

WYROK

z dnia 25 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

TP EmiTel Sp. z o.o. ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Telewizja Polska S.A. ul. J. P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa

protestu z dnia 24 grudnia 2010 r.,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża TP EmiTel Sp. z o.o. ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **TP EmiTel Sp. z o.o. ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **TP EmiTel Sp. z o.o. ul. Pilotów 4c, 31-**

462 Kraków na rzecz **Telewizji Polskiej S.A. ul. J. P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3)** dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TP EmiTel Sp. z o.o. ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB-T na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 13 listopada 2009 r. pod numerem 2009/S 219-315175. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

23 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł protest na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. niektórych postanowień wzoru umowy. Protesty takie zostały wniesione również przez innych wykonawców. 14 grudnia 2009 r. Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na tę czynność 24 grudnia 2009 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 4 stycznia 2010 r.

Od tego rozstrzygnięcia 13 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

zarzut 1. – art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu TP EmiTel Sp z o.o. z 23 listopada 2009 r., który został uwzględniony przez Zamawiającego jedynie w części i w stosunku do którego to rozstrzygnięcia zostało wniesione odwołanie, a zatem przedwcześnie i wbrew wyraźnej dyspozycji wskazanego

przepisu, skoro istniał pomiędzy Zamawiającym oraz Odwołującym nierozstrzygnięty spór, co do ukształtowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia objętych zarzutami protestu,

zarzut 2 (ewentualny) – naruszenia przez Zamawiającego w zmienionej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazanych niżej przepisów, odpowiednio w następujących postanowieniach załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzór umowy:

1. § 3 ust. 3 o treści „W związku z postanowieniami ust. 1 i 2, Wykonawca gwarantuje, iż podejmie wszelkie działania zabezpieczające ciągłość świadczenia Usług”, który narusza art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wymaga usunięcia w całości,

2. § 7 przyznające wykonawcy możliwość żądania waloryzacji wyłącznie w wysokości 1/2 wskaźnika inflacji cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok kalendarzowy poprzedzający bezpośrednio rok kalendarzowy, w którym wynagrodzenie zostanie zwaloryzowane, które stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 353¹ kc i wymaga modyfikacji poprzez przyjęcie całego wskaźnika inflacji jako wskaźnika waloryzacji,

3. § 8 ust. 2 przyznającego Zamawiającemu prawo do żądania zmniejszenia ceny świadczonych usług, o ile wystąpią podstawy do ich dostosowania do cen rynkowych (urynkowienia), pod rygorem rozwiązania umowy przed terminem, na jaki została zawarta, co jest rażąco niezgodne z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2, art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 353¹ kc, które należy usunąć w całości,

4. § 18 przewidującego zasady powstrzymywania się wykonawców od konfliktu interesów z Zamawiającym, które nadal jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ kc i które należy usunąć w całości,

5. § 20 dotyczącego kontroli finansowej wykonawcy, które nadal jest niezgodne z art. 91 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i które należy usunąć w całości,

6. § 22 ust. 3 pkt 2 oraz § 22 ust. 4 dotyczące kar umownych, jakie Zamawiający może naliczyć wykonawcom, a które są niezgodne z art. 7 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 484 § 2 i art. 353¹ kc i powinny być usunięte w całości, względnie w stosunku do których powinno być nakazane obniżenie poziomu kar umownych do poziomu, który nie naruszałby wymienionych powyżej przepisów prawa,

7. § 28 ust. 1 pkt 4 przyznające Zamawiającemu uprawnienie do żądania rozwiązania umowy w przypadku poniesienia przez Zamawiającego szkody o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł na skutek działania lub zaniechania wykonawcy, chyba, że wykonawca zobowiąże się w formie pisemnej do pokrycia szkody w terminie uzgodnionym przez strony, jednak nie później niż w ciągu 30 dni od otrzymania wezwania do zapłaty. Postanowienie to nie jest zgodne z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i powinno zostać usunięte w całości,

8. § 28 ust. 5, które jest rażąco krzywdzące dla wykonawcy i ogranicza jego uprawnienie do możliwości żądania odszkodowania do pełnej wysokości zaistniałej szkody i powinno być zmienione poprzez przyjęcie, że w przypadku rozwiązania umowy przez Zamawiającego w przypadkach, o których mowa w ust. 2 pkt 5, 6, 7, ust. 3 i 4 Zamawiający zapłaci Wykonawcy równowartość kwoty wynagrodzenia należnego za czas pomiędzy rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego, a terminem, na jaki umowa została zawarta, a więc okres, w którym doszło do niewykonania usług objętych przedmiotem umowy z winy Zamawiającego, względnie ustalenie, że w takim przypadku Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty odstepnego w wysokości 10% wartości nominalnej zobowiązania Zamawiającego wynikającej z umowy. Obecne brzmienie wskazanego postanowienia rażąco narusza art. 353¹ kc poprzez narzucenie ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiającego do wskazanej w tym postanowieniu wartości, gdy odpowiedzialność odszkodowawcza wykonawcy wobec Zamawiającego podlega ograniczeniu wyłącznie w odniesieniu do utraconych korzyści i to jedynie w zakresie przenoszącym wartość nominalną zobowiązania Zamawiającego wynikającą z umowy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie postępowania, jako że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (w przypadku uwzględnienia zarzutu z punktu 1.),
2. z ostrożności procesowej – rozpatrzenie zarzutów na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wynikającym z powołanych wyżej zarzutów oraz uzasadnienia odwołania,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego łącznie z kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Argumentację na poparcie swoich zarzutów i żądań Odwołujący przedstawił w uzasadnieniu protestu i odwołania. Zamawiający swoje stanowisko zawarł w rozstrzygnięciu protestu i odpowiedzi na odwołanie z 18 lutego 2010 r. Ponadto obie Strony wypowiedziały się podczas rozprawy.

4 lutego 2010 r. Izba wydała wyrok o sygn. akt KIO/UZP 1876/09, KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09, który stanowi ostateczne rozstrzygnięcie protestu z 23 listopada 2009 r.

15 lutego 2010 r. Zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uchylając m.in. § 8 i § 20 wzoru umowy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczeń Stron i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż w wyroku KIO/UZP 1876/09, KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09 z 4 lutego 2010 r. Izba nie wypowiedziała się w stosunku do wskazanych w odwołaniu postanowień wzoru umowy, ze

względu na ich modyfikację, zatem nie istnieją przesłanki do odrzucenia odwołania w tym zakresie wskazane w art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast co do naruszenia przez Zamawiającego art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie modyfikacji z 14 grudnia 2009 r. Izba się w powyższym wyroku KIO/UZP 1876/09, KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09 wypowiedziała, stwierdzając naruszenie tego przepisu, zatem orzekanie o nim w niniejszym wyroku jest bezprzedmiotowe i niezgodne ze wskazanym art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo Izba wskazuje, iż naruszenie to w chwili orzekania niniejszym wyrokiem nie ma wpływu na wynik postępowania, zatem, zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie w tym zakresie nie mogłoby być uwzględnione.

W odniesieniu do żądania unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, Izba stwierdziła, iż nie znalazła takiej wady, nie jest nią w szczególności wskazane w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Izba nie znalazła przesłanki do nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Podczas rozprawy Odwołujący wycofał zarzut dotyczący § 20 ze względu na jego usunięcie ze wzoru umowy modyfikacją z 15 lutego 2010 r., w związku z powyższym Izba nie odnosiła się do tego zarzutu. Ponieważ modyfikacją tą Zamawiający wykreślił ze wzoru umowy również sporny § 8 ust. 2, Izba uznała za bezprzedmiotowe orzekanie również w stosunku do tego postanowienia (żądanie Odwołującego odnosiło się do jego usunięcia).

Odnosząc się do zarzutów związanych z postanowieniami umownymi Izba przede wszystkim zwraca uwagę, iż, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie postanowień i warunków umowy jest kompetencją zamawiającego (może on „wymagać od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach”). Zatem zakres orzekania Izby odnosi się zasadniczo do naruszenia przez niego przepisów prawa, co nie

musi obejmować gospodarności czy racjonalności działań lub też dbałości o oczekiwane korzyści poszczególnych stron umowy. Także nie wszystkie działania niekorzystne dla wykonawców stanowią jednocześnie działanie Zamawiającego niezgodne z prawem. Izba wielokrotnie zwracała też uwagę na to, że w systemie zamówień publicznych zasada swobody stron umowy uległa znacznemu ograniczeniu – po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta, w zamian za co otrzymał on prawo kształtowania warunków umowy, a ze strony wykonawcy – ograniczonego wpływu na kształt zawieranej umowy, który jednak ma możliwość decydowania (przynajmniej prawną), czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać.

W stosunku do zarzutu dotyczącego § 3 ust. 3 wzoru umowy i żądania jego usunięcia, Izba stwierdziła, iż nie znalazła podstaw do przychylenia się do tego żądania.

§ 3 zawiera zobowiązania wykonawcy wynikające z umowy i ma następujące brzmienie: „1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania Umowy zgodnie z celem jej zawarcia oraz uwzględniając fakt, iż prawidłowe wykonywanie Umowy jest niezbędne dla realizacji przez Zamawiającego jako telewizji publicznej misji publicznej wynikającej z przepisów Ustawy o Radiofonii i Telewizji. 2. Wykonawca zobowiązuje się dokładać najwyższej staranności profesjonalnej przy wykonywaniu Umowy uwzględniającej fakt, iż Zamawiający zawiera Umowę dla realizacji interesu publicznego. 3. W związku z postanowieniami ust. 1 i 2, Wykonawca gwarantuje, iż podejmie wszelkie działania zabezpieczające ciągłość świadczenia Usług. 4. W wykonaniu zobowiązań określonych w ustępach poprzedzających niniejszy paragraf, Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do: ...” (tu wymieniono poszczególne obowiązki).

Postanowienia tego paragrafu określają więc cel umowy i sposób jej wykonania przez wykonawcę w sposób ogólny, zwłaszcza w ust. 1 – 3. Jest jasne i zgodne z systemem prawa cywilnego, iż Zamawiający życzy sobie realizacji umowy zgodnie z jej celem, profesjonalnie i że dla osiągnięcia tego efektu wykonawca ma podjąć wszystkie niezbędne środki. Zrozumiałe jest

także to, że Zamawiający wskazuje tylko żądany efekt, natomiast nie narzuca wykonawcom sposobu, w jaki mają go osiągnąć. Wynika to przede wszystkim z faktu, że różni wykonawcy będą go osiągać różnymi sposobami, choćby dlatego, że dysponują różną infrastrukturą, poza tym, w miarę upływu lat (umowa ma być zawarta na okres 10-letni), potrzeby te i środki mogą się zmieniać, nawet w stosunku do tych samych wykonawców (nowe technologie, inne rozwiązania, zużycie urządzeń itd.). Poza tym to wykonawcy jako podmioty profesjonalne i znające swoje możliwości techniczne, organizacyjne itp., sami muszą dokonać weryfikacji swoich możliwości, potrzeb i koniecznych działań.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie znalazła także podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający naruszył tym postanowieniem zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego § 7 wzoru umowy i żądania jego zmiany, Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

Zgodnie z § 7 „Wykonawca może żądać waloryzacji wynagrodzenia określonego w Załączniku Nr 7 o wskaźnik inflacji cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z zastrzeżeniem, że: 1) prawo Wykonawcy obejmuje okres Umowy od dnia 1 stycznia 2011 r., 2) Wykonawca może żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie za pełny rok kalendarzowy obowiązywania Umowy, 3) Wykonawca może żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie w wysokości 1/2 wskaźnika inflacji cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok kalendarzowy poprzedzający bezpośrednio rok kalendarzowy, w którym wynagrodzenie zostanie zwaloryzowane.”

Zrozumiałe jest, iż każda ze stron przyszłej umowy chciałaby jak najlepiej zabezpieczyć swoje interesy, które w tym postanowieniu umowy w sposób naturalny są rozbieżne. Jednak rzeczywiście, w systemie prawa cywilnego ani tym bardziej w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie ma obowiązku

przewidywania przez strony, tu – przez Zamawiającego waloryzacji cen, tym bardziej nie jest naruszeniem określenie kwoty waloryzacji w wysokości połowy, a nie całego wskaźnika inflacji obliczanego przez Prezesa GUS, zwłaszcza, że wysokość tego wskaźnika nie odnosi się bezpośrednio i nie musi być odzwierciedleniem do zwiększonych kosztów świadczenia usługi. Zatem Izba, jak wskazano na wstępie, nie stwierdziła naruszenia wymienionych przez Odwołującego przepisów.

Jednak na marginesie (nie jest to nakaz zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) Izba zwraca uwagę, iż postanowienie to w takiej formie może okazać się niekorzystne również dla Zamawiającego, który, w razie zaistnienia takiej konieczności i wobec treści art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma możliwość zmiany umowy. Zatem racjonalne byłoby przewidzenie również innego, bardziej elastycznego postanowienia umożliwiającego dodatkową waloryzację ceny o uzgodnioną wysokość przy zaistnieniu szczególnych okoliczności, np. w sposób podobny do wskazanego w art. 357¹ i art. 358¹ § 3 kodeksu cywilnego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego § 18 wzoru umowy i żądania jego usunięcia, Izba stwierdziła, co następuje.

§ 18 ma następującą treść: „Konflikt interesów. W trakcie obowiązywania Umowy, Wykonawca nie będzie podejmował żadnych działań, które naruszałby słuszny interes Zamawiającego, a w szczególności prowadziły do powstania konfliktu interesu Wykonawcy wobec Zamawiającego. W każdym przypadku powołanie się na konflikt interesów musi być uzasadnione oraz zgodne z ogólną regułą dowodową przewidzianą w art. 6 k.c.”

Izba podziela pogląd Odwołującego, iż postanowienie to w zakresie „konfliktu interesu Wykonawcy wobec Zamawiającego” jest kompletnie niezrozumiałe. O ile można zrozumieć wymóg, by wykonawca realizując umowę, nie działał na niekorzyść Zamawiającego, to prawdopodobnym i niczym nadzwyczajnym nie jest, że między stronami umowy mogą zaistnieć nieporozumienia przy jej realizacji, czy też konflikt interesów. Jednak jednocześnie nie można uznać, iż postanowienie to narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub art. 353¹ kc. Przede wszystkim bowiem nie dotyczy on

sporządzenia oferty, do którego odnosi się art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz działań i zaniechań podczas realizacji samej umowy. Poza tym, w razie zaistnienia takiego konfliktu, konieczne będzie jeszcze – skoro to klauzula generalna – odniesienia do konkretnej sytuacji, a także ustalenia co do znaczenia tego postanowienia „zgodnego zamiaru stron”, o którym mowa w art. 65 § 2 kc.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego § 22 ust. 3 pkt 2, § 22 ust. 4 i § 28 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy i żądania jego usunięcia, Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

§ 22 dotyczy odpowiedzialności i kary umownych i ma następującą treść:

„1. W przypadku każdorazowego niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę któregokolwiek z obowiązków wynikających z Umowy lub z przepisów prawa, w tym stwierdzonych podczas kontroli prawidłowości wykonywania Umowy, Zamawiający ma prawo według swojego wyboru do: 1) pisemnego upomnienia Wykonawcy wraz z warunkowym zawieszeniem naliczenia kary umownej liczonej zgodnie z pkt. 2 poniżej, na okres określony przez Zamawiającego w upomnieniu, 2) nałożenia na Wykonawcę kary umownej w wysokości do 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych), chyba że z ustępów poniższych wynika wyższa kwota zastrzeżonej kary umownej. 2. O stwierdzonych przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy, Zamawiający powiadomi Wykonawcę na piśmie i poinformuje o nałożeniu kary umownej i jej wysokości, określonej w ust. 1 pkt 2 niniejszego paragrafu.

3. W przypadku każdorazowego naruszenia przez Wykonawcę, któregokolwiek z postanowień: 1) § 3 ust. 4 pkt 7, 8 i 9 Umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 50.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych), 2) § 3 ust. 4 pkt 6 Umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 50.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych), 3) § 3 ust. 4 pkt 11 i 12, § 19 Umowy, w trakcie obowiązywania Umowy lub po jej rozwiązaniu lub wygaśnięciu, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych). 4. W przypadku

każdorazowej usterki Usługi nadawczej Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej za każdy nadajnik, z którym związana jest usterka zgodnie z poniższym wzorem: $K = L \times 0,0003 \text{ zł}$, gdzie K – oznacza karę umowną za nadajnik, L – oznacza liczbę ludności znajdującą się w obszarze pokrycia ludnościowego danego nadajnika, wynikającą z jego mapy zasięgu powierzchniowego i ludnościowego przedstawionej przez Wykonawcę po jego uruchomieniu, zgodnie z pkt I 2 Załącznika nr 3 naliczanej odrębnie za każdą rozpoczętą minutę trwania usterki ponad normy dopuszczalne w SLA. Łączna dzienna kara umowna obejmująca wszystkie nadajniki, których dotyczą usterki, nie może być wyższa niż 3.000.000 zł (słownie: trzy miliony złotych).

Zgodnie z § 3 ust. 4 pkt 6, do którego odsyła § 22 ust. 3 pkt 2, wykonawca zobowiązany jest do przekazywania Zamawiającemu dokumentacji potwierdzającej właściwe wykonanie umowy jako załączników do protokołu odbioru usług, co umożliwi Zamawiającemu finansowe rozliczenie usługi w danym miesiącu (§ 9 ust. 2).

Z kolei, zgodnie z § 22 ust. 4: „Ponadto Zamawiający może rozwiązać Umowę w trybie i na warunkach określonych w przepisach regulujących udzielanie zamówień publicznych tj. według stanu na dzień zawarcia Umowy w Prawie Zamówień Publicznych z zastrzeżeniem, że: 1) zmiana przepisów, o których mowa, która weszła w życie po dniu zawarcia Umowy, wywiera skutek wobec Stron, 2) w przypadku, gdy przepisy, o których mowa nie określają okresu wypowiedzenia Umowy, okres ten wynosi 3 (słownie: trzy) miesiące ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, 3) postanowienia § 30 Umowy nie stosuje się.”

§ 28 stanowi, iż „Zamawiający może rozwiązać Umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy Wykonawca w sposób rażący naruszy swoje obowiązki wynikające z Umowy lub w razie wystąpienia innych okoliczności wskazanych poniżej, co obejmuje: 1) naruszenie zobowiązań (...), 4) poniesienie przez Zamawiającego szkody o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzech milionów złotych) na skutek działania lub zaniechania Wykonawcy, chyba że Wykonawca zobowiąże się w formie

pisemnej do pokrycia szkody w terminie uzgodnionym przez strony, jednak nie później niż w ciągu 30 dni od otrzymania wezwania do zapłaty.

Zamawiający wskazał, iż w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 1876/09, KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09 Izba obszernie wyraziła swoje stanowisko w odniesieniu do zastosowanego przez Zamawiającego systemu kar umownych oraz § 28. W niniejszym wyroku Izba popiera pogląd wyrażony w wyroku. Ponadto Izba stwierdziła, iż rzeczywiście, kary umowne nie są małe, jakkolwiek ciężko obecnie odnieść się do ich wysokości, kiedy nie jest jeszcze znana kwota kontraktu. Trudno też negować fakt, że akurat dane obowiązki Zamawiający uznał za tak istotne, iż przypisał im karę wyższą niż 5.000 zł – dotyczy to przekazywania dokumentacji, gdyż jasna jest istota i konieczność utrzymania ciągłości usługi nadawczej. Co zaś do § 22 ust. 4, nie odnosząc się nawet do wysokości kary, która jest zmienna w zależności od „ważności” nadajnika, Izba stwierdziła, iż samo wprowadzenie kary jest celowe – biorąc pod uwagę choćby przykładowo podaną przez Odwołującego podczas rozprawy awarię nadajnika umieszczonego na kominie i konieczność oczekiwania z naprawą na zakończenie sezonu grzewczego, co może spowodować kilkutygodniową lub dłuższą przerwę w jego działaniu i fakt, iż Zamawiający, wybierając ofertę zgodnie z zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma lub może nie mieć wpływu na miejsca rozmieszczenia nadajników, a tym samym niezawodność ich działania. Skoro usługa nie będzie realizowana lub realizowana w sposób znacząco odbiegający od jej założeń, nie dziwi również fakt, iż Zamawiający nie będzie zainteresowany kontynuowaniem takiej umowy.

Poza tym dane postanowienia umowne funkcjonują w systemie prawa cywilnego i stosuje się do nich również przepisy m.in. kodeksu cywilnego, jak choćby wskazany przez Odwołującego art. 484 § 2 kc pozwalający na miarkowanie kar. Zresztą nie mógł on być naruszony przez Zamawiającego wskazanymi postanowieniami, gdyż daje wykonawcy uprawnienie, z którego może skorzystać nie przy zawieraniu, lecz w trakcie realizacji umowy. Co do swobody zawierania umów (art. 353¹ kc) Izba podtrzymuje ogólną argumentację w tej kwestii przedstawioną powyżej. Izba nie stwierdziła też

nierównego traktowania wykonawców lub naruszenia między nimi uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego § 28 ust. 5 wzoru umowy i żądania jego zmiany, Izba uznała, iż żądanie to jest nadmierne, natomiast nie stwierdziła naruszenia wskazanego przez Odwołującego przepisu.

Zgodnie z § 28 ust. 5 „W przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających Zamawiającego do rozwiązania Umowy, o których mowa w ust. 2 pkt 5, 6, 7, ust. 3 i 4 powyżej, Wykonawca może żądać od Zamawiającego zapłaty kwoty stanowiącej równowartość niezamortyzowanej części inwestycji poczynionych przez Wykonawcę wyłącznie na potrzeby realizacji Umowy. W razie sporu między Stronami dotyczącego ustalenia sposobu wyliczenia i wysokości kwoty należnej Wykonawcy oraz jej rozliczenia zgodnie z postanowieniami niniejszego ustępu, stosuje się odpowiednio tryb określony w § 8 ust. 3 Umowy.” Przy tym modyfikacją z 15 lutego 2010 r. cały § 8 oraz § 28 ust. 3 został usunięty, natomiast ust. 2 pkt 5, 6, 7 mają treść: „Zamawiający może rozwiązać Umowę przy zachowaniu 3 (słownie: trzy) miesięcznego okresu wypowiedzenia w całości bądź części ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, jeżeli: (...) 5) utraty ważności, wygaśnięcia lub uchylecia Decyzji Rezerwacyjnej z zastrzeżeniem, że: a) za chwilę utraty ważności, wygaśnięcia lub uchylecia Decyzji Rezerwacyjnej uważa się chwilę, z którą Zamawiający w sposób definitywny stracił prawo do korzystania z przyznanej mu częstotliwości MUX3 i nie istnieją żadnego rodzaju środki prawne o charakterze odwoławczym pozwalające przywrócić byt prawny Decyzji Rezerwacyjnej, b) za utratę ważności, wygaśnięcia lub uchylecia Decyzji Rezerwacyjnej nie uważa się przypadku, gdy Zamawiający otrzyma nową decyzję rezerwacyjną na MUX3 umożliwiającą kontynuowanie Umowy, 6) Decyzja Rezerwacyjna została zmieniona w sposób uniemożliwiający świadczenie przez Wykonawcę Usług na warunkach określonych w Umowie, 7) dalsze wykonywanie Umowy przez Strony jest niemożliwe lub nadmiernie utrudnione z powodu zmiany przepisów prawa. Z powyższych postanowień wynika, iż nie dotyczą one sytuacji, w których rozwiązanie umowy nie wynika z winy Zamawiającego lub okoliczności od

niego zależnych, zatem ponoszenie przez niego kosztów związanych z wynagrodzeniem wykonawcy wydaje się być dla niego nadmiernie krzywdzące. Warto też przywołać i porównać te postanowienia z przepisem art. 145 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, jeśli wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym i zamawiający od niej odstąpi, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Poza tym, jak już stwierdzono powyżej, niniejsze postanowienie ani nie reguluje całości odpowiedzialności związanej z wyrządzeniem szkody i odszkodowaniem, ani nie pozostaje w oderwaniu od kodeksu cywilnego i systemu prawa cywilnego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....