatą.

2) Obniżenie parametru miesięcznej dostępności usługi poniżej wartości 98,88%:

a) przez ponad 8 godzin w miesiącu dla Oddziałów i Zakładów przez 2 kolejne miesiące lub nieprzerwanie przez okres 24 godzin w jednym miesiącu,

b) przez ponad 12 godzin w miesiącu dla pozostałych lokalizacji przez 3 kolejne miesiące lub nieprzerwanie przez okres 48 godzin w jednym miesiącu, skutkuje prawem Zamawiającego do nałożenia na Wykonawcę dodatkowej kary umownej (poza bonifikaty wynikające z tabeli „Parametry czasowe”) w wysokości 3 miesięcznej wartości abonamentu dla lokalizacji, dla której zostało stwierdzone przekroczenie.

3) Obniżenie parametru miesięcznej dostępności usługi poniżej wartości 98,88%:

a) przez ponad 8 godzin w miesiącu dla Oddziałów i Zakładów przez 4 kolejne miesiące lub nieprzerwanie przez okres 48 godzin w jednym miesiącu,

b) przez ponad 12 godzin w miesiącu dla pozostałych lokalizacji przez 5 kolejnych miesięcy lub nieprzerwanie przez okres 72 godzin w jednym miesiącu, może skutkować prawem Zamawiającego do rozwiązania zawartej z Wykonawcą umowy o udzielenie zamówienia i żądania dodatkowej kary umownej do wysokości 5% wartości brutto umowy.

4) Przekroczenie progowej wartości czasu naprawy Awarii:

a) dla Oddziałów i Zakładów: o ponad 4 godziny dwukrotnie w przeciągu okresu dwóch miesięcy po sobie następujących lub nieprzerwanie przez okres 16 godzin w okresie jednego miesiąca,

b) dla lokalizacji z łączami zapasowymi: o ponad 16 godzin czterokrotnie w przeciągu okresu dwóch miesięcy po sobie następujących lub nieprzerwanie przez okres 48 godzin w okresie jednego miesiąca,

c) dla pozostałych lokalizacji: o ponad 24 godziny czterokrotnie w przeciągu okresu dwóch miesięcy po sobie następujących lub nieprzerwanie przez okres 72 godzin w okresie jednego miesiąca, może skutkować prawem Zamawiającego do rozwiązania zawartej z Wykonawcą umowy o udzielenie zamówienia i żądania dodatkowej kary umownej do wysokości 5% wartości brutto umowy.

5) Przekroczenie progowej wartości czasu naprawy Usterki:

a) dla Oddziałów i Zakładów: o ponad 12 godzin dwukrotnie w przeciągu okresu dwóch miesięcy po sobie następujących,

b) dla pozostałych lokalizacji: o ponad 24 godziny czterokrotnie w przeciągu okresu dwóch miesięcy po sobie następujących, skutkuje prawem Zamawiającego do nałożenia na Wykonawcę dodatkowej kary umownej w wysokości 3 miesięcznej wartości abonamentu dla lokalizacji, dla której zostało stwierdzone przekroczenie.

6) Bonifikaty i kary nie będą naliczane w następujących przypadkach:

a) gdy niedotrzymanie parametrów, do których się odnosi wystąpiło na skutek zaistnienia „siły wyższej”.

7) Zamawiający dopuszcza dla lokalizacji nie posiadających łączy zapasowych realizowanych na zasadzie 1CE-1PE przerwy w dostępie do usługi bez naliczania bonifikat i kar. Przerwy muszą być zgłoszone przez Wykonawcę nie później niż 14 dni roboczych przed rozpoczęciem prac i występować w uzgodnionym z Zamawiającym terminie. O ile nie uzgodniono inaczej maksymalny czas przeprowadzania takich prac to 2 godziny dla lokalizacji w miesiącu.

W szczególności to uzgodnienie nie dotyczy łączy w Oddziałach i Zakładach. Świadczenie usługi operatorskiej WAN. (...)

9) W przypadku ostatniego miesiąca realizacji Przedmiotu zamówienia, obniżeniu będzie podlegać opłata za dany miesiąc.

IV. Warunki odbioru.

1) Rozpoczęcie świadczenia usługi przez Wykonawcę powinno nastąpić w terminie zgodnym ze złożoną ofertą dla poszczególnych etapów.

2) Uruchomienie łączy powinno nastąpić w czterech etapach:

Etap I – lokalizacje podlegające Oddziałowi w Gdańsku oraz siedziby Oddziałów Poznań, Wrocław, Warszawa, Tarnów, Zabrze i jednostki wskazane w tabeli „Lokalizacje i parametry” – w terminie do 120 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy,

Etap II – lokalizacje podlegające Oddziałowi w Poznaniu – w terminie do 150 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy,

Etap III – lokalizacje podlegające Oddziałowi w Warszawie – w terminie do 180 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy,

Etap IV – lokalizacje podlegające Oddziałowi we Wrocławiu – w terminie do 210 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy.

3) Aby dotrzymać powyższych terminów Wykonawca powinien najpóźniej do dnia kończącego okres zgodny ze złożoną ofertą dla poszczególnych etapów:

a) zamontować urządzenia końcowe wraz z niezbędnymi przyłączami w lokalizacjach Zamawiającego wyszczególnionych w tabeli „Lokalizacje i parametry”. Urządzenia należy zamontować we wskazanych pomieszczeniach zgodnie z obowiązującymi standardami i przepisami (prawo budowlane, lokalne, przepisy branżowe itp.) w sposób nie zaburzający estetyki i parametrów eksploatacyjnych budynków.

Przed instalacją łącza Wykonawca zobowiązany będzie sporządzić projekt techniczny przyłącza i uzgodnić go z Zamawiającym. (...)

b) wykonać i uruchomić łącza dostępne podstawowe i rezerwowe do lokalizacji Zamawiającego wykazanych w tabeli „Lokalizacje i parametry”,

c) zestawić sieć WAN w swojej sieci szkieletowej,

d) Wymaga się od Wykonawcy, aby proces uruchamiania usługi przebiegał zgodnie z harmonogramem, który Wykonawca przedstawi w ciągu 7 dni od podpisania umowy. (...)

5) Niewywiązanie się Wykonawcy z instalacji, uruchomienia i przełączenia sieci będącej Przedmiotem zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą liczony od dnia podpisania umowy będzie skutkował naliczeniem bonifikat:

a) opóźnienie od 1 do 7 dni – bonifikata na rzecz Zamawiającego w wysokości 50% jednej opłaty abonamentowej za wszystkie lokalizacje objęte danym etapem sieci wykazane w tabeli „Lokalizacje i parametry”,

b) opóźnienie powyżej 7 dni – bonifikata na rzecz Zamawiającego w wysokości 100% jednej opłaty abonamentowej za wszystkie lokalizacje objęte danym etapem sieci wykazane w tabeli „Lokalizacje i parametry”.

V. Realizacja przedmiotu zamówienia.

1) Wykonawca będzie naliczał Zamawiającemu opłaty abonamentowe za świadczenie usługi dla lokalizacji określonych w tabeli „Lokalizacje i parametry” od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru instalacji usługi dla każdego etapu stwierdzającego pozytywne uruchomienie i przełączenie sieci.

2) W przypadku nowych, przyszłych, lokalizacji podłączanych do sieci podczas realizacji Przedmiotu zamówienia niewyszczególnionych w tabeli „Lokalizacje i parametry” naliczanie opłat abonamentowych rozpocznie się od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu instalacji i uruchomienia w sieci dla danej, nowej lokalizacji.

3) Po upływie każdego miesiąca Wykonawca przekaże Zamawiającemu raport w wersji elektronicznej z dostępności usługi dla każdej lokalizacji, w każdej z dostępnych klas CoS odrębnie, w terminie nieprzekraczającym 5 dni roboczych od zakończenia miesiąca.

Tabela: Lokalizacje i parametry. Lp. Lokalizacja Typ lokalizacji Adres lokalizacji

Przepustowość (pasmo) na dzień instalacji [Mb/s] Łącze zapasowe [Mb/s] Sposób podłączenia

7) Załącznik nr 7 – Formularz ofertowy wraz z załącznikiem

8) Załącznik nr 8 – Wzór umowy

UMOWA NR ...zawarta w Poznaniu w dniu. ...r. pomiędzy: Polską Spółką Gazownictwa sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, (...)

Umowa została zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego nr ZP/ZP/1/WAN/13.

§1. PRZEDMIOT UMOWY

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się świadczyć na rzecz Zamawiającego usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN (zwanej dalej: „sieć” lub „sieć WAN”) w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez wirtualną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS w sieci Wykonawcy (Przedmiot Umowy).

2. Poprzez świadczenie usługi rozumie się:

2.1. wykonanie i udostępnienie w lokalizacjach Zamawiającego teleinformatycznych łączy dostępowych transmisyjnych podstawowych i rezerwowych o określonych parametrach do sieci Wykonawcy, w której świadczona będzie usługa sieć WAN,

2.2. zestawienie połączeń teleinformatycznych w topologii każdy-z-każdym (full-mesh) z możliwością wskazania bramy domyślnej dla każdej lokalizacji,

2.3. udostępnienie urządzeń aktywnych końcowych (dalej: „routerów CE”) dla łączy podstawowych oraz rezerwowych w lokalizacjach Zamawiającego,

2.4. utrzymanie i zarządzanie dostarczoną infrastrukturą sieciową do punktu styku w technologii Ethernet na routerach CE u Zamawiającego.

Szczegółowy opis Przedmiotu Umowy znajduje się w Załączniku nr 1 do Umowy, który jest tożsamy z Załącznikiem nr 1 do SIWZ.

3. Szczegółowy wykaz lokalizacji objętych Przedmiotem Umowy zawarto w pkt. VIII Załącznika nr 1 do Umowy.

4. Wykonawca oświadcza, iż posiada niezbędne możliwości techniczne oraz wiedzę, potrzebne do prawidłowej realizacji Umowy oraz zobowiązuje się wykonać Umowę zgodnie

z obowiązującymi w tym zakresie normami, standardami, dochowując najwyższej staranności przy wykonaniu Umowy. Wykonawca jest zobowiązany przy wykonywaniu Umowy stosować się do wytycznych Zamawiającego.

5. Strony zobowiązane są do współdziałania i podjęcia wszelkich niezbędnych kroków w celu zagwarantowania prawidłowego i terminowego wykonania Umowy, jak również zaniechania wszelkich działań mogących zakłócić sprawne wykonanie Umowy.

6. Wykonawca odpowiada, jak za własne działania lub zaniechania, za działania i zaniechania osób trzecich, z których pomocą wykonuje Umowę, jak również za działania i zaniechania osób trzecich, którym powierza wykonanie Umowy. Powierzenie wykonania całości lub części Umowy osobie zawodowo zajmującej się prowadzeniem danej działalności nie zwalnia Wykonawcy od odpowiedzialności za wyrządzoną przez taką osobę szkodę (wyłączenie stosowania art. 429 kc).

§ 2. Zasady realizacji przedmiotu umowy.

1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać Przedmiot Umowy zgodnie z zasadami określonym w Załączniku nr 1 do Umowy.

2. Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj.:

a. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia, do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości nie więcej 20 % ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do Umowy (wg stanu na dzień zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu w Dzienniku Urzędowym UE); Zamawiający gwarantuje, że w trakcie trwania umowy nie zrezygnuje ze świadczenia usługi w siedzibach głównych wszystkich Oddziałów oraz Zakładów,

b. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji zamówienia, do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, uruchomienia dodatkowych łącz zapasowych lub zwiększenia przepustowości łączy przekraczającego łączną cenę umowną, w zakresie nie większym niż do 20 % wartości umowy,

c. Zamawiający może skorzystać z prawa opcji wielokrotnie przez cały okres trwania umowy, jednakże w granicach ww. limitów,

d. Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji umowy. W przypadku nieskorzystania przez zamawiającego z prawa opcji, wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu. Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na zawarcie prawa opcji w umowie, nie będzie wnosił oraz zrzeka się jakichkolwiek roszczeń z tytułu nie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji,

e. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego Wykonawcy oświadczenie woli dotyczącego realizacji zamówienia w ramach prawa opcji. Przy czym prawem opcji objęte są: usunięcie lub dodanie nowej lokalizacji, opłata instalacyjna w

przypadku włączenia nowej lokalizacji w miejsce wcześniej wyłączonej innej lokalizacji, zwiększenie przepustowości inne niż określone w pkt. 3.

f. Za usługi objęte prawem opcji Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie, które ustalone zostanie według następujących zasad:

i. opłata instalacyjna w przypadku włączenia nowej lokalizacji w miejsce wcześniej wyłączonej innej lokalizacji wyliczona jako średnia opłata za przyłączenie do sieci WAN i uruchomienie usługi dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego zgodnie z ofertą Wykonawcy,

ii. wszystkie opłaty związane z włączeniem nowej lokalizacji, jeśli będzie ona wykraczała poza łączną ilość lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ, wyliczone na podstawie średnich cen zgodnie z ofertą Wykonawcy,

iii. opłaty za zwiększenie przepustowości – wg stawek wskazanych dla danej lokalizacji w ofercie Wykonawcy,

iv. opłaty za uruchomienie łącza zapasowego, wyliczone jako suma uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza zapasowego oraz abonamentu miesięcznego wyliczonego na podstawie średnich cen zgodnie z ofertą Wykonawcy dla łącza takiego samego typu oraz pracującego z taką samą przepustowością.

3. Zamawiający zastrzega sobie zmianę przepustowości łącza, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ:

a. zwiększenie przepustowości (nie większe niż 3-krotne),

b. zmniejszenie przepustowości (minimalna przepustowość 2 Mbit/s).

4. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia instalacji w tej lokalizacji.

5. Wykonawca zobowiązuje się do zachowania parametrów jakościowych i czasowych dla świadczonej usługi, szczegółowo opisanych w pkt. III i IV Załącznika nr 1 do Umowy.

6. Wykonawca zapewni usunięcie awarii oraz innych nieprawidłowości związanych ze świadczeniem usługi zgodnie z warunkami SLA opisanym w pkt. IV Załącznika nr 1 do Umowy.

Za niezachowanie w/w poziomów świadczenia usług WAN, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego odszkodowania – dalej zwanego bonifikatą na zasadach opisanych w w/w punkcie Załącznika nr 1 do Umowy.

7. Wykonawca zobowiązany jest do informowania Zamawiającego w okresie obowiązywania Umowy o:

1) każdorazowej zmianie obowiązującego u Wykonawcy cennika usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy,

2) każdorazowej zmianie obowiązującego u Wykonawcy regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy,

3) każdorazowo o wprowadzeniu nowych usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy.

8. Zamawiający zobowiązuje się:

(...) zwłoka w udostępnieniu lokalizacji przez Zamawiającego nie wlicza się do czasu ustalonego na usunięcie Awarii/Usterki,

e) zapewnić zgodne z obowiązującymi normami zasilanie niezbędne do funkcjonowania udostępnionych przez Wykonawcę urządzeń,

f) poinformować Wykonawcę o konieczności uwzględnienia wymagań osób trzecich (właściciel/administrator sieci wewnętrznej).

§ 3. Czas trwania umowy. 1. Zamawiający wymaga, aby Zamówienie było realizowane w okresie 36 miesięcy od dnia uruchomienia usługi w lokalizacjach dla Etapu I. (...)

2. Świadczenie usługi we wszystkich lokalizacjach powinno zakończyć się w tym samym momencie.

3. Wykonawca zrealizuje podłączenie lokalizacji Zamawiającego objętych Przedmiotem Umowy zgodnie z Harmonogramem stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy i sporządzonym zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w pkt. V Załącznika nr 1 do Umowy. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia w/w Harmonogramu w terminie 7 dni od dnia podpisania Umowy.

§4. Wynagrodzenie i zasady rozliczeń

1. Wykonawca za całość usług będących Przedmiotem Umowy otrzyma maksymalne łączne wynagrodzenie w wysokości... (słownie:... złotych). Wynagrodzenie jest ustalone ryczałtowo i obejmuje całość prac, wszelkich kosztów i materiałów związanych z wykonaniem Umowy.

2. Na wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 składają się:

a. opłata instalacyjna w łącznej wysokości .. zł (słownie:... złotych) netto, powiększonej o należny podatek VAT, tytułem wykonania przyłączenia do sieci WAN i uruchomienia usługi dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego wykazanych w Załączniku nr 1 do Umowy,

b. miesięczna opłata abonamentowa za świadczenie usługi dla lokalizacji określonych w Załączniku nr 1 do Umowy w wysokości netto równej sumie opłat abonamentowych, przypadających na poszczególne lokalizacje, wyliczonej na podstawie w/w Załącznika w oparciu o wykaz pracujących lokalizacji Zamawiającego w sieci i wykorzystywanych przez nie w danym miesiącu przepustowości, powiększonej o należny podatek VAT. Wysokość miesięcznych opłat abonamentowych podczas trwania Umowy może być różna w zależności od liczby pracujących w sieci WAN lokalizacji Zamawiającego i wykorzystywanych przez nie w danym miesiącu przepustowości, wykazanych w Załączniku nr 3 do Umowy.

(...)

4. Wykonawca będzie naliczał Zamawiającemu miesięczne opłaty abonamentowe za świadczenie usługi dla lokalizacji określonych w Załączniku nr 1 do Umowy od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru lokalizacji, o którym mowa w ust. 3 a powyżej.

5. Wysokość pierwszej opłaty abonamentowej będzie równa części opłaty abonamentowej, obliczonej proporcjonalnie do czasu świadczenia usługi w miesiącu uruchomienia tej usługi.

(...)

§ 5. Bonifikaty i kary umowne 1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % łącznego wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy za nienależyte lub nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy, przemnożone w razie konieczności przez liczbę dni, w którym nienależyte lub nieterminowe wykonanie usługi miało miejsce.

2. W razie rozwiązania przez Zamawiającego Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (niezależnie od podstawy prawnej), Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia określonej w § 4 ust. 1 Umowy.

3. Niezależnie od kar umownych, Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy bonifikat określonych w Załączniku nr 1 do Umowy.

4. Niewywiązanie się Wykonawcy z instalacji, uruchomienia i przełączenia sieci dla wszystkich etapów będącej Przedmiotem zamówienia do 14 dnia po okresie wskazanym w ofercie licząc od dnia podpisania umowy może skutkować rozwiązaniem zawartej z Wykonawcą umowy o udzielenie zamówienia.

(...) 6. Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, na zasadach ogólnych. Powyższe postanowienia są postanowieniami o charakterze samoistnym, niezależnymi od siebie, a odstąpienie od Umowy nie powoduje utraty przez nie mocy. Karę umowną objętą postanowieniami ust. 1 nalicza się do dnia odstąpienia od Umowy.

7. Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań, spowodowane przyczynami niezależnymi od niej, których nie mogła przewidzieć i którym Strona nie mogła zapobiec.

8. Kary umowne mogą być potrącone z wynagrodzenia Wykonawcy.

§ 6. Zmiany umowy.

1. Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem podawanych warunków ich wprowadzenia:

1.1. Zmiany mogące skutkować zmianą Przedmiotu Umowy lub wynagrodzenia Wykonawcy (zwiększenia lub zmniejszenia tego wynagrodzenia), w szczególności:

1.1.1. pojawienie się nowszej technologii wykonania Przedmiotu Umowy pozwalającej na zaoszczędzenie czasu realizacji zamówienia lub jego kosztów,

1.1.2. konieczność realizowania usługi przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych niż wskazane w opisie Przedmiotu Umowy w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu Umowy,

1.1.3. konieczność realizowania usługi przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa;

1.1.4. konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich nie artykułowanych lub niemożliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy;

1.1.5. zmiana parametrów technicznych łączy dostępowych do sieci WAN;

1.1.6. zmiany będące rezultatem renegocjacji warunków realizacji Przedmiotu Umowy podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym i finansowym w przypadkach, gdy Wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług będących Przedmiotem Umowy (w szczególności oparte na nowych technologiach, nie stosowanych w momencie podpisywania umowy);

1.1.7. zmiany będące rezultatem renegocjacji warunków finansowych realizacji Przedmiotu Umowy podczas okresu jego wykonania w przypadku, gdy Wykonawca wprowadzi nowy cennik usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących Przedmiotem Umowy o cenach korzystniejszych niż w złożonej ofercie.

1.2. Zmiany organizacji spełniania świadczenia (...)

1.3. Pozostałe zmiany

1.3.1. siła wyższa uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ,

1.3.2. kolizja z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami. W takim przypadku zmiany w Umowie zostaną ograniczone do zmian koniecznych powodujących uniknięcie kolizji,

1.3.3. konieczność przedłużenia terminu realizacji Umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy,

1.3.4. zmiany uzasadnione okolicznościami, o których mowa w art. 357 (1) Kc z uwzględnieniem faktu, że za rażącą zostanie uznana strata w wysokości, o której mowa w art. 397 ksh.

2. Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody zarówno przez Zamawiającego jak i przez Wykonawcę.

3. Nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wymaga aneksowania umowy i jest skuteczne na podstawie jednostronnej czynności Zamawiającego, w szczególności:

(...)

3.3. wykonywanie czynności związanych z prawem opcji zgodnie z par. 2 ust. 2 Umowy,

3.4. zmiana przepustowości, o której mowa w par. 2 ust. 2 Umowy,

3.5. zmiana Harmonogramu wdrożenia usługi.

§ 7. Zakończenie umowy.

1. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia Zleceniodawca może odstąpić od Umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

2. Każdej ze Stron przysługuje prawo jednostronnego rozwiązania Umowy, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, w przypadku:

a. złożenia przez drugą Stronę wniosku o ogłoszenie upadłości bądź złożenia takiego wniosku przez wierzycieli drugiej Strony reprezentujących łącznie wierzytelności przekraczające 15% majątku drugiej Strony,

b. złożenia przez drugą Stronę w sądzie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego,

c. gdy jakiegokolwiek złożone przez drugą Stronę oświadczenia, zapewnienia, informacje bądź powołane przez nią w Umowie fakty okażą się nieprawdziwe.

3. Zamawiający może rozwiązać Umowę, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, w przypadku:

a. powtarzającego się (więcej niż jednokrotnego) naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy, w tym w szczególności nienależytego lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z Umowy. Uprawnienie to aktualizuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do zaprzestania naruszeń, o ile Wykonawca w terminie czternastu dni od dnia otrzymania tego wezwania nie zastosuje się do jego treści i nie doręczy Zamawiającemu pisemnego oświadczenia o zastosowaniu się do otrzymanego wezwania,

b. gdy Wykonawca wprowadzi nowy regulamin usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego,

c. (...)

4. Wykonawca uprawniony jest do wcześniejszego rozwiązania Umowy, z zachowaniem 14 dniowego terminu wypowiedzenia, w przypadku zwłoki Zamawiającego w zapłacie należnego Wykonawcy wynagrodzenia przekraczającego 60 dni od upływu terminu płatności oraz pomimo uprzedniego powiadomienia Zamawiającego na piśmie o zamiarze wypowiedzenia Umowy wyznaczenia dodatkowego, dwutygodniowego terminu do zapłaty zaległych należności.

5. Zamawiający uprawniony jest do wcześniejszego wypowiedzenia Umowy przy zachowaniu 3 - miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego.

6. W przypadku przedterminowego rozwiązania Umowy Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia z tytułu należycie wykonanej części Umowy.

7. (...)

8. Oświadczenie Strony o rozwiązaniu od Umowy, niezależnie od podstawy prawnej, wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 8. Siła wyższa (...)

§12. Załączniki do umowy. Integralną część Umowy stanowią Załączniki:

1) Załącznik nr 1: Szczegółowy opis Przedmiotu Umowy (tożsamy z Załącznikiem nr 1 do SIWZ)

2) Załącznik nr 2: Oferta Wykonawcy

3) Załącznik nr 3: Harmonogram prac

9) Załącznik nr 9 – Harmonogram dostępu do lokalizacji

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, jako wykonawca działający na rynku w branży usług telekomunikacyjnych - zainteresowany złożeniem oferty, ma prawo skarżyć postanowienia SIWZ, w jego ocenie uchybiające przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro wskutek zarzucanych zamawiającemu naruszeń, nie jest w stanie prawidłowo przygotować swojej oferty ani skalkulować proponowanej ceny, co legitymuje wykonawcę do wniesienia odwołania w myśl postanowień art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzucane działaniom zamawiającego uchybienia zasadzie równego traktowania wykonawców, ograniczania konkurencji i wadliwego ukształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogą się przełożyć na rezygnację potencjalnych wykonawców z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a przez to na wynik postępowania. Tym samym, odwołujący był legitymowany do wniesienia niniejszego odwołania, skoro dowodził, że sprzeczne z ustawą Pzp czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na dostęp do udziału w postępowaniu - prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia.

Izba odniosła się do postanowień SIWZ kwestionowanych odwołaniem, nie negując przy tym uwarunkowań ogólnych działalności zamawiającego, który wskazywał, że: *„świadczy usługę dystrybucji paliwa gazowego na rzecz Zleceniodawców Usług Dystrybucyjnych, przy wykorzystaniu gazowej sieci dystrybucyjnej będącej własnością PSG. Prowadzone przez PSG postępowanie na świadczenie usługi operatorskiej sieci*

teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS dotyczy strategicznej dla Zamawiającego kwestii związanej z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania i zarządzania posiadanymi przez siebie gazociągami, a tym samym dochowania jednej z najważniejszych zasad obowiązujących w branży gazowniczej a dotyczącej zapewnienia bezpieczeństwa ludzi i mienia przy wykonywaniu swojej działalności.

Postępowanie prowadzone jest dla 4 z 6 Oddziałów zamawiającego, a dla pozostałych dwóch Oddziałów - dla ich siedzib, tzn.:

- dla wszystkich lokalizacji Oddziału w Gdańsku,*
- dla wszystkich lokalizacji Oddziału w Poznaniu,*
- dla wszystkich lokalizacji Oddziału we Wrocławiu,*
- dla wszystkich lokalizacji Oddziału w Warszawie,*
- dla siedziby Oddziału w Zabrzu,*
- dla siedziby Oddziału w Tarnowie.*

Zamawiający od lat rozwija posiadane przez siebie systemy informatyczne w kierunku, który pozwala na monitorowanie, minimalizowanie zagrożenia awarią oraz jak najskuteczniejsze zarządzanie posiadanym przez siebie majątkiem. Rozwój i rozbudowa przedmiotowych systemów pociąga za sobą konieczność zapewnienia sobie wysokiej jakości usług transmisji danych, głosu i video. Sieć teleinformatyczna WAN będąca przedmiotem postępowania przetargowego jest użytkowana przez przedsiębiorstwo Zamawiającego już od kilku lat. Dotychczasowe jej sprawne i bezawaryjne działanie pozwoliło istotnie ograniczyć koszty działalności Zamawiającego i sprawować prawidłowy nadzór nad pracą i bezpieczeństwem sieci dystrybucji gazem. Jej dalsze działanie na co najmniej tak dobrym poziomie jak obecnie i jej dalszy rozwój jest priorytetem w niniejszym postępowaniu przetargowym, gdyż obniżenie jakości jej działania może w istotny sposób doprowadzić do poważnych konsekwencji i nieodwracalnych strat Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Zamawiający tak opisał w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia przedmiot zamówienia, aby z zachowaniem obowiązującego prawa w jak największym zakresie utrzymać sprawność i bez awaryjność sieci WAN, chroniąc w ten sposób swój interes, interes Oddziałów Handlowych PGNiG SA (których lokalizacje również są objęte przedmiotem zamówienia), jak również interes swoich klientów - odbiorców paliwa gazowego. W związku z trwającą od 2000 roku ciągłą restrukturyzacją całej polskiej branży gazowniczej wymuszoną przepisami polskimi i Unii Europejskiej (Dyrektywa 2012/27/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylecia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE; Dyrektywa 2009/73A/WE dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego; Prawo Energetyczne, itd.) Zamawiający jest w trakcie intensywnych zmian organizacyjnych i strukturalnych: Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. powstała w połowie 2013 r. na skutek

centralizacji 6 lokalnych spółek dystrybucyjnych, ponadto w ramach PGNiG SA planowane jest wydzielenie nowej spółki handlowej. W wyniku tych zmian może nastąpić likwidacja obecnych lub/i powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji) w przedsiębiorstwie Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający nie może zadeklarować, że podczas 36 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w opisie przedmiotu zamówienia, oraz że nie powstaną nowe lokalizacje. Istotna dla Zamawiającego jest sprawność działania sieci i aplikacji działających z wykorzystaniem sieci WAN, dlatego Zamawiający zasygnalizował potrzebę dodawania nowych lokalizacji w ramach prawa opcji oraz podnoszenia przepustowości łącz i jest gotów ponieść koszty gotowości Wykonawcy do zapewnienia zwiększenia przepustowości w przewidzianym w SIWZ zakresie. Warunek ten został sprecyzowany w SIWZ na podstawie doświadczeń Zamawiającego w dotychczasowym kilkuletnim okresie eksploatacji usługi sieci WAN MPLS. Ponadto w planach rozwojowych swojego przedsiębiorstwa Zamawiający przewiduje uruchomienie kolejnych, centralnych aplikacji informatycznych, które mogą być przyczyną podnoszenia przepustowości w niektórych lokalizacjach.

Przywoływane wyżej okoliczności obrazują skalę uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w obszarze świadczenia usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN, w kontekście ustalenia warunków zamówienia podanych w SIWZ.

Izba w całości podzieliła poglądy odwołującego, co do interpretacji zasad i założeń ogólnych prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym w szczególności przestrzegania nakazu, aby było ono prowadzone w sposób zapewniający warunki do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co oznacza, iż zamawiający z góry w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - stosownie do zakresu danych wyznaczonych tym dokumentem w odnośnych przepisach, podaje wszystkie informacje mające wpływ na sporządzenie oferty i wyliczenie ceny oraz środki służące do weryfikacji treści oferty - czyli sposób oceny, których spełnienie następnie egzekwuje w sposób przewidziany.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc także stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi równego dostępu do zamówienia.

Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który podaje, że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie luk, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli

nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.

Do powinności zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie.

Przewidziane w warunkach zamówienia zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb zamawiającego, w ocenie Izby, nie mogą zostać z góry wyłączone, czy ograniczone - bez względu uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie tak w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad stwarzających przestrzeń dla uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien jednakowo pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią.

W uzasadnieniu wniosku o oddalenie odwołania zamawiający podnosił, że postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu zostały sporządzone w sposób właściwy i zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie znajduje uzasadnienia. Reasumując podkreślał, że tworząc zapisy ogłoszenia i SIWZ w żaden sposób nie naruszył przepisów, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wszelkie czynności podjęte w toku przedmiotowego postępowania zmierzają w kierunku, aby uzyskać usługę świadczoną na odpowiednim poziomie, niezawodną i zapewniającą bezpieczeństwo działania zamawiającego. Z powyższego zamawiający wywodził, iż wymogi podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podyktowane zostały w całości uzasadnionymi potrzebami i interesami zamawiającego.

Ustosunkowując się do powyższych deklaracji zamawiającego, Izba zestawiała je z konkretnymi postanowieniami SIWZ, kwestionowanymi odwołaniem oraz odniosła je do wymagań ustawowych.

W ocenie Izby, w części trafnie odwołujący podnosił, iż wskazywane postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i art. 29 ustawy Pzp nie zostały zachowane. Niektóre z niżej wymienionych, zaskarżonych postanowień SIWZ, zdaniem Izby, mogłyby powodować ograniczenie kręgu

wykonawców, zdolnych do zrealizowania zamówienia w sposób należyty, którzy zdecydowaliby się na złożenie oferty.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów w kontekście naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, mając na względzie stanowiska obu stron i uczestników, Izba zajęła następujące stanowisko.

Ad. Zarzut I.1 i I.2.

Kwestionowane postanowienia obejmują W pkt 3.4. SIWZ zamawiający zastrzega sobie prawo opcji definiując je w następujący sposób:

3.4.1. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji Przedmiotu zamówienia, do rezygnacji bez podania przyczyny z usługi przyłączenia i świadczenia usługi sieci dla wybranych lokalizacji bez dodatkowych opłat i kar na rzecz Wykonawcy, w wysokości nie więcej 20 % ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ (wg stanu na dzień zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu w Dzienniku Urzędowym UE); Zamawiający gwarantuje, że w trakcie trwania umowy nie zrezygnuje ze świadczenia usługi w siedzibach głównych wszystkich Oddziałów oraz Zakładów.

3.4.2. Zamawiający zastrzega sobie prawo, w okresie realizacji zamówienia, do dodania nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, uruchomienia dodatkowych łącz zapasowych, lub zwiększenia przepustowości łączy przekraczającego łączną cenę umowną, w zakresie nie większym niż do 20 % wartości umowy.”(...)

Dalej w pkt 3.5. i 3.6:

3.5. Zamawiający zastrzega sobie zmianę przepustowości łączy, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ:

3.5.1. zwiększenie przepustowości (nie większe niż 3-krotne),

3.5.2. zmniejszenie przepustowości (minimalna przepustowość 2 Mbit/s).

3.6. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany lokalizacji przed ich uruchomieniem, o ile wykonawca nie przystąpi do rozpoczęcia Instalacji w tej lokalizacji.

Takie same postanowienia zostały zawarte w § 2 ust. 1 wzoru umowy.

Izba uznała przytoczone powyżej postanowienia SIWZ, ogłoszenia oraz analogiczne postanowienia umowy za nienaruszające wskazań art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 34 ust. 5 Pzp. Zatem zachodzi brak podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany skarżonych postanowień SIWZ i wzoru umowy w tym zakresie.

Jakkolwiek kwestionowane postanowienia mogą utrudniać kalkulację ceny oferty, uwzględniającą wysokość kosztów instalacyjnych ponoszonych przez wykonawcę w

związku z rozpoczęciem świadczenia usług, to należało też uwzględnić stanowisko zamawiającego, że ze względu na restrukturyzację branży gazowniczej, w wyniku tych zmian może nastąpić likwidacja obecnych lub/i powstanie nowych jednostek terenowych (lokalizacji) w przedsiębiorstwie zamawiającego, dlatego też nie może zadeklarować, że podczas 36 miesięcznego okresu trwania umowy będzie eksploatował wszystkie lokalizacje wykazane w tabeli nr 1 SIWZ, ani tego, że nie pojawią się nowe potrzeby przyłączenia do sieci nowych jednostek organizacyjnych. Bezspornie zamawiający zagwarantował, że w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia (36 miesięcy) nie zrezygnuje w większym zakresie niż 20 % ogólnej ilości lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz, że w trakcie trwania umowy nie zrezygnuje ze świadczenia usługi w siedzibach głównych wszystkich Oddziałów oraz Zakładów. Dodanie natomiast nowych lokalizacji, w których świadczona będzie usługa sieci, uruchomienia dodatkowych łączy zapasowych, lub zwiększenia przepustowości łączy, może nastąpić jedynie w zakresie nie przekraczającym łącznej ceny umownej, nie większym niż do 20 % wartości umowy.

Wbrew stawianym zarzutom, zamawiający przewidział wynagrodzenie z tego tytułu, pisząc w 3.4.6.2. SIWZ, że ponosi wszystkie opłaty związane z włączeniem nowej lokalizacji, jeśli będzie ona wykraczała poza łączną ilość lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ, wyliczone na podstawie średnich cen zgodnie z ofertą Wykonawcy. Przewidziane zostały opłaty za uruchomienie łącza zapasowego, wyliczone jako suma uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza zapasowego. Zmiany zostały dopuszczone w granicach do wysokości ogólnego limitu łącznego - do 20 % wartości umowy.

Za rezygnację z łącza w określonej lokalizacji do 20% lokalizacji, odpłatność nie przysługuje, ale zamawiający uiszcza jedynie opłatę instalacyjną do oznaczonej lokalizacji, natomiast cała infrastruktura stanowi własność wykonawcy, który jest uprawniony aby nią dowolnie dysponować, np. zawrzeć nowe umowy z innymi odbiorcami usług.

W przekonaniu Izby, ustalone warunki opcji dają wykonawcy nieodzowną pewność zakresu realizacji usługi, pozwalającą na skalkulowanie ceny oferty na rentownym poziomie. Usługa ma charakter kompleksowy - sieci telekomunikacyjnej rozległej WAN i zasad jej świadczenia. Nie byłoby możliwe i racjonalne wprowadzenie takich warunków jakich oczekuje odwołujący, aby dodatkowa lokalizacja, do której trzeba doprowadzić usługi w trakcie trwania umowy z operatorem wybranym w niniejszym postępowaniu - stała się przedmiotem odrębnego zamówienia, może też realizowanym przez inny podmiot, w sytuacji gdy objęcie jej zakresem umowy, byłoby dla wykonawcy danego zamówienia z różnych względów niedogodne lub utrudnione.

Zamawiający, jako podmiot sektorowy nie realizuje zamówień uzupełniających na usługi, gdyż przepis art. 134 ust. 6 pkt 1 Pzp dla zamówień sektorowych przewiduje możliwość stosowania trybu z wolnej ręki, z wyłączeniem art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, a zatem zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających.

Żądanie odwołującego z powołaniem się na orzecznictwo KIO, w tym wyroki sygn. 2135/13; 2136/13, 2163/13; KIO 2172/13; 2173/13 oraz KIO 1337/12; 1349/12 (nie dotyczące zamawiających sektorowych) - zastąpienia prawa opcji, zamówieniami uzupełniającymi należało uznać za żądanie *contra legem*. W stanie faktycznym ustalonym w przywoływanych wyrokach zamawiający starali się objąć prawem opcji większościowy wolumen zamówienia, stwarzało to zupełnie odmienne warunki do oceny takich sytuacji.

Prawo opcji jest legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może dotyczyć zarówno zwiększenia zakresu świadczenia, jak też jego ograniczenia. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz czas wykonywania, nie dłuższy niż w okresie realizacji umowy. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust.1 Pzp, że przedmiot zamówienia opisuje się jednoznacznie i wyczerpująco, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Należało założyć, że zamawiający na dany moment nie jest w stanie dokładnie określić, jakie jednostki i gdzie zlikwiduje i jakie nowe jednostki utworzy. Prawo opcji realizuje natomiast cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian.

Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że nawet gdyby w danym postępowaniu zamówienia uzupełniające były możliwe, to nie byłaby władna nakazać ich zastosowania. Prawem wyboru zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, które przewiduje ustawa. Izba zaś może jedynie weryfikować prawidłowość przesłanek ich zastosowania. Prawo opcji może zaś być dogodniejsze dla zamawiającego, gdyż dotyczy danej umowy, a nie odrębnej umowy z wolnej ręki na zamówienia uzupełniające.

Nawet, gdy w pkt 3.4.2 SIWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług, to wymogu tego nie można uznać za nadmierny. Faktycznie dokładny zakres i wartość takich inwestycji są niemożliwe do przewidzenia bez sprecyzowania przez zamawiającego na etapie przygotowywania oferty dokładnych adresów lokalizacji, w

których mają być świadczone usługi i parametrów usługi dla tych lokalizacji. Ich możliwy koszt powinien jednak zostać skalkulowany w cenie składanej oferty i potencjalnie obejmować wynagrodzenie z tytułu świadczenia usługi w lokalizacjach wskazanych przez zamawiającego w trakcie trwania umowy. Wykonawca może i powinien skalkulować w cenie oferty wszelkie ryzyka, które wiążą się z realizacją danej umowy.

Odwołujący powołując się na brak wskazania potencjalnych lokalizacji, też nie powinien z góry zakładać, iż kosztów uruchomienia nowych lokalizacji nie pokryją opłaty z tytułu prawa opcji wskazane w pkt 3.4.61 -3.4.6.2 SIWZ. Wycena usługi, w szczególności do jej elementu instalacyjnego - jakkolwiek odnoszona do konkretnych lokalizacji, może być dokonana w sposób prognozowany, uśredniony dla innych prawdopodobnych lokalizacji zamawiającego - nie objętych zamówieniem przy zawarciu umowy.

Brak było podstaw do nakazanie zamawiającemu wykreślenia pkt 3.6 oraz modyfikację SIWZ w ten sposób, że skorzystanie z prawa opcji wskazanego w pkt 3.4.2 może nastąpić jeżeli wykonawca posiada pozytywne warunki techniczne w danej lokalizacji, a w wypadku braku takich warunków - uruchomienie nowych łączy, może nastąpić:

- w trybie zamówienia uzupełniającego,
- ewentualnie zamawiający poniesie opłatę związaną z uruchomieniem łącza

wyliczoną jako sumę uzasadnionych wydatków poniesionych na instalację łącza.

Odwołujący pominął ocenę postanowień SIWZ w tym zakresie, określających zasady rozliczeń, w przypadku skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji. Wykonawca zamówienia otrzymał, więc w warunkach SIWZ przedmiotowego postępowania - gwarancje uzyskania ustalonego w umowie wynagrodzenia, z uwzględnieniem stosownych nakładów na zestawienie połączeń do nowych lokalizacji. Natomiast w przypadku obiektywnej niemożliwości technicznej czy prawnej, doprowadzenia usługi do wskazanej przez zamawiającego lokalizacji, wykonawca będzie mógł wykazywać podstawy do zwolnienia go z tego zobowiązania umownego w trakcie realizacji umowy.

Zamawiający ma prawo korygować zakres zamawianych usług stosownie do swoich aktualnych potrzeb, w całym 36 miesięcznym terminie obowiązywania umowy. Art. 34 ust. 5 ustawy Pzp zezwala zamawiającemu na korzystanie po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą zamówienia z prawa opcji przewidzianego w warunkach przetargu. Zamawiający w sposób wyczerpujący podał zakres zamówienia objęty prawem opcji w okresie realizacji umowy oraz zasady rozliczeń między stronami, które w wypadku zastosowania prawa opcji znajdują zastosowanie. Zakres, w jakim prawo opcji może zostać uruchomione, nie daje podstaw do czynienia zarzutu, że przedmiot zamówienia nie został

dostatecznie zdefiniowany, przez co niemożliwe jest oszacowanie ceny oferty. Odstępstwa w zakresie plus, minus 20% pierwotnego zakresu zamówienia – przy zawarciu umowy nie upoważniają do twierdzeń, że postanowienia powyższe, powodują daleko idącą zmienność przedmiotu zamówienia – powinny być natomiast uwzględniane przez wykonawcę w ramach wyceny ryzyk wiążących się z realizacją każdego zamówienia. Zamawiający przedstawił wystarczające informacje dla wyceny tych ryzyk w cenie oferty. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób wyczerpujący, z opisu tego wynika dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający w ramach dozwolonych przepisami ustawy Pzp, art. 34 ust. 5, czy też art. 144 ust. 1 tej ustawy może zastrzec sobie prawo do dokonywania zmian po udzieleniu zamówienia - w zakresie uprzednio podanym w warunkach przetargu.

Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że przeważający zakres zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją zamawiającego. Z przytoczonego opisu zamówienia, w szczególności w załączniku 1 do SIWZ, wynika pełny przewidziany zakres jego realizacji oraz warunki obowiązujące strony, w szczególności wolumen zamówienia, czas trwania umowy oraz wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na zmianę zakresu (ilości) realizowanych świadczeń. Reguły te zamawiający zastosował również do opisu prawa opcji, które stanowi instrument gwarantujący elastyczność umowy. Opis stosowania prawa opcji Izba uznała za precyzyjny, umożliwiającego przygotowanie i skalkulowanie ceny oferty, nawet uwzględniając, że przedmiotem zamówienia są usługi, które dla pewnych lokalizacji mogą wymagać znaczących inwestycji poprzedzających ich uruchomienie.

Izba z urzędu dopuściła dowód z protokołu rozprawy z dnia 13.11.2012 r. w sprawie sygn. akt KIO 2413/12, gdzie odwołujący TP S.A., występując w roli przystępującego w obronie przed zarzutem rażąco niskiej ceny swojej oferty, w elemencie opłaty instalacyjnej na 4-letni okres umowy - skalkulowanej w kwocie 172,00 zł stwierdził, że *„W ocenie przystępującego wiedza zamawiającego o istniejących uwarunkowaniach świadczenia tej usługi przez przystępującego i posiadanej infrastruktury pozwalała na ocenę, że zaoferowana przez TP S.A. cena nie ma charakteru rażąco niskiej. TP S.A. nie będzie ponosić nakładów inwestycyjnych w ramach uruchomienia tej usługi. Sieć WAN, będąca w dyspozycji przystępującego, jest tak skonfigurowana na moment obecny, że ma duży zapas, co do zwiększenia przepływności łączy i zwiększenia parametrów. Operacja może być dokonana przez przeprogramowanie. Jest mało prawdopodobne, żeby doszło do zmiany lokalizacji takiej, że TP S.A. nie dysponowałby pozytywnymi warunkami świadczenia tej usługi. Hipotetyczna zmiana lokalizacji została uwzględniona w cenie oferty*

TP S.A. Przystępujący powołuje się na okoliczność, że ceny usług telekomunikacyjnych maleją, gdyż wzrasta konkurencja, a jest to związane z postępowem technologicznym.”

Powyższe zaświadcza, że nie zawsze - szczególnie dla odwołującego, który powoływał się na posiadanie rozbudowanej struktury sieciowej – uruchomienie nowych lokalizacji musiałoby wiązać się ze znaczącymi nakładami inwestycyjnymi. Zwłaszcza wtedy, gdy odwołujący już wcześniej świadczył takie usługi dla jednostek organizacyjnych zamawiającego. Znamienne było również przyznanie możliwości uwzględnienia hipotetycznych zmian lokalizacji w cenie oferty TP S.A.

Odwołujący wybiórczo jedynie powoływał się na wybrane postanowienia SIWZ, które mogłyby stanowić uzasadnienie dla stawianych zarzutów, pomijając zupełnie te postanowienia SIWZ, które świadczyły o uszczegółowieniu zasad stosowania prawa opcji przez zamawiającego. Ponadto nie zaskarżył tych samych postanowień kompleksowo, jeżeli np. zamieszczone zostały w SIWZ, wzorze umowy i opisie przedmiotu zamówienia.

Należało też zważyć, że w trakcie realizacji umowy może zaistnieć konieczność zaprzestania świadczenia usług w niektórych lokalizacjach, np. wskutek likwidacji jednostek zamawiającego. Dla zabezpieczenia interesów zamawiającego w takiej sytuacji, nie byłoby wystarczające skorzystanie z klauzuli interesu publicznego, o której mowa w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie w każdej sytuacji rzeczywisty interes zamawiającego może być uznany równocześnie za interes publiczny. Zasadne skorzystanie z dyspozycji tej normy wymaga łącznego spełnienia wszystkich przesłanek.

Ryzyko z powyższego tytułu (ograniczone do 20% liczby jednostek terenowych, z wyłączeniem siedzib oddziałów i zakładów, wykonawca powinien ująć w cenie oferty). Urządzenia, za które zamawiający płaci opłatę instalacyjną, nie przechodzą na jego własność, pozostają w majątku wykonawcy i mogą być przez niego wykorzystane do świadczenia usług dla innych potencjalnych odbiorców.

Zamawiający w SIWZ precyzyjnie określił zasady obliczenia wynagrodzenia wykonawcy zarówno w sytuacji zwiększenia przepustowości, jak i dodania nowych lokalizacji (podniesienie przepustowości wykonawca wycenia samodzielnie w Załączniku do formularza ofertowego, również na podstawie danych z tego dokumentu zwiększane lub zmniejszane jest wynagrodzenie wykonawcy odpowiednio w sytuacji dodania lub likwidacji danej lokalizacji). Precyzyjnie określony jest także zakres prawa opcji (20%). Oznacza to, że zamawiający daje wykonawcy gwarancję świadczenia usługi we wszystkich najważniejszych i największych lokalizacjach oraz łącznie przynajmniej w 80% ogólnej ilości lokalizacji.

Zgodnie z powyższym, zapisy SIWZ pozwalają w ocenie Izby, aby wykonawca miał nieodzowną pewność zakresu realizacji usługi, pozwalającą na skalkulowanie ceny oferty na rentownym poziomie.

Uwzględniając całokształt okoliczności opisanych powyżej, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7, art. 29 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, przez sposób zastrzeżenia prawa opcji.

Ad. Zarzut II. Zgodnie z § 7 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ „Zamawiający uprawniony jest do wcześniejszego wypowiedzenia Umowy przy zachowaniu 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. Zamawiający postanowił, że „w takim przypadku Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego.”

Postanowienie powyższe ustanawia możliwość jednostronnie zastrzeżonego prawa rozwiązania umowy za wypowiedzeniem bez podania przyczyny. Zdaniem Izby, cytowane postanowienie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Oznacza to, że z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i warunki jego realizacji, w tym także czas trwania umowy. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Przejawem tego stanowiska jest zachowujący aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym: *„Wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać, co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru”.*

Wykonawca kalkulując cenę oferty bierze pod uwagę koszty inwestycji oraz zakupu sprzętu niezbędnego do realizacji usługi a zatem musi założyć, że osiągnie określony przychód z tytułu realizacji umowy. W związku z tym, że umowa o świadczenie usług

telekomunikacyjnych jest umową o charakterze ciągłym, wielkość zamówienia determinowana jest też poprzez czas trwania umowy. Zakończenie bytu prawnego umowy przed wyznaczonym czasem może oznaczać stratę dla wykonawcy, który w celu uruchomienia usługi musi się liczyć z poniesieniem kosztów w szczególności instalacyjnych (inwestycyjnych), zakupu sprzętu itp. Nie każdy wykonawca, który będzie się ubiegał o przedmiotowe zamówienie, musi mieć w swoich zasobach gotową infrastrukturę, sieci teleinformatycznej WAN poprzez wirtualną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS, pozwalającą na świadczenie usługi przesyłu danych z wymaganą przepustowością i dotrzymaniem wyznaczonych parametrów jakościowych - dla zamawiającego - bez ponoszenia kosztów inwestycyjnych na rozbudowę tej infrastruktury.

Odwołujący słusznie kwestionował warunek zastrzeżony jedynie na rzecz zamawiającego, zgodnie z § 7 ust. 5 wzoru umowy, że „Zamawiający uprawniony jest do wcześniejszego wypowiedzenia Umowy przy zachowaniu 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, a przy tym „Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego.” Wykonawca musi mieć pewność - wynikającą z oszacowania kosztów i zysków, opartych na założeniu świadczenia usługi przez przewidziany w umowie czas – rentowności tego kontraktu, przy zdefiniowanym przynajmniej minimalnym gwarantowanym zakresie tego zamówienia.

Przy realizacji zamówień publicznych – uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy zawiera art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że może to nastąpić wówczas, gdy dalsze wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, a sytuacja ta nie była możliwa do przewidzenia w momencie zawarcia umowy. W takim przypadku wykonawca może żądać wynagrodzenia za wykonanie części umowy. Przepis ten nie stanowi o kompleksowej regulacji zakończenia bytu prawnego umowy o zamówienie publiczne. Poprzez art. 139 ust. 1 Pzp zastosowanie mogą znajdować przepisy Kodeksu cywilnego.

Wprawdzie art. 144 ust. 1 Pzp dozwala na zmiany umowy w zakresie uprzednio opisanym w SIWZ lub w ogłoszeniu, do czego można by zaliczyć możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy za wypowiedzeniem. Jednakże należało uwzględnić stanowisko odwołującego, że umowa o wykonanie zamówienia publicznego ma charakter umowy zawartej na czas określony, jak stanowi art. 142 ust. 1 Pzp, z wszystkimi następstwami tego faktu. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, przepisy K.c. z mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp znajdują zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych w zakresie nieregulowanym w sposób odmienny w ustawie Pzp. Z tych też względów Izba nie znajduje podstaw do stosowania przepisów K.c. dotyczących umowy zlecenia, (dla odrębnego typu umowy zdefiniowanej w ustawie Prawo telekomunikacyjne), w

szczególności art. 746 § 1 w związku z art. 750 K.c. - wskazywanych w odpowiedzi na odwołanie, jako źródło uprawnień zamawiającego do wypowiedzenia umowy o zamówienie publiczne bez podania przyczyn z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia.

Izba podziela poglądy odwołującego, że umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Niekwestionowaną zasadą jest, że umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a skoro tak, to cechą stosunku obligacyjnego zawiązanego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest jego trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron, co jest podyktowane faktem, że wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki czas, strony umowy pozostaną nią związane. Niezależnie od wszelkich innych okoliczności prawidłowości realizacji kontraktu, czy zaistnienia przesłanek ustawowych z art. 145 ust. 1 Pzp, które mogą zaważyć na trwałości takiej umowy.

W ocenie Izby, zastrzeżenie bezwarunkowej możliwości 3 miesięcznego wypowiedzenia przez zamawiającego danego rodzaju umowy - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne przy założeniu 36 miesięcznego okresu realizacji umowy, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po 6-cio miesięcznym okresie jej obowiązywania.

Izba uznała kwestionowane postanowienie za nadmierne, nie podyktowane racjonalnymi potrzebami - dające zamawiającemu możliwość podjęcia arbitralnej czynności wypowiedzenia przedmiotowej umowy, co może mieć wpływ na kalkulacje ceny oferty, ale przede wszystkim może zaważyć na decyzji wykonawców w odniesieniu do uczestnictwa w takim przetargu. Na uwagę zasługiwała też argumentacja odwołującego, że postanowienie o możliwości dowolnego rozwiązania umowy może stanowić instrument nacisku, np. w celu dokonywania niekorzystnych dla wykonawcy zmian umowy, w tym określonych w rozdz. 16 SIWZ i w § 6 wzoru umowy.

Nieuprawnione zawężanie dostępu do zamówienia - poprzez działania zamawiającego bezpośrednio, lub o skutku równoważnym, jak stwarzanie nadmiernego

ryzyka podjęcia się danego zamówienia - muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 Pzp, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Mogą bowiem mieć wpływ na wynik postępowania, który zawsze jest pochodną ilości złożonych ofert i proponowanych cen za zrealizowanie zamówienia.

W przekonaniu Izby, zamawiający w innych postanowieniach SIWZ oraz wzoru umowy w sposób wystarczający zabezpieczył swoje interesy oraz interes publiczny, opisując podstawy do rozwiązania umowy z wykonawcą i odstąpienia od umowy, aby miał jeszcze stosować rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem bez podania przyczyn i bez rekompensaty wydatków wykonawcy z tytułu wcześniejszego rozwiązania umowy należycie realizowanej.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, art. 142, w związku z art. 139 ustawy Pzp i w związku z art. 365(1) K.c., przez zawarcie w SIWZ postanowień o możliwości wypowiedzenia umowy bez podania przyczyny podlegał uwzględnieniu. Zamawiający zostaje zobowiązany do wykreślenia z § 7 ustępu 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ.

Ad. Zarzut III. Zdaniem Izby, zarzuty odwołującego wobec postanowień § 7 ust. 3 lit. a) i b) wzoru umowy, gdzie zawarte jest zastrzeżenie, że „Zamawiający może rozwiązać Umowę, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, w przypadku:

a) powtarzającego się (więcej niż jednokrotnego) naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy, w tym w szczególności nienależytego lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z Umowy. Uprawnienie to aktualizuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do zaprzestania naruszeń, o ile Wykonawca w terminie czternastu dni od dnia otrzymania tego wezwania nie zastosuje się do jego treści i nie doręczy Zamawiającemu pisemnego oświadczenia o zastosowaniu się do otrzymanego wezwania,

b) gdy Wykonawca wprowadzi nowy regulamin usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego

- należało uznać za zasadne.

Mimo, że w załączniku nr 1 do SIWZ opisie przedmiotu zamówienia (będącym zarazem załącznikiem do umowy) precyzyjnie został określony zakres obowiązków wykonawcy zamówienia, w tym podane niektóre podstawy do rozwiązania umowy, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia, to kwestionowane postanowienia mogą stanowić podstawę rozwiązania umowy także z innych przyczyn, których zamawiający z góry nie

zdefiniował w postanowieniach wzoru umowy. Zastrzegając możliwość rozwiązania umowy ze względu na nienależyte lub nieterminowe wykonanie umowy, zamawiający podał, że może to nastąpić po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do zaprzestania naruszeń, o ile Wykonawca w terminie czternastu dni od dnia otrzymania tego wezwania nie zastosuje się do jego treści i nie doręczy Zamawiającemu pisemnego oświadczenia o zastosowaniu się do otrzymanego wezwania.

Kwestionowane postanowienia powodują, że wykonawca składając ofertę, a następnie zawierając umowę - jeżeli zostanie wybrany, nie ma wiedzy z jakich przyczyn zamawiający może zdecydować się rozwiązać umowę, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia. Rejestr obowiązków wykonawcy jest tak pokaźny, iż kazuistyczne wyliczenie ich złamania - jako upoważniających do rozwiązania umowy - nie spełniłoby by swej roli, jednakże zdefiniowanie poważnych naruszeń obowiązków umownych i wyspecyfikowanie zaistnienia istotnych przyczyn, chociażby w sposób uogólniony, które każdorazowo wykonawca będzie mógł weryfikować w trakcie realizacji umowy - odnosząc treść otrzymanego wezwania zamawiającego - do obowiązków przyjętych umową, Izba uznała za żądanie usprawiedliwione.

Przy realizacji zamówień publicznych, obowiązuje wzorzec umowy, który nie zawsze zakłada równowagę kontraktową stron. Umowa o zamówienie publiczne ma wprawdzie charakter wzajemny w rozumieniu art. 487 K.c., gdyż obowiązkom wykonawcy realizacji świadczenia odpowiada obowiązek zapłaty realizowany przez zamawiającego, jednakże prawa i obowiązki stron nie muszą być ustalone w pełni symetrycznie. Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą nie ma na celu doprowadzenia postanowień SIWZ do zapewnienia równowagi kontraktowej stron - ale wyeliminowania tego rodzaju naruszeń, które sprowadzają się do braków w opisie przedmiotu zamówienia, świadczą o nierówności traktowania potencjalnych oferentów, a przede wszystkim mogłyby istotnie zakłócić mechanizm wolnej i uczciwej konkurencji, ograniczający dostęp do zamówienia dla nieoznaczonej grupy wykonawców, którzy mogliby wykonać przedmiotowe zamówienie z pozytywnym skutkiem. Izba nie ma uprawnień ustawowych, aby prowadzić działania mediacyjne i w wyroku dawać wyraz ukształtowania postanowień przyszłej umowy, zawieranej w wyniku wybrania wykonawcy zamówienia publicznego na zasadach pełnej równowagi kontraktowej. Zasada swobody kontraktowej statuowana w art. 353(1) K.c. nie wyłącza też umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jak stanowi art. 473 § 1 K.c.

Sankcja rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym może jednak nieść dla wykonawcy tak dotkliwe skutki, że musi dotyczyć istotnych naruszeń obowiązków

umownych, a wykonawca musi przy zawarciu umowy wiedzieć, za co zamawiający będzie mógł ją stosować.

Zarzut w odniesieniu do § 7 ust. 3 lit a) wzoru umowy - podlegał uwzględnieniu wraz z żądaniem nakazania zamawiającemu do odrębnego zdefiniowania w umowie pojęcia „istotnego naruszenia postanowień umowy”, upoważniającego zamawiającego do rozwiązania umowy, ze skutkiem na chwilę złożenia oświadczenia oraz nadanie mu brzmienia:

„a) powtarzającego się (więcej niż jednokrotnego) istotnego naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy, w tym w szczególności nienależytego lub nieterminowego wywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z Umowy. Uprawnienie to aktualizuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do zaprzestania naruszeń, o ile Wykonawca w terminie czternastu dni od dnia otrzymania tego wezwania nie zastosuje się do jego treści i nie doręczy Zamawiającemu pisemnego oświadczenia o zastosowaniu się do otrzymanego wezwania”.

Zarzut dotyczący § 7 ust. 3 lit b) wzoru umowy upoważniającego zamawiającego do rozwiązania umowy, gdy „Wykonawca wprowadzi nowy regulamin usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o zapisach rażąco niekorzystnych dla Zamawiającego”, został faktycznie przyznany przez zamawiającego przez dokonaną w dniu 20 stycznia 2014 r. modyfikację SIWZ i wykreślenie § 7 ust. 3 lit b) z wzoru umowy, nie podlegał zatem dalszemu rozpatrzeniu, zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp. Modyfikacja ta wyczerpywała żądania odwołującego.

Ad. Zarzut IV. Naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp przez ustalenie wewnętrznie sprzecznych kryteriów oceny ofert podyktowany treścią rozdz. 13.1 SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, spośród ofert nieodrzuconych, zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą kierując się następującymi kryteriami:

13.1.1. Cena - maksymalnie 79,17 pkt,

Za typy łączy zamawiający zapowiedział następującą punktację.

13.1.2. Typy łączy podstawowych transmisyjnych do siedziby Oddziałów w Gdańsku Poznaniu, Warszawie i Wrocławiu, oraz podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrze - maksymalnie 11,88 pkt,

13.1.3. Typy łączy podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji - maksymalnie 8,95 pkt.

Następnie w pkt 13.4 zamawiający stwierdził, że punkty w ramach kryterium „Typy łączy podstawowych transmisyjnych dla siedziby Oddziałów w Gdańsku, Poznaniu, Warszawie i

Wrocławiu oraz siedzib podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrze” (maksymalnie 11,88 pkt) będą przyznawane w następujący sposób:

- za łącze światłowodowe do danej lokalizacji - 1 punkt,
- załącze radiowe do danej lokalizacji - 0,5 punktu.

Zgodnie z wykazem podanym w tabeli stanowiącej załącznik do Formularza ofertowego suma (liczba) wszystkich siedzib Oddziałów (6) i Zakładów (12) wynosi 18, to biorąc pod uwagę, że za łącze światłowodowe do danej lokalizacji będzie przyznany 1 punkt, maksymalna liczba punktów w ramach kryterium „Typy łączy podstawowych transmisyjnych dla siedziby Oddziałów w Gdańsku, Poznaniu, Warszawie i Wrocławiu oraz siedzib podległych im Zakładów, oraz siedziby Oddziałów w Tarnowie i Zabrze” powinna wynosić maksymalnie 18 pkt, gdyby założyć że wykonawca może zaoferować do wskazanych lokalizacji łącza światłowodowe - a nie 11,88 punktów.

Zarzut został faktycznie przyznany przez zamawiającego przez dokonaną w dniu 20 stycznia 2014 r. modyfikację SIWZ i wyeliminowanie matematycznych rozbieżności w opisie kryteriów oceny ofert, nie podlegał zatem dalszemu rozpatrzeniu, zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący nie podnosił, iż modyfikacja SIWZ nie wyczerpywała jego żądań w tym zakresie, sprowadzających się do tego, aby usunięte zostały wskazane rozbieżności w opisie kryteriów oceny ofert.

Ad. Zarzut V. Zgodnie z Załącznikiem do Formularza Oferty (zał. nr 7 do SIWZ) asortymentowo – cenowy, na 197 lokalizacji zamawiającego, aż 179 lokalizacji stanowią lokalizacje typu „Jednostka terenowa”. W większości tych lokalizacji zamawiający dopuścił dostępne łącza podstawowe, jako łącza „miedziane”. Z niewiadomych względów dla niektórych oddziałów i zakładów oraz jednostek terenowych zamawiający nie uwzględnił w Załączniku do Formularza Oferty możliwości zastosowania typu łączy podstawowych, jako łączy „miedzianych”. Chodzi tu o lokalizacje Oddziałów: Wrocław, Warszawa, Zabrze, Tarnów, Gdańsk, Poznań; zakładów w Białymstoku, Łodzi, Radomiu, Ciechanowie, Mińsku Mazowieckim, Zgorzelcu i Wałbrzychu oraz w jednostce terenowej w Gostyniu.

- 1) Lębork, ul. Warszawska 15,
- 2) Toruń, ul. Szosa Lubicka 2/18,
- 3) Żnin, ul. Mickiewicza 22,
- 4) Gostyń, ul. Fabryczna 1,
- 5) Leszno, ul. Przemysłowa 12,
- 6) Szczyglice, KGHM Szczyglice DZ, 21/2.

W pozostałych lokalizacjach zamawiającego typu „Jednostka terenowa” dla łącza podstawowego dostępowego pracującego z taką samą przepustowością zamawiający dopuścił łącza „miedziane”.

Zamawiający tłumaczył fakt pominięcia łączy miedzianych w oznaczonych wyżej lokalizacjach omyłkami pisarskimi. Powyższy zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp został faktycznie przyznany przez zamawiającego przez dokonaną w dniu 20 stycznia 2014r. modyfikację formularza ofertowego stanowiącego zał. nr 7 do SIWZ - dopuszczenie we wskazanych lokalizacjach zastosowania łączy miedzianych, jako podstawowych - nie podlegał zatem dalszemu rozpatrzeniu zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp. Modyfikacja ta wyczerpywała żądania odwołującego.

Ad. Zarzut VI naruszenia art. 7, art. 29 ust. 1, art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 384 § 2 K.c. oraz art. 353(1) K.c. poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych skutkiem możliwości kumulowania bonifikat oraz kar umownych nie podlegał uwzględnieniu. Jakkolwiek należało przyznać rację odwołującemu, że kara umowna przewidziana w art. 483 Kodeksu cywilnego, stanowi surogat odszkodowania wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, o którym mowa w art. 471 K.c. to, jednak należy się ona w wysokości zastrzeżonej bez względu na wysokość poniesionej szkody, jak stanowi art. 484 § 1 K.c. Przy konstruowaniu kar umownych, wbrew wywodom odwołującego, nie przewiduje się miarkowania kar, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2 K.c. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Żądanie dłużnika z powołaniem się na wymienione wyżej przesłanki może być jednak zgłoszone przed sądem, jeżeli wykonawca uznaje, iż zapłata kar umownych w pełnej zastrzeżonej w umowie wysokości byłaby niezasadna, gdyż zobowiązanie zostało w przeważającej części wykonane. Nie można też pomijać, iż zgodnie z art. 471 K.c. dłużnik w ogólności może być zwolniony od kar za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykaze, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, z tytułu czego kary zostały naliczone, było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi.

Bezsprzecznie w § 5 ust. 1 wzoru umowy określono karę umowną za nienależyte lub nieterminowe wykonanie zamówienia. Jednocześnie w § 5 ust. zastrzeżono, że „niezależnie od kar umownych, Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy bonifikat określonych w Załączniku nr 1 do Umowy”. W załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, przewidziano szereg bonifikat z tytułu niedotrzymania parametrów SLA. Punkt 5. SIWZ Wykonawca zobowiązuje się do zachowania parametrów jakościowych i czasowych dla świadczonej usługi, szczegółowo opisanych w pkt. III i IV Załącznika nr 1 do Umowy.

Punkt 6. Wykonawca zapewni usunięcie awarii oraz innych nieprawidłowości związanych ze świadczeniem usługi zgodnie z warunkami SLA opisanym w pkt. IV Załącznika nr 1 do

Umowy. Za niezachowanie w/w poziomów świadczenia usług WAN, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego odszkodowania – dalej zwanego bonifikatą na zasadach opisanych w w/w punkcie Załącznika nr 1 do Umowy. Oznacza to, w opinii odwołującego kumulację odszkodowań z tego samego tytułu.

Izba nie podzieliła powyższych argumentów odwołującego. Wprawdzie sam zamawiający nazwał bonifikaty za niedotrzymanie parametrów SLA odszkodowaniem, jednakże zdaniem Izby – nie jest to odszkodowanie, a jedynie brak częściowej zapłaty za usługę, która nie była świadczona lub była wadliwie świadczona. Trudno wymagać, aby zamawiający płacił wykonawcy całość umówionego miesięcznego wynagrodzenia, jeżeli usługa na jego rzecz nie została w całości i prawidłowo zrealizowana.

Tak ukształtowane zasady odpowiedzialności, wbrew twierdzeniom odwołującego - pozostają w związku ze szkodą, jaką może ponieść zamawiający, nie sprzeciwiają się też równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić 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 na takich warunkach. Zatem to do zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających jego interes, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 11 listopada 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 779/08), *„kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta”* (sygn. akt KIO/UZP 154709) *„Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać także należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353(1) k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami*

współzycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową.” Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego (Wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r, X Ga 67/08 niepubl.).

Jeżeli nawet immamentną cechą zamawianych usług są chwilowe przerwy, czy spadek parametrów usługi wywołane różnego rodzaju awariami, czego przejawem są ustanowione w załączniku nr 1 bonifikaty z tytułu niedotrzymania parametrów SLA, to obowiązkiem wykonawcy jest ustanawianie takich zabezpieczeń i nadzoru, aby nie przekraczać dopuszczonego limitu przerw.

W związku z powyższym, brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu i nakazania modyfikacji SIWZ w ten sposób, że zamawiający nie będzie mógł nałożyć kary umownej, jeżeli z tego samego powodu naliczył bonifikatę.

Ad. Zarzut VII naruszenia art. 144, art. 140 w związku z art. 29 ust. 1 Pzp przez określenie dopuszczalnych zmian umowy, które prowadzą do zmiany zakresu świadczenia wykonawcy określonego w ofercie. Określając dopuszczalny zakres zmiany umowy, w § 6 ust. 1.1.6-1.1.7 i rozdziale 16 SIWZ zamawiający przewidział m.in.:

„6) zmiany będące rezultatem renegocjacji warunków realizacji przedmiotu umowy podczas okresu jego wykonania w zakresie technicznym i finansowym w przypadkach, gdy Wykonawca wprowadzi do eksploatacji nowe usługi telekomunikacyjne w zakresie usług będących przedmiotem Umowy (w szczególności oparte na nowych technologiach, niestosowanych w momencie podpisywania umowy);

7) zmiany będące rezultatem renegocjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu umowy podczas okresu jego wykonania w przypadku, gdy Wykonawca wprowadzi nowy cennik usług telekomunikacyjnych w zakresie usług będących przedmiotem Umowy o cenach korzystniejszych niż w złożonej ofercie.”

Zarzut powyższy w całości nie został uwzględniony. Zamawiający podtrzymał przytoczone postanowienia SIWZ.

W ocenie Izby, zamawiający ma prawo wprowadzić zmiany do umowy o zamówienie publiczne, przy spełnieniu przesłanek wymienionych w art. 144 ust. 1 Pzp wówczas, gdy przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub w SIWZ oraz gdy określił warunki takiej zmiany. Rzeczywistą wolą zamawiającego w omawianych okolicznościach – jest renegocjacja warunków świadczenia długoterminowej usługi. Zmiany dokonane zgodnie

z art. 144 ust. 1 Pzp, nie mogą być poczytywane, jako prowadzące do naruszenia art. 140 ustawy Pzp, w myśl którego zakres świadczeń wynikający z umowy jest tożsamy ze zobowiązaniem określonym w ofercie. Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp wprost odnosi się do istotnych postanowień umowy. Podnoszony argument, że poprzez postulowane zmiany w odniesieniu do wprowadzenia nowych technologii doszłoby do naruszenia integralności i tożsamości świadczenia oznaczonego w ofercie, nie mógł zostać uwzględniony. Zdaniem Izby takie cechy wpisują się w pojęcie istotnych zmian postanowień umowy.

Cena usługi składa się z elementu opłaty instalacyjnej, i w tym zakresie może nawet nie podlegać renegotjacji. Drugim elementem są natomiast opłaty abonamentowe dla łączy o oznaczonych przepustowościach. Zasadne jest, zatem postanowienie, co do możliwości renegotjacji warunków umowy, aby zamawiający mógł korzystać z usług wybranego operatora w takich cenach, jakie stosuje on aktualnie dla innych odbiorców wskutek zmian cen w cenniku usług telekomunikacyjnych, w zakresie usług porównywalnych do przedmiotu - umowy zawartej na warunkach zindywidualizowanych. Nawet przy świadczeniu usług standardowych, których ceny są określane w cennikach operatora, też kalkulując te opłaty, należy przyjąć, iż wlicza się w nie ponoszone koszty inwestycyjne konieczne dla świadczenia usługi.

Realizacja powyższych zmian uzależniona jest od zgodnego oświadczenia obu stron umowy. Nie można zakładać, iż zamawiający będzie wymagał, aby wykonawca zszedł z ceną poniżej poniesionych kosztów, czy świadczył usługę bez osiągnięcia zysku. Możliwość jednostronnego rozwiązania umowy za wypowiedzeniem bez podania przyczyn, została wyeliminowana nakazaną zmianą - wykreślenia tych postanowień. Nie istnieje, zatem żaden instrument nacisku, którym zamawiający może wymusić na wykonawcy dokonanie zmian, w sytuacji, jeżeli wykonawca nie byłby skłonny takich zmian wprowadzić, nawet gdyby miałyby one uzasadniony charakter.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że zastrzeżenie prawa do renegotjacji warunków realizacji przedmiotu zamówienia i renegotjacji warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie jest wyrazem dozwolonego ustawą działania zamawiającego. Umowa w przedmiotowym zamówieniu zawierana jest na okres 36 miesięcy. Mając na uwadze czas trwania przedmiotowej umowy, w przekonaniu Izby, tak w interesie zamawiającego, jak wykonawcy realizującego zamówienie jest skorzystanie z upoważnienia jakie daje przepis art. 144 ustawy Pzp w zakresie możliwości zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do istotnej treści oferty w przypadku, gdy zamawiający przewidzi taką możliwość w SIWZ i określi warunki takiej zmiany. Skorzystania przez zamawiającego z możliwości, jakie stwarza ustawa, nie można uznawać za niewłaściwe. Zamawiający określił okoliczności, w jakich

będzie prowadził re negocjacje warunków umowy. Przepis ten stwarza uprawnienie po stronie zamawiającego do dokonania zmian umowy, w jego zamierzeniach - na warunki dogodniejsze. Postanowienia te nie stwarzają jednak żadnego obowiązku po stronie wykonawcy, aby akceptować każdą wnioskowaną zmianę w stosunku do warunków zawartej umowy na czas oznaczony. Zmiany takie mogą też być korzystne dla obu stron, natomiast tylko uprzednie przewidzenie możliwości ich wprowadzenia, stwarza w przyszłości legalne podstawy dla dokonania zmian umowy. Wskazane przepisy art. 144, art. 140 w związku z art. 29 ust. 1 Pzp nie zostały naruszone.

Postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie wykazało częściową zasadność zarzutów odwołującego. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, sprowadzały się do ustalenia warunków jednostronnego wypowiedzenia umowy, czy niesprecyzowanych przyczyn rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, mogą mieć zatem wpływ na wynik postępowania. Mimo zadeklarowanego otwarcia zamówienia na konkurencję to z zestawienia części wymogów kwestionowanych odwołaniem, kształtuje się obraz rzeczywistych ograniczeń. Zamawiający ma natomiast obowiązek stworzyć realny dostęp do zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy są w stanie uruchomić usługi w opisanym zakresie oraz parametrach i świadczyć je na wymaganym poziomie niezawodności, co właśnie stanowi zdolność do należytej realizacji zamówienia. Nawet pośrednie ograniczenia w dostępie do zamówienia, mogą przekładać się na ilość złożonych ofert, a więc naruszać reguły stwarzania podstaw do ubiegania się o zamówienie w warunkach uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający będzie zobowiązany dokonać zmian postanowień SIWZ nakazanych wyrokiem, zachowując spójność postanowień w odniesieniu do całości dokumentacji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

