

Klauzulę wykonalności nadano  
w dniu 19.03.2019 r. pkt I b. i II  
na wniosek pełn. wierz. /K.565 /

r.pr. A. M.

Na zarządzenie Sędziego  
z up. Kierownika Sekretariatu

Starszy Sekretarz Sądowy

Jolanta Guzowska-Dereń

Sygn. akt I ACa 407/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 stycznia 2019 roku

**Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny**

**w składzie:**

Przewodniczący: SSA Krzysztof Górski (spr.)

sędziowie: SSA Agnieszka Sołtyka

SSA Artur Kowalewski

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Karolina Ernest

po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2019 roku w Szczecinie na rozprawie

**sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.**

**przeciwko Związkowi (...) z siedzibą w K.**

**o ustalenie**

**na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 12 kwietnia 2018 r.  
sygn. akt I C 133/17;**

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

a. **w punkcie 1. ustala, że umowa nr (...) z dnia 19 grudnia 2013 roku zawarta między powodem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S. a pozwanym Związkiem (...) z siedzibą w K. wygasła z końcem dnia 19 sierpnia 2016 w zakresie, w jakim powód miał obowiązek świadczyć usługi dostawy łącza internetowego do gospodarstw domowych objętych wsparciem oraz do jednostek podległych – koordynacyjnych, przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego, w związku z upływem terminu realizacji tego świadczenia;**

**b. w punkcie 2. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 12.557 zł (dwunastu tysięcy pięciuset pięćdziesięciu siedmiu złotych) tytułem kosztów procesu;**

**II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.190 zł (jedenastu tysięcy stu dziewięćdziesięciu złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.**

**Agnieszka Sołtyka Krzysztof Górski Artur Kowalewski**

Sygn. akt I ACa 407/18

## UZASADNIENIE

Powódka (...) Sp. z o.o. w S. złożyła pozew o ustalenie, że umowa nr (...) z dnia 19 grudnia 2013 r., którą zawarła z pozwanym Związkiem (...) wygasła z dniem 19 sierpnia 2016 r. w zakresie, w jakim powód miał obowiązek świadczyć usługi dostawy łącza internetowego do gospodarstw domowych, objętych wsparciem oraz jednostek podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego w związku z upływem terminu realizacji tego świadczenia. Powódka wniosła ewentualnie o ustalenie, że powyższa umowa wygasła w innym terminie. Ponadto domagała się zasądzenia od pozwanego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu wskazała, że pozwany w 2013 r. wszczął postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia na „Kompleksową dostawę i instalację komputerów oraz przeprowadzanie szkoleń w ramach projektu przeciwdziałającego wykluczeniu cyfrowemu na terenie dorzecza P.”, które było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zaś zamówienie miało być udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. Podniosła także, że przedmiot zamówienia obejmował dostawę fabrycznie nowych komputerów i usług w ramach, których miała być realizowana dostawa łącza internetowego do gospodarstw domowych objętych wsparciem – 227 sztuk oraz dostawa łącza internetowego do jednostek podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego – 176 sztuk. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia miał zostać określony w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz w projekcie umowy. Powódka wskazała, że zgodnie z pkt. III.10.1. SIWZ zamawiający przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających do 20% wartości udzielonego zamówienia, zaś zgodnie z pkt. IV SWIZ termin wykonania zamówienia wynosił 120 dni od podpisania umowy, który uległ wydłużeniu do 150 dni. Harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia miał stanowić natomiast załącznik do SWIZ. Powódka podkreśliła, że zgodnie z treścią pkt. IV SIWZ „Harmonogram uwzględnia prawo opcji”, jednak w spisie załączników do SIWZ brak jest przedmiotowego harmonogramu, gdyż nie został sporządzony. Podniosła także, że występuje on jako załącznik nr 2 do umowy, jednak nie wiadomo, jak miałby on uwzględniać prawo opcji. Zgodnie natomiast z pkt. 8 SIWZ złożenie oferty wyraża stanowczą wolę wykonawcy do zawarcia umowy na warunkach określonych w projekcie umowy, który stanowi załącznik do SIWZ, zaś załącznikiem nr 1 do SIWZ jest szczegółowy opis zamówienia, a przedmiot zamówienia w zakresie dostaw łącza internetowego zawiera pkt. 5 i 6 tego załącznika. Powódka wskazała także, że zgodnie z ppkt. 7 do pkt. 6 i ppkt 6 do pkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ okres świadczenia usługi miał wynosić min. 27 miesięcy. Załącznikiem nr 2 do SIWZ był natomiast projekt umowy, który nie zawierał żadnych regulacji dotyczących prawa opcji. Załącznik nr 3 stanowił, zaś projekt formularza cenowego, gdzie w poszczególnych rubrykach znajdowało się odesłanie do opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie powódki w sposób oderwany od pozostałych dokumentów użyto słowa opcja, nie łącząc go z jakimkolwiek warunkami w specyfikacji w dwóch rubrykach tego projektu formularza. Poza tym wymieniono szereg gmin i miast bez doprecyzowania sposobu obliczenia ceny, jak i wskazania jakiej jednostki miary dotyczy wpisana w poszczególnych rubrykach liczba 60. Powódka wskazała, że jednocześnie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamieszczone zostało ogłoszenie o zamówieniu nr (...), zaś w treści tego ogłoszenia znajdowała się informacja o opcjach, gdzie zamawiający podał do ogłoszenia opis opcji o brzmieniu „Harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia określający terminy zakończenia poszczególnych etapów dostaw i usług, przewidywane płatności (podział na cykle rozliczeniowe) i termin zakończenia wykonywania całego zamówienia stanowi załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Harmonogram uwzględnia prawo opcji (łącza

internetowe dla (...), łącza internetowe dla gospodarstw domowych”. Powódka wskazała, że w toku postępowania przetargowego zamawiającemu zadano szereg pytań m.in. o opcje, gdzie pozwany odpowiadając na pytanie nr 71 pkt. 6 i 7 wyjaśnił, iż pod pojęciem okresu świadczenia usług min. 27 miesięcy, przewiduje świadczenie usługi przez minimum 27 miesięcy, zaś na pytanie 73 wskazał, że skorzystał z prawa opcji w przedmiotowym postępowaniu. Podniosła także, że w zakresie pytania nr 81 zamawiający wskazał, że odbiory częściowe będą się odbywały po zakończeniu prac dotyczących danej części zamówienia podlegającej wycenieniu w formularzu ofertowym oraz, że za świadczenie usług telekomunikacyjnych zamawiający zapłaci za cały okres świadczenia z góry. Powódka podkreśliła, że złożyła ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą i doszło do zawarcia umowy, w której treści brak jest jakichkolwiek informacji na temat opcji. Ponadto załącznik nr 2 do umowy – harmonogram realizacji przedmiotu umowy nie wspomina o opcji, gdyż zgodnie z nim zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia miało nastąpić w dniu 19 maja 2014 r., a dostawa Internetu miała trwać przez 27 miesięcy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i w tym tylko zakresie miało być zrealizowane prawo opcji. Zamawiający natomiast przy zawarciu umowy nie zgłosił opcji na dostawę Internetu na dalszy okres, a w szczególności nie zgłosił zamiaru odbioru Internetu przez okres 60 miesięcy. Umowa została wykonana terminowo. Powódka podkreśliła także, że jako wykonawca zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie 81 wystawiała fakturę obejmującą zbiorczo realizację części przedmiotu zamówienia określonego w pkt. od 4 do 8 załącznika nr 1 do SIWZ- szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zaś pkt. 5 tego załącznika dotyczył dostawy łącza internetowego do gospodarstw domowych, natomiast pkt. 6 dostawy łącza internetowego do jednostek podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego. Mając na uwadze wskazany w załączniku nr 1 do SIWZ okres świadczenia usługi w ramach tej faktury powódka uwzględniła z góry 27 miesiące dostaw Internetu, a faktura wystawiona w tym zakresie została zapłacona przez pozwanego. Powódka wskazała, że pozwany w tym czasie nie wspominał, że chciałby skorzystać z opcji i nie zgłaszał zamiaru wydłużenia tego terminu, jednak pismem z dnia 19 maja 2016 r. stwierdził, że chce skorzystać w oparciu o opcję z oferty świadczenia usługi łącza internetowego dla (...) w 14 instytucjach oraz łącza internetowego dla gospodarstw domowych z 13 instytucji określonych w ofercie w pkt. od 6 do 29 i od 31 do 35. Pozwany nie wskazywał przy tym, co rozumie jako instytucję, jak i zakresu oczekiwanego świadczenia. Powódka podniosła, że odmówiła dostaw Internetu po upływie terminu 27 miesięcy, stwierdzając, że pozwany skorzystał z opcji wskazując pierwotny 27 miesięczny termin tej usługi i że jego ostateczne oświadczenie nie wywołuje żadnych skutków prawnych. W odpowiedzi pozwany stwierdził, że podtrzymuje decyzję o skorzystaniu z oferty świadczenia usługi łącza internetowego. Powódka wskazała jednocześnie, że pozwany straszył ją odpowiedzialnością finansową, zaś ona mając na uwadze zaistniały spór zdecydowała się na kontynuowanie po dniu 19 sierpnia 2017 r. dostarczania Internetu na dotychczasowych zasadach, jako świadczenia bezumownego z prawem domagania się zwrotu jego równowartości. Powódka podkreśliła, iż podsiada interes prawny w powyższym ustaleniu, gdyż pomiędzy stronami postępowania istnieje spór, czy w ramach łączącej strony umowy nr (...) z dniem 19 sierpnia 2016 r. doszło do jej wygaśnięcia w zakresie, jakim powódka miała świadczyć usługę łącza internetowego w związku z upływem terminu, w jakim usługa ta miała być świadczona, czy też umowa w tym zakresie obowiązuje nadal jeszcze przez okres do 60 miesięcy. W ocenie powódki istotne jest także bowiem ustalenie, że nie ma ona już obowiązku świadczenia na rzecz pozwanego w tym zakresie, gdyż jakiegokolwiek zaprzestanie świadczenia w trakcie obowiązywania umowy może wiązać się z dotkliwymi dla powoda karami i odszkodowaniem wynikającym z treści §7 ust. 1, 4 i 5 umowy nr (...). Powódka zaznaczyła, że w jej interesie jest ustalenie wygaśnięcia powyższej umowy w każdej innej dacie, gdyż także w tym przypadku zostanie rozstrzygnięte, czy i na jaki okres spoczywał będzie na niej obowiązek świadczenia przedmiotowych usług w ramach tej umowy. Podkreśliła, że umowa zawarta pomiędzy stronami finalnie nie zawierała żadnych regulacji prawnych dotyczących prawa opcji, z której skorzystać miałby pozwany. W ocenie powódki, aby prawo opcji było skutecznie ustanowione w relacji pomiędzy zamawiającym a oferentem powinno ono zostać określone i zdefiniowane przez zamawiającego jeszcze przed wszczęciem postępowania przetargowego w sposób jasny i jednoznaczny i winno być ono wyrażone w dokumentacji przetargowej wszędzie tam, gdzie znajduje się opis przedmiotu zamówienia ze wskazaniem również warunków pod jakimi zamawiający z prawa opcji może skorzystać. Braki w tym zakresie należy uznać albo jako braki w ogóle uregulowania opcji przez zamawiającego, albo przynajmniej jako nieważność opcji z uwagi na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 58 §1 i 3 k.c. Przed rozpoczęciem procedury przetargowej pozwany nie określił ani przedmiotu opcji, ani jej zakresu, jak i warunków skorzystania z prawa opcji. Powódka podniosła, że jeżeli nie sporządzono harmonogramu, to nie mógł on uwzględniać prawa opcji. Ponadto także w ogłoszeniu o zamówieniu mowa była o tym, że harmonogram

realizacji przedmiotu zamówienia określający terminy zakończenia poszczególnych etapów dostaw i usług oraz podział płatności uwzględnia także prawo opcji, a ogłoszenie to potwierdza, że opcja miała dotyczyć łącz internetowych dla (...) i łącz internetowych dla gospodarstw domowych, jednak uzależniła byt tych opcji od jej wyrażenia w harmonogramie realizacji przedmiotu zamówienia, który nigdy nie powstał. Natomiast załącznik nr 2 do umowy pt. „Harmonogram realizacji przedmiotu umowy” obejmuje wyłącznie okres od dnia 19 maja 2014 r. i nie obejmuje okresu świadczenia łącz internetowych. W ocenie powódki, jeżeli zamawiający tego załącznika nie sporządził, to należy uznać, że takie zaniechanie było równoznaczne z podjęciem decyzji o braku zamiaru skorzystania z prawa opcji i w konsekwencji zawarta przez strony w późniejszym terminie umowa wyłącza możliwość skorzystania z prawa opcji przez pozwanego. Powódka podniosła, że w takim kontekście należy odczytywać okres świadczenia usługi zapewnienia łącz internetowych, gdyż twierdzenie, że usługa ma trwać minimum 27 miesięcy nie jest równoznaczne z tym, że o wydłużeniu tego terminu może decydować jednostronnie wyłącznie pozwany. Jeśli pozwany nie dochował wymogu sporządzenia harmonogramu rzeczowo - finansowego jako załącznika do SIWZ, a następnie gdy został sporządzony harmonogram realizacji przedmiotu umowy jako załącznik nr 2 do umowy nie zadbał o to, żeby w nim znajdowała się jakakolwiek wzmianka o opcji, to w tej sytuacji powyższe wyrażenie minimum 27 miesięcy należy rozumieć także w kontekście odpowiedzi na pytanie nr 71 jako deklarację, że wyłącznie za zgodą obu stron termin ten może być wydłużony, a jeżeli powódka nigdy nie wyraziła na to zgody, to po 27 miesiącach świadczenia usługi zapewnienia łącz internetowych w tym zakresie umowa została w całości zrealizowana i wygasła. Powódka podkreśliła również, że na okoliczność rezygnacji przez pozwanego z prawa opcji wskazują także jego oświadczenia stanowiące odpowiedzi na zadawane mu pytania w toku przetargu. Pozwany bowiem odpowiadając na pytanie nr 73 odpowiedział, że skorzystał z prawa opcji i w odniesieniu do pozostałych okoliczności użycie czasu przeszłego należy interpretować jako odstąpienie od możliwości skorzystania w przyszłości przez niego z opcji. W ocenie powódki znaczenie ma także odpowiedź na pytanie 81, z której wynika, że za świadczenie usług telekomunikacyjnych pozwany zapłacił za cały okres świadczenia z góry. Gdyby pozwany w dacie zawarcia umowy zamierzał skorzystać z prawa opcji, to powinien był to zakomunikować najpóźniej przed przystąpieniem do świadczenia usługi dostawy, czyli najpóźniej przed dniem 19 kwietnia 2014 r. Już wtedy bowiem powinien wskazać przez jaki okres mają być świadczone usługi, tak aby wykonawca mógł wystawić fakturę za cały okres, a pozwany uiścić zapłatę. W tym przypadku przed przystąpieniem do świadczenia usług strony potwierdziły, że świadczenie usług internetowych ma się odbywać przez okres 27 miesięcy i za taki okres została wystawiona faktura. Późniejsze natomiast jednostronne oświadczenie pozwanego o rzekomym zamiarze skorzystania z prawa opcji nie może w świetle jego odpowiedzi na pytanie 81 wywoływać żadnych skutków prawnych. Przedmiot tego prawa nie został przy tym określony w żadnym z podstawowych dokumentów, a jedynym dokumentem, który zawiera wzmiankę o opcjach w kontekście ceny za usługę jest formularz cenowy, z którego nie wynika jednak co w kontekście opcji oznacza jednostkowa cena ryczałtowa, jak i czy jest to cena za wszystkie łącza w danej lokalizacji, czy też cena za poszczególne przyłącze w danym rejonie. Nie określono przy tym, co jest jednostką miary pod pozycją ilość w tej tabeli, brak jest także informacji ile łącz internetowych w określonej lokalizacji ma być zapewnione przez wykonawcę. W ocenie powódki taki sposób zredagowania formularza cenowego, przy jednoczesnym braku precyzyjnych reguł dotyczących opcji w umowie i SIWZ, stanowi istotne naruszenie art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych. W zakresie natomiast opcji mamy czynność sprzeczną z prawem, a umowa w zakresie jakim miałyby regulować opcję jest nieważna. Powódka podniosła, że pozwany jako autor dokumentacji przetargowej nie może wywodzić żadnych pozytywnych dla siebie skutków prawnych z faktu, że sporządzona przez niego dokumentacja przetargowa jest sformułowana w taki sposób, że rodzi uzasadnione wątpliwości interpretacyjne, jak i rozstrzygnąć na jego korzyść niejasności językowych tekstu SIWZ, jego załączników, wzorca umowy, jak i umowy zawartej w oparciu o ten o ten wzorzec. W ocenie powódki pozwany nie dopełnił żadnych elementarnych obowiązków niezbędnych do tego, żeby zapewnić sobie w pierwszej kolejności możliwość wprowadzenia do umowy opcji wydłużenia okresu świadczenia na jego rzecz usług internetowych przez powoda, a następnie z możliwości skorzystania z tej opcji, a w szczególności nie umieścił w umowie regulacji dotyczącej opcji, nie sporządził harmonogramu realizacji przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik do SIWZ, w którym rzekomo miała zostać ujęta opcja, nie uwzględnił opcji w harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, nie złożył oświadczenia o zamiarze skorzystania z prawa opcji jeszcze przed rozpoczęciem przez powódkę świadczenia usług dostawy łącz internetowych, nie sprecyzował zakresu

przedmiotowego, podmiotowego i czasowo opcji oraz nie udzielił jasnych i wyczerpujących odpowiedzi na pytania dotyczące opcji, zadawane w toku postępowania przetargowego przez oferentów.

Pozwany w odpowiedzi na pozew, domagał się oddalenia powództwa w całości. Wskazał, że zostało przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na kompleksowej dostawie i instalacji komputerów oraz łącz internetowych, stworzeniu portalu informacyjnego, przeprowadzeniu szkoleń, ubezpieczeniu sprzętu i monitoringu sieci itp. w ramach projektu przeciwdziałającemu wykluczeniu cyfrowemu na terenie dorzecza P. w wyniku, którego strony zawarły umowę nr (...) z dnia 19 grudnia 2013 r. Przedmiot zamówienia realizowany był w ramach projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie gmin zrzeszonych w Związku (...) współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach działania 8.3. „Przeciwdziałanie wykluczeniu informatycznemu – e-Inclusion” osi priorytetowej 8. „Społeczeństwo Informacyjne – zwiększenie innowacyjności gospodarki” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 oraz ze środków budżetu państwa”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało z zastosowaniem prawa opcji, o którym mowa w przepisach art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie w aktualnym stanie prawnym prawo opcji regulowane jest tak że przepisami art. 135 ust. 6 a pkt. 2 w/w ustawy. Pozwany podniósł, że powódka pomija okoliczność uwzględnienia opcji przez nią w swojej ofercie cenowej. Przewidziane przez pozwanego opcje zostały bowiem wycenione przez powódkę i stanowiły jedną ze składowych całkowitej ceny zaoferowanej przez nią, a następnie przyjętej do umowy jako wynagrodzenie. Zastrzeżone przez pozwanego opcje dotyczyły dostawy łącza internetowego dla jednostek podległych koordynacyjnym przeciwdziałającym problemowi wykluczenia cyfrowego oraz dla gospodarstw domowych objętych wsparciem. Pozwany podkreślił, iż zastrzeżenie tych opcji wynikało z konieczności zapewnienia trwałości projektu w zakresie dostaw łącza internetowego oraz zabezpieczeniu interesów podmiotów objętych wsparciem, którego trwałość polegała na tym, że w okresie 5 lat od zakończenia projektu konieczne jest utrzymanie efektów dofinansowania i nie może być on poddany zasadniczym modyfikacjom. W ocenie pozwanego prawo opcji należy definiować jako przyznanie zamawiającemu uprawnienia do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, a zwłaszcza do jego rozszerzenia. Natomiast wykonawcy nie przysługuje prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeśli zamawiający nie skorzysta ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. W ocenie pozwanego moment podjęcia decyzji o skorzystaniu z zastrzeżonej opcji nie ma żadnego znaczenia dla zakresu świadczenia potencjalnego wykonawcy, który składając ofertę zobowiązał się wykonać zamówienie uwzględniając opcję, niezależnie od tego, w którym momencie wykonania umowy zamawiający skorzysta z tego prawa. Podkreślił, iż stanowiłoby to sprzeczność z istotą prawa opcji, z którego skorzystać można dopiero po udzieleniu zamówienia, tj. w okresie trwania zobowiązania. Zatem twierdzenie, że pozwany winien wyrazić wolę skorzystania z opcji przed przystąpieniem do świadczenia usługi dostawy łącza internetowego w ocenie pozwanego nie jest słuszne. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do umowy, oferta powódki złożona w przetargu, której formularz stanowił jednocześnie załącznik do SIWZ jako opcjonalną ilość dostawy łącza internetowego dla jednostek podległych – koordynacyjnych oraz gospodarstw domowych objętych wsparciem obejmowała okres 60 miesięcy. Pozwany wypełniając formularz wskazał cenę jednostki zł/miesiąc oraz wartość stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej i ilości miesięcy dla danej usługi. W ocenie pozwanego tym samym nieuzasadnione jest twierdzenie, że nie określono przedmiotu opcji, czy jej zakresu. Opracowany przez pozwanego wzór formularza ofertowego oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób klarowny wskazuje na czym ma polegać opcjonalny zakres zamówienia. W zakresie podnoszonych przez powódkę okoliczności co do formularza cenowego pozwany wskazał, że oczywistym jest, że jednostkowa cena ryczałtowa, czy jednostka miary pod pozycją ilość dotyczy danej jednostki samorządu terytorialnego czy miasta obejmuje dostarczenie wszystkich łączy internetowych w danej jednostce lub mieście, a nie dostarczenie jednego łącza w tej jednostce lub mieście. Pozwany bowiem zobowiązany był do dostarczenia łącza internetowego do wielu lokalizacji w danej jednostce czy mieście, co szczegółowo podano w pkt. 5 i 7 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze okoliczność, że cena zaoferowana w formularzu ofertowym przez pozwanego miała być ceną za realizację całego przedmiotu zamówienia oczywistym jest, że cena ta miała obejmować dostarczenie łączy do wszystkich lokalizacji w danej jednostce samorządu terytorialnego czy mieście określonych w pkt. 5 i 7 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Skoro jednostką miary jednego

czynnika jednostką ryczałtową brutto jest zł/miesiąc, zaś iloczynem wartość jest zł brutto, to jednostką miary drugiego czynnika - ilość - jest miesiąc. Powódka uzupełniając formularz cenowy nie miała żadnych wątpliwości w tym zakresie, gdyż bezbłędnie ustaliła wyniki mnożenia we wszystkich wierszach tabeli formularza cenowego. Ponadto w trakcie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia dochodziło do spotkań, w trakcie których przedstawiciele powódki potwierdzili, że zaoferowana przez nią cena obejmuje również zakres określony zastrzeżonymi opcjami. Z przekazanych wówczas informacji wynikało także, że powódka zdobyła w konkursie urządzonym przez Urząd Komunikacji Elektronicznej koncesję na częstotliwość pozwalającą na bezprzewodowe dostarczanie Internetu i aby ją utrzymać w przyszłości musiała wskazać odpowiednią ilość osób podłączonych do tej sieci. Powódka otrzymała dofinansowanie z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) 2007-2013 na budowę w/w sieci. Powodowało to, że koszt dostawy łącza internetowego był dla powódki kosztem znikomym i dlatego zaproponowano stawki dostawy łącza internetowych w wysokości wskazanej w ofercie powódki. Powódka zatem prawidłowo wyceniała swoją ofertę. Pozwany podniósł, że opcjonalny poszerzony okres dostawy łącza internetowego jest odrębny dla okresu świadczenia dostawy łącza internetowego przez 27 miesięcy określonego w pkt. 5 i 6 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z pkt. XII ppkt. 1 SIWZ wykonawca obowiązany był do podania w ofercie ceny brutto będącej łączną ceną brutto za wykonanie wszystkich elementów określonych w formularzu cenowym. Usługa dostawy łącza internetowego dla jednostek (...) oraz dla gospodarstw domowych przez okres 27 miesięcy obligatoryjnego świadczenia w/w usługi została wyceniona odrębnie od świadczenia usługi dostawy łącza internetowego dla jednostek (...) oraz dla gospodarstw domowych przez okres 60 miesięcy opcjonalnego świadczenia tej usługi. W takiej sytuacji uznać należało, że po okresie 27 miesięcy świadczenia przedmiotowej dostawy, co do którego w momencie zawarcia umowy istniała pewność, że świadczenie dostawy będzie wymagane od powódki, rozpoczyna się okres, w którym pozwany może wymagać świadczenia tej dostawy. Koresponduje z tym treść odpowiedzi pozwanego na pytanie nr 71 pkt. 6, gdzie pozwany wyjaśnił, że przewiduje świadczenie usługi przez minimum 27 miesięcy oraz treść pkt. 5 i 7 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie jako okres świadczenia usługi podano minimum 27 miesięcy, co oznacza, że usługa ta może być wykonywana dłużej, o ile pozwany skorzysta z przewidzianych opcji. W ocenie pozwanego chybione jest twierdzenie, że zrezygnował z opcji w sytuacji, gdy warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia było uzupełnienie formularza cenowego z uwzględnieniem wykonywania opcji i gdy o wyniku tego postępowania decydowała całkowita cena oferty, na którą składały się także ceny cząstkowe zaoferowane przez danego wykonawcę za wykonanie opcji. Pozwany podkreślił także, że umowa przewidywała minimalny okres 27 miesięcy świadczenia dostawy łącza internetowego, a prawo opcji w przypadku kiedy zamawiający przewidzi taką ewentualność w warunkach przetargowych może zakładać także zmianę terminu obowiązywania umowy poprzez jego wydłużenie. Pozwany podkreślił, że istotne zasady wykonywania prawa opcji przy realizacji zamówienia w postaci okresu, w którym można żądać wykonywania opcjonalnej dostawy zostały przewidziane, jak i możliwość przedłużenia obowiązywania umowy w zakresie świadczenia dostawy łącza internetowego o 60 miesięcy w przypadku skorzystania z zastrzeżonych opcji. Samo natomiast skorzystanie z prawa opcji na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego zależy od woli zamawiającego i nie są konieczne dla okazania tej woli żadne szczególne procedury lub warunki. Pozwany podniósł, iż wszystkie ewentualne wątpliwości można usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli. Ponadto zawarta umowa zawiera postanowienia, które modyfikują interpretację takich ewentualnych wątpliwości. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 4 umowy wykonawca oświadczył, że uwzględni w cenie oferty wszystkie posiadane informacje w przedmiocie zamówienia, zaś w razie sprzeczności pomiędzy informacjami co do zakresu zamówienia przyjmuje się, że wykonawca uwzględnił w cenie oferty najszerszy możliwy zakres wynikający z jakiegokolwiek udostępnianego dokumentu, w tym odpowiedzi na pytania i zmian treści SIWZ. Przedmiotowe prawo opcji zostało zatem zastrzeżone przez pozwanego skutecznie. Pozwany podniósł, że od sierpnia 2016 r. łączna wartość kwot brutto udokumentowanych fakturami wystawionymi przez powódkę, a jednocześnie łączna wartość wynagrodzenia uiszczonego przez pozwanego w ramach wykonania umowy wyniosła 7.089.000,00 zł, co stanowi całkowite wynagrodzenie bez wynagrodzenia przewidzianego za wykonanie opcjonalnych dostaw w łącznej kwocie 142.800,00 zł. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że strony miały pełną świadomość, że zapłata wynagrodzenia przewidzianego za opcjonalne dostawy może nastąpić dopiero po ewentualnym skorzystaniu z prawa opcji przez pozwanego. Świadczy to o tym, że odpowiedź zamawiającego na pytanie 81 o terminach zapłaty za świadczenie usług dotyczyły wyłącznie okresu 27 miesięcy, co do którego w momencie zawarcia umowy istniała pewność, że świadczenie dostawy będzie wymagane od powódki. W innym bowiem przypadku powódka

żądały zapłaty całego wynagrodzenia przewidzianego umową i wystawiały faktury na łączną wartość całkowitego wynagrodzenia. Pozwany zaznaczył, że pismem z dnia 19 maja 2016 r., tj. w okresie, w którym był uprawniony do zażądania wykonywania opcjonalnej dostawy wyraził powódce w sposób jasny wolę skorzystania z opcji świadczenia usługi łącza internetowego dla (...) w 14 instytucjach oraz łącza internetowego dla gospodarstw domowych w 13 jednostkach samorządu terytorialnego określonych w formularzu ofertowym w pkt. 6 do 29 i od 31 do 35, a więc z wyłączeniem jedynie gospodarstw domowych w powiecie Ś., do czego był także uprawniony, gdyż nie istniał obowiązek wykorzystania 100% zastrzeżonych opcji. W odpowiedzi na powyższe powódka wskazała, że jest skłonna kontynuować dostawę Internetu po lipcu 2016 r. na podstawie nowej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Pozwany podniósł także, że doszło do spotkania przedstawicieli stron, na którym powódka wskazała, że świadczenie dostaw objętych opcjami jest dla niej nieopłacalne z ekonomicznego punktu widzenia i domagała się wyższego wynagrodzenia. Pozwany nie wyraził na to zgody ze względu na fakt, że jako jednostka sektora finansów publicznych związany był przepisami o zamówieniach publicznych także w zakresie możliwości zmiany zawartej umowy. Podkreślił, że odebrał powyższe jako zapowiedź zaniechania wykonywania przedmiotu umowy, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r. Powódka natomiast podtrzymała swoje stanowisko z zastrzeżeniem, że świadczenie usług telekomunikacyjnych od dnia 19 sierpnia 2016 r. traktuje jako bezumowne i zastrzega dochodzenie należności za nie na podstawie przepisów k.c. o bezpodstawnym wzbogaceniu. Ponadto w dniu 1 września 2016 r. powód wystąpił do pozwanego z wezwaniem do zapłaty kwoty 14.043,92 zł za wykonanie świadczenia w okresie od 19 do 31 sierpnia 2016 r. Kwota ta została według powódki wyliczona w oparciu o ustalone dowolnie aktualne ceny rynkowe i w przypadku braku zapłaty powyższej kwoty, zapowiedziała skierowanie sprawy na drogę postępowania sądowego załączając do wezwania fakturę z dnia 31 sierpnia 2016 r. Pozwany wskazał, iż podtrzymał stanowisko oraz odmówił zapłaty wobec faktu, iż wystawiona faktura nie spełniała warunków określonych w umowie i wezwał powódkę do odpowiedniego skorygowania. Powódka nie dokonała korekty faktury i tym samym pozwany wystawił notę korygującą nr (...), w której skorygował termin zapłaty zgodnie z treścią umowy oraz zapłacił powódce na podstawie w/w faktury kwotę 968,72 zł, tj. według stawek z oferty. Pozwany wskazał, że powódka wystawiła dalsze faktury, zaś on do powyższych faktur wystawił noty korygujące i dokonał zapłaty powyższych faktur do wysokości wynagrodzenia za świadczenie opcjonalnych dostaw także według stawek z oferty, na co zwracał uwagę powódce pismami z dnia 23 listopada 2016 r. i 10 stycznia 2017 r. Pozwany podkreślił, iż skorzystał z zastrzeżonego prawa opcji, a powódka zobowiązana jest na podstawie umowy do dalszego świadczenia usługi dostarczenia łącza internetowego dla (...) i gospodarstw domowych na terenie wskazanym przez pozwanego maksymalnie w terminie 60 miesięcy, licząc od dnia 19 sierpnia 2016 r. Pozwany wskazał także, że ewentualne żądanie pozwu nie określa dokładnie żądania oraz nie wskazuje w jakikolwiek sposób terminu, w którym umowa miałaby wygasnąć. Takie sformułowanie żądania pozwala na przyjęcie, iż powódka żąda ustalenia dowolnego terminu wygaśnięcia umowy. Ponadto w ocenie pozwanego żądanie pozwu jest bezzasadne także z uwagi na brak interesu prawnego powódki w żądaniu ustalenia przez sąd wygaśnięcia umowy. W jego ocenie nie ma interesu prawnego ten, kto może poszukiwać ochrony prawnej w drodze powództwa o zasądzenie świadczenia, a podnoszony przez powódkę stan niepewności może być usunięty w drodze powództwa o zapłatę za świadczenie usług telekomunikacyjnych od dnia, w którym według jego oceny umowa przestała wiązać strony. Z uwagi na wystawienie wielu faktur, powódka jest w stanie podjąć próbę dochodzenia zapłaty za świadczenie przedmiotowych usług i jest w stanie określić wartość żądania zapłaty i tym samym uwzględnić niniejszego powództwa, w ocenie pozwanego, zapewni jej mniejszą ochronę prawną, niż żądanie zapłaty.

W toku dalszego postępowania stanowiska stron nie uległy zmianie.

Wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2018 roku Sąd Okręgowy oddalił powództwo. Rozstrzygnięcie to oparto o następującą podstawę faktyczną:

Związek (...) w K. w 2013 r. prowadził postępowanie w ramach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiot zamówienia realizowany był w ramach projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie gmin zrzeszonych w Związku (...)współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach działania 8.3. „Przeciwdziałanie wykluczeniu informatycznemu – e-Inclusion” osi priorytetowej 8. „Społeczeństwo Informatyczne

– zwiększenie innowacyjności gospodarki” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 oraz ze środków budżetu państwa”. Obejmował on dostawę fabrycznie nowych komputerów i usług, a w ramach tego zakup komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowaniem biurowym, oprogramowaniem antywirusowym (gospodarstwa objęte wsparciem) – 227 sztuk, modernizację sprzętu teleinformatycznego (gospodarstwa domowe objęte wsparciem) - 227 sztuk, zakup komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowaniem biurowym, oprogramowaniem antywirusowym (w jednostkach podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego)-810 sztuk, modernizację sprzętu teleinformatycznego (w jednostkach podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego)-810 sztuk, zakup drukarek (dla jednostek podległych - koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego) – 177 sztuk, wydatki na pokrycie kosztów prac instalacyjnych, konfiguracyjnych i optymalizacyjnych w 133 jednostkach podległych - koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego, dostawę łącza internetowego do gospodarstw domowych objętych wsparciem – 227 sztuk, dostawę łącza internetowego do jednostek podległych - koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego- 176 sztuk, wydatki na opiekę posprzedażową sprzętu i oprogramowania (serwis sprzętu komputerowego)-1037 komputerów, stworzenie portalu informacyjnego dotyczącego projektu – 1 sztuka, przeprowadzanie szkoleń (wynagrodzenie dla prowadzących) – 176 szkoleń po 5 godzin zegarowych każde, wynajmem sali (zwrot kosztów energii, ogrzewania, sprzątnia itp.) - 176 sztuk, materiały szkoleniowe – 2640 sztuk, koszty ubezpieczenia sprzętu komputerowego – 1037 sztuk, system monitoringu sieci i użytkowników, w tym oprogramowanie systemu monitoringu sieci i użytkowników, Serwer blade, Enhanced cooling module, macierz, napęd taśmowy, wkładki, system wirtualizacji, UTM, wykonanie 178 tablic informacyjnych i tabliczek/naklejek na sprzęt komputerowy zgodnych w treści i formie z wytycznymi wskazanemu w przewodniku w zakresie promocji projektów finansowanych w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 dla beneficjentów i instytucji zaangażowanych w wdrażanie programu. Wskazano także, że wykonawca obowiązany będzie umieścić w każdym dostarczonym sprzęcie komputerowym i urządzeniu podłączonym do sieci oznakowania uniemożliwiającego jego usunięcie przez użytkowników i informującego o dofinansowaniu ze środków Unii Europejskiej zgodnie z przewodnikiem w zakresie promocji projektów finansowych w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 dla beneficjentów i instytucji zaangażowanych we wdrażanie programu. Zamawiający przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających do 20% wartości udzielonego zamówienia. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz w projekcie umowy, które stanowiły załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Terminy zakończenia poszczególnych etapów dostaw i usług, przewidywane płatności i termin zakończenia wykonania całego zamówienia przewidywał harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik do SIWZ. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało z zastosowaniem prawa opcji, o którym mowa w przepisach art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastrzeżenie tych opcji wynikało z konieczności zapewnienia trwałości projektu w zakresie dostaw łącza internetowego oraz zabezpieczeniu interesów podmiotów objętych wsparciem, którego trwałość polegała na tym, że w okresie 5 lat od zakończenia projektu konieczne jest utrzymanie efektów dofinansowania i nie może być on poddany zasadniczym modyfikacjom.

W ogłoszeniu o zamówieniu zawartym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z 2013 r. wskazano opis i zakres zamówienia oraz zawarto informację, że zamówienie przewiduje opcje, zaś przy opisie opcji wskazano, że „Harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia, określający terminy zakończenia poszczególnych etapów dostaw i usług, przewidywane płatności i termin zakończenia wykonania całego zamówienia, stanowi załącznik do SIWZ oraz wskazano, że uwzględnia on prawo opcji (łącza internetowe dla (...), łącza internetowe dla gospodarstw domowych). Wskazano także, że należności wynikające z faktur VAT będą płatne w terminie 30 dni od daty wystawienia prawidłowej faktury. Głównym miejscem i lokalizacją robót, dostawy lub świadczenia usług były gminy K., B., T., G., K., S., B., B., Ś., R., P., S., R. i D..

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że powyższy harmonogram uwzględnia prawo opcji. Ponadto, że wykonawca jest zobowiązany podać w ofercie cenę brutto, będącą łączną ceną brutto za wykonanie wszystkich elementów określonych w formularzu cenowym, uwzględniającą podatek VAT w stawce właściwej na dzień złożenia oferty. Cena oferty stanowić miała natomiast ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie



przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru prac i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, które winny być uwzględnione w cenie oferty. Podstawą wyliczenia ceny ofertowej była jego własna kalkulacja, oparta na rachunku ekonomicznym. Cena ofertowa miała obejmować wszystkie prace i czynności niezbędne do prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia. Wskazano jednocześnie, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza miał obowiązek na wezwanie zamawiającego przedstawić przed podpisaniem umowy kosztorys ofertowy i harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia. Za ofertę najkorzystniejszą wskazano, że zostanie uznana oferta zawierająca najniższą cenę brutto.

Załącznikiem nr 1 do powyższej specyfikacji był szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, który zawierał szczegółowy zakres odnoszący się do zakupu komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowaniem biurowym, oprogramowaniem antywirusowym oraz modernizację sprzętu teleinformatycznego, zakup drukarek dla jednostek podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego, szczegółowe zestawienie prac instalacyjnych, konfiguracyjnych i optymalizacyjnych, dostawę łącza internetowego do gospodarstw domowych objętych wsparciem, gdzie określono m.in. okres świadczenia tej usługi przez minimum 27 miesięcy oraz zestawienie ilości dostaw Internetu, dostawę łącza internetowego dla jednostek podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego, gdzie także określono zakres świadczenia usługi przez minimum 27 miesięcy, dostawa łącza internetowego do jednostek podległych- koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego, portal informacyjny oraz wymagania dotyczące szkoleń., ubezpieczenie, system monitoringu sieci i użytkowników, usługi Helpdesk, serwis, gwarancja i rękojmia oraz dodatkowe wymagania. Określono w nim także poszczególne podmioty gminę lub powiat i w ramach każdego z nich szczegółową lokalizację podmiotów i odpowiadającą im ilość komputerów.

Załącznik nr 2 do powyższej specyfikacji stanowił natomiast projekt umowy, załącznik nr 3 wzór oferty wraz z formularzem cenowym, gdzie wskazano w nim w zakresie pkt. od 7 do 35 jako nazwę elementu gminy i powiaty objęty zakresem ogłoszenia o przetargu, ilość 60 oraz zawarto rubryki o jednostkowej cenie ryczałtowej zł brutto i wartość brutto, załącznik nr 4 wzór wykazu wykonanych, a w przypadku świadczonych okresowo lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wzór oświadczenia wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia, wzór oświadczenia wykonawcy o braku przynależności do grupy kapitałowej lub oświadczenia wykonawcy o przynależności go grupy kapitałowej oraz wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom.

W treści pisma z dnia 10 września 2013 r., z dnia 13 września 2013 r. oraz z dnia 27 września 2013 r. pozwany w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach powyższego zadania przekazał treść zapytań od wykonawców i swoje wyjaśnienia w tym zakresie. Powódka zwróciła się do Związku (...) m.in. z zapytaniem nr 71 o wyjaśnienie co zamawiający rozumie pod pojęciem okres świadczenia usługi minimum 27 miesięcy i udzielenie precyzyjnej odpowiedzi w jakim okresie ma być świadczona usługa internetowa. Pozwany udzielając odpowiedzi w powyższym zakresie w treści pisma z dnia 13 września 2013 r. wskazał, że przewiduje świadczenie usługi przez okres minimum 27 miesięcy. W pytaniu nr 73 powódka domagała się odpowiedzi dlaczego w formularzu ofertowym usługi internetowe są uwzględnione jako opcja oraz zwróciła się o modyfikację i dokładne określenie łączny internetowych x ilość miesięcy i mając to na uwadze domagała się odpowiedniej zmiany zapisów SIWZ. W odpowiedzi pozwany wskazał, że skorzystał z prawa opcji w przedmiotowym postępowaniu. Użycie czasu przeszłego stanowiło wynik błędu redakcyjnego, który nie został sprostowany.

Powódka w dniu 3 października 2013 r. złożyła ofertę dotyczącą zamówienia wskazując w jej treści, że stosownie do ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę w wysokości 7.231.800,00 zł brutto uwzględniającą podatek od towarów i usług, stanowiącą łączną cenę brutto za wykonanie wszystkich elementów przedmiotu zamówienia określonych w formularzu cenowym. Powyższa oferta zawierała formularz cenowy, gdzie powódka uwzględniła opcje dokonując ich wyceny, gdzie stanowiły one jedną ze składowych całkowitej zaoferowanej przez nią ceny dostawy łącza internetowego dla jednostek podległych koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego oraz dla gospodarstw domowych objętych wsparciem. W szczególności w formularzu cenowym wskazano, że część przedmiotu zamówienia pkt. 2 do 3 ilość

1 wartość brutto 4.735.906,00 zł, część przedmiotu zamówienia pkt. 4 do 8 ilość 1 wartość brutto 500.000,00 zł, część przedmiotu zamówienia pkt. 9 ilość 1 wartość brutto 512.743,00 zł, część przedmiotu zamówienia pkt. 10 ilość 1 wartość brutto 870.000,00 zł, część przedmiotu zamówienia pkt. 11 do 13 ilość 1 wartość brutto 470.351,00 zł, opcja łącza internetowe dla (...) zł/miesiąc, gdzie jako jednostkową cenę ryczałtową wskazano zł/miesiąc 100 zł i ilość dla każdej poszczególnej gminy (Miasto B., Miasto i Gmina K., Miasto i Gmina T., Gmina G., Gmina K., Powiat S., Miasto i Gmina B., Miasto i Gmina B., Powiat Ś., Gmina R., Miasto i Gmina P., Gmina S., Gmina R., Gmina D.) po 60 miesięcy i wartość brutto dla każdej z nich po 6.000,00 zł, opcja łącza internetowe dla gospodarstw domowych jednostkowa cena ryczałtowa zł/miesiąc 70 zł ilość dla każdej poszczególnej gminy (Miasto B., Miasto i Gmina K., Miasto i Gmina T., Gmina G., Gmina K., Powiat S., Miasto i Gmina B., Miasto i Gmina B., Powiat Ś., Gmina R., Miasto i Gmina P., Gmina S., Gmina R., Gmina D.) po 60 miesięcy i wartość brutto dla każdej z nich po 4.200,00 zł. Powódka składając ofertę oświadczyła, że akceptuje w całości wszystkie warunki zawarte w SIWZ, w tym projekt umowy i nie wnosi do niej zastrzeżeń, zapoznała się z przedmiotem zamówienia oraz zdobyła konieczne informacje do złożenia oferty, uznając je za wystarczającą podstawę do realizacji przedmiotu zamówienia.

Bezpośrednio po składaniu ofert i przeprowadzeniu czynności związanych z oceną zamawiającego, skierowano do każdego z wykonawców, którzy złożyli ofertę zaproszenie do wzięcia udziału w prezentacji, która miała na celu zweryfikowanie, czy oferowany sprzęt spełnia wymagania zamawiającego. Powódka podczas spotkań mających miejsce pomiędzy przedstawicielami stron nie miała wtedy żadnych zastrzeżeń dotyczących opcji. Przedstawiciele powódki potwierdzili, że zaoferowana przez nią cena obejmuje również zakres określony zastrzeżonymi opcjami. Pozwany zastrzegając prawo opcji chciał natomiast zabezpieczyć podstawowe warunki realizacji umowy, co umożliwiło uniknięcie mechanizmu odbicia wykonawcy niższej ceny w późniejszym etapie jej realizacji. Przedstawione w ofercie powódki jednostkowe ceny ryczałtowe w zakresie opcji łącza internetowego dla jednostek podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego ( (...)) i gospodarstw domowych były wyceniane na poziomie zbliżonym do konkurencji tzn. na poziomie rynkowym. Powódka dysponowała możliwością zaproponowania korzystnej ceny, gdyż zdobyła w konkursie urządzonym przez Urząd Komunikacji Elektronicznej koncesję na częstotliwość pozwalającą na bezprzewodowe dostarczanie Internetu oraz otrzymała dofinansowanie z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) 2007-2013 na budowę w/w sieci. Powódka w trakcie postępowania przetargowo nie skorzystała ze środków ochrony prawnej w szczególności z odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odwołania wobec innych czynności.

Oferta powódki z uwagi na okoliczność, iż odpowiadała wszystkim wymaganiom określonym w ustawie oraz SIWZ została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ kryteria wyboru. Pismem z dnia 18 listopada 2013 r. pozwany zawiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego o wyborze najkorzystniejszej oferty nr 2, którą okazała się oferta (...) Sp. z o.o. w S., gdyż uzyskała ona 100% możliwych do uzyskania punktów za kryterium oceny oferty, którym była cena oferty.

W dniu 19 grudnia 2013 r. pomiędzy Związkiem (...) a (...) Sp. z o.o. w S. została zawarta umowa nr (...) na realizację zamówienia publicznego pt. „Kompleksowa dostawa i instalacja komputerów oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu przeciwdziałającemu wykluczeniu cyfrowemu na terenie dorzecza P.”. W oparciu o treść powyższej umowy pozwany zlecił, a powódka zobowiązała się do wykonania dostaw fabrycznie nowych komputerów i usług – zakupu komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowaniem biurowym, oprogramowaniem antywirusowym (gospodarstwa objęte wsparciem) – 227 sztuk, modernizacja sprzętu teleinformatycznego (gospodarstwa objęte wsparciem) – 227 sztuk, zakup komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowaniem biurowym, oprogramowaniem antywirusowym ( w jednostkach podległych – koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego)- 810 sztuk, zakup drukarek dla jednostek podległych – koordynacyjnych dla przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego)-177 sztuk, wydatki na pokrycie kosztów prac instalacyjnych, konfiguracyjnych i optymalizacyjnych w 133 jednostkach podległych- koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego, dostaw łącza internetowego do gospodarstw domowych objętych wsparciem – 227 sztuk, dostawa łącza internetowego do jednostek podległych – koordynacyjnych dla przeciwdziałających

problemowi wykluczenia cyfrowego-176 sztuk, wydatki na opiekę posprzedażową sprzętu i oprogramowania (serwis sprzętu komputerowego)- 1037 komputerów, stworzenie portalu informacyjnego dotyczącego projektu – 1 sztuka, przeprowadzanie szkoleń(wynagrodzenie dla prowadzących)- 176 szkoleń po 5 godzin zegarowych każde, wynajem Sali – 176 sztuk, materiały szkoleniowe 2640 sztuk, koszty ubezpieczenia sprzętu komputerowego -1037 sztuk, system monitoringu sieci i użytkowników, w tym oprogramowanie systemu monitoringu sieci i użytkowników, Server blade, Enhanced cooling module, macierz, napęd taśmowy, wkładki, system wirtualizacji, UTM, wykonanie 178 tablic informacyjnych i tabliczek/naklejek na sprzęt komputerowy. Wskazano jednocześnie, że szczegółowy zakres przedmiotu umowy został opisany w SIWZ oraz szczegółowym opisie przedmiotu umowy stanowiącym odpowiednio załącznik nr 1 do umowy. Wykonawca oświadczył jednocześnie, że zapoznał się z przedmiotem zamówienia i nie wnosi zastrzeżeń co do jego zakresu oraz uwzględnił w cenie oferty wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia. Postanowiono jednocześnie, że w razie sprzeczności pomiędzy informacjami co do zakresu zamówienia przyjmuje się, że wykonawca uwzględnił w cenie oferty najszerzy możliwy zakres wynikający z jakiegokolwiek udostępnionego dokumentu, w tym odpowiedzi na pytania i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W umowie wskazano, że termin zakończenia prac będących przedmiotem umowy nastąpi nie później, niż do dnia 19 maja 2014 r. Zamawiający zobowiązał się jednocześnie do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy ustalonego na podstawie oferty wykonawcy do kwoty 7.231.800,00 zł brutto wraz z podatkiem VAT. Ustalono jednocześnie, że wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym wszelkie opłaty i wynagrodzenia autorskie za licencje oraz za przeniesienie autorskich praw majątkowych co do utworów stworzonych lub dostarczonych w ramach przedmiotu umowy, w tym także na przekazywanie licencji przez zamawiającego innym podmiotom i osobom uczestniczącym w realizacji projektu, ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z jego realizacją, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty i stanowi maksymalne wynagrodzenie wykonawcy płatne na podstawie wszystkich wykonanych prac w ramach umowy. Podstawowy zakres umowy obejmował 27 miesięcy świadczenia usługi dostawy Internetu, zaś prawo opcji dotyczyło dodatkowych 60 miesięcy w tym zakresie po cenie wskazanej w ofercie powódki. Każda gmina w zakresie dodatkowych miesięcy przewidzianych w ramach opcji mogła decydować samodzielnie.

Harmonogram realizacji przedmiotu umowy stanowiący załącznik nr 2 obejmował zadanie zakupu komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowaniem biurowym, oprogramowaniem antywirusowym, dostawę drukarek dla jednostek podległych – koordynacyjnych (przedmiot zamówienia pkt. 2 do pkt. 3) w terminie do dnia 28 lutego 2014 r. obejmującą wartość brutto 4.735.906,00 zł, prace instalacyjne, konfiguracyjne, dostawę łączy internetowego do gospodarstw domowych i do jednostek podległych - koordynacyjnych, portal informacyjny (przedmiot zamówienia pkt. 4 do pkt. 8) do 15 maja 2014 r. obejmującą wartość brutto 500.000,00 zł realizację szkoleń (przedmiot zamówienia pkt. 9) w terminie do dnia 15 maja 2014 r. obejmującą wartość 512.743,00 zł, ubezpieczenie (przedmiot zamówienia pkt. 10) do 28 lutego 2014 r. -wartość brutto 870.000,00 zł, system monitoringu sieci i użytkowników, usługi Helpdesk (przedmiot zamówienia pkt. 11 do pkt. 13) do 30 kwietnia 2014 r. - wartość brutto 470.351,00 zł i zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia do 19 maja 2014 r. Wynagrodzenie miało być płatne po wystawieniu faktury VAT w terminie 90 dni od daty doręczenia prawidłowej faktury VAT. Łączna wartość brutto z tego tytułu została określona na kwotę 7.089.000,00 zł brutto.

W dniu 26 lutego 2014 r. do powyższej umowy nr (...) został sporządzony aneks nr (...) wprowadzający zmiany w § 4 ust. 2 umowy poprzez dodanie fragmentu w zakresie ochrony ubezpieczeniowej oraz zmianie uległ harmonogram realizacji przedmiotu umowy, określający terminy zakończenia poszczególnych etapów dostaw i usług, przewidywane płatności, gdzie w załączniku nr 2 do aneksu zawarto zaktualizowany harmonogram realizacji przedmiotu umowy. Zaktualizowany harmonogram realizacji przedmiotu umowy przewidywał zadanie związane z zakupem komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowaniem biurowym, oprogramowaniem antywirusowym, dostawę drukarek dla jednostek podległych – koordynacyjnych (przedmiot zamówienia pkt. 2 do pkt. 3) w terminie do dnia 31 marca 2014 r. obejmujący wartość brutto 4.735.906,00, prace instalacyjne, konfiguracyjne, dostawę łączy internetowego do gospodarstw domowych i do jednostek podległych- koordynacyjnych, portal informacyjny (przedmiot zamówienia pkt. 4 do pkt. 8) do 15 maja 2014 r. obejmujący wartość brutto 500.00,00 zł, realizację szkoleń (przedmiot zamówienia pkt. 9) w terminie do dnia 15 maja 2014 r. obejmujący wartość brutto 512.743,00 zł, ubezpieczenie (przedmiot

zamówienia pkt. 10) do 31 marca 2014 r. obejmujący wartość brutto 870.000,00 zł, system monitoringu sieci i użytkowników, usługi Helpdesk (przedmiot zamówienia pkt. 11 do pkt. 13) do 30 kwietnia 2014 r. obejmujący wartość brutto 470.351,00 zł i zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia do 19 maja 2014 r.

W dniu 6 marca 2014 r. powódka wystawiła fakturę VAT (...) r. na kwotę 870.000,00 zł płatną w terminie do dnia 6 czerwca 2014 r. tytułem ubezpieczenia sprzętu elektronicznego - Polisa typ (...) nr (...). Następnie w dniu 27 marca 2014 r. została wystawiona przez powódkę faktura VAT (...) r. na kwotę 4 735 906,00 zł z terminem płatności do dnia 25 czerwca 2014 r. tytułem zakupu komputerów z systemem operacyjnym, oprogramowania biurowego, oprogramowania antywirusowego, dostawy drukarek dla jednostek podległych – koordynacyjnych (przedmiot zamówienia pkt. 2 do pkt. 3). Powyższe kwoty zostały zapłacone przez pozwanego w dniu 28 marca 2014 r.

W dniu 6 maja 2014 r. powódka wystawiła fakturę VAT (...) tytułem części przedmiotu zamówienia pkt. 9 na kwotę 512.743,00 zł z terminem płatności do dnia 4 sierpnia 2014 r. oraz fakturę VAT (...) tytułem części przedmiotu zamówienia pkt. 11 do 13 na kwotę 470.351,00 zł z terminem płatności do dnia 4 sierpnia 2014 r., gdzie w uwagach wskazano część przedmiotu zamówienia pkt. 11 do 13 (system monitoringu sieci użytkowników, centrala telefoniczna, serwer, moduł, macierz dyskowa, stacja robocza dla obsługi zarządzania, Firewall, usługa Helpdesk, serwis, gwarancja, rękojmia).

Następnie w dniu 19 maja 2014 r. powódka wystawiła fakturę VAT (...) w przedmiocie części zamówienia pkt. 4 do 8 obejmującego prace instalacyjne, konfiguracyjne i optymalizacyjne, odstawę łącza internetowego do gospodarstw domowych, dostawę łączy do jednostek podległych, portal informacyjny) na kwotę 500.000,00 zł z terminem płatności do dnia 17 sierpnia 2014 r. Powyższe kwoty zostały uiszczone przez pozwanego w całości dnia 24 czerwca 2014 r.

W dniu 29 lipca 2014 r. został sporządzony do umowy nr 59/13 aneks nr (...) w ramach, którego w § 4 ust. 2 pkt. 14 umowy na końcu dodano nowy fragment, zaś pozostałe postanowienia umowy pozostały bez zmian.

W treści pisma z dnia 19 maja 2016 r. pozwany zgłosił powódce w oparciu o opcję zawartą w ofercie swój zamiar skorzystania z oferty świadczenia łącza internetowego dla (...) w 14 instytucjach oraz łącza internetowego dla gospodarstw domowych z 13 instytucji określonych w ofercie w pkt. od 6 do 29 i od 31 do 35.

Powódka w odpowiedzi wskazała, że zakres skorzystania z opcji został ustalony przy zawarciu umowy nr (...) z dnia 19 grudnia 2013 r. i obejmował świadczenie tych usług do lipca 2016 r. (opcjonalne było w ogóle świadczenie usług dostawy Internetu, a nie świadczenie tych usług po tym czasie). Powódka podkreśliła także, że w toku postępowania przetargowego w treści odpowiedzi na pytanie 73, zamawiający stwierdził, że skorzystał z prawa opcji, wyrażając stanowisko, iż zostało on tym samym już skonsumowane wtedy, gdy ustalono termin realizacji dostaw Internetu, który ostatecznie kończy się w lipcu 2016 r. Powódka wskazała także, iż jest skłonna kontynuować dostawy po lipcu 2016 r. na podstawie nowej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przy przyjęciu ceny 100 zł za miesiąc od jednego przyłączenia łącza internetowego, w przypadku łączy internetowych dla (...) i 70 zł za miesiąc od jednego przyłączenia internetowego w przypadku łączy internetowych dla gospodarstw domowych lub też w oparciu o inne wynegocjowane pomiędzy stronami stawki.

Pozwany w odpowiedzi na powyższe w pełni potrzymał swoją wcześniejszą decyzję dotyczącą opcji, uznając stanowisko powódki za bezpodstawne i mające znamiona zaniechania wykonania przedmiotu umowy, wskazując jednocześnie, że pismo to należy traktować jako niezwłoczne kontynuowanie wykonywania przedmiotu umowy w okresie korzystania z prawa opcji.

Ponadto w lipcu 2016 r. odbyło się spotkanie pomiędzy przedstawicielami stron postępowania w ramach, którego powódka domagała się dodatkowego wynagrodzenia z tytułu realizacji prawa opcji wskazując, że świadczenie dostaw objętych opcjami jest dla niej nieopłacalne. Pozwany nie wyraził na to zgody ze względu na fakt, że jako jednostka

sektora finansów publicznych związany był przepisami o zamówieniach publicznych także w zakresie możliwości zmiany zawartej umowy.

W treści pisma z dnia 17 sierpnia 2016 r. powódka zwróciła się do pozwanego z informacją, że podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko, wskazując, iż pozwany nie skorzystał skutecznie z tzw. prawa opcji i brak jest podstaw umownych do kontynuowania świadczenia usług telekomunikacyjnych w ramach umowy po dniu 19 sierpnia 2016 r. Powódka oświadczyła jednocześnie, że wobec sporu w tym zakresie jakiegokolwiek realizowane dostawy usług telekomunikacyjnych wobec wygaśnięcia z dniem 19 sierpnia 2016 r. umowy z dnia 19 grudnia 2013 r. w części, której dotyczy spór z uwagi na jej realizowanie mają charakter bezumowny i będzie ono realizowane z zastrzeżeniem zwrotu równowartości tego świadczenia według cen rynkowych.

Następnie pismem z dnia 1 września 2016 r. powódka wezwała Związek (...) do zapłaty kwoty 14.043,92 zł wskazując termin płatności do dnia 21 września 2016 r. tytułem dostępu do Internetu 176 punktów- świadczenie bezumowne – 100 zł brutto sztuka i dostęp do Internetu 227 punktów – świadczenie bezumowne – 70 zł brutto sztuka, za okres od 19 sierpnia 2016 r. do 31 sierpnia 2016 r., zgodnie z fakturą VAT (...) z dnia 31 sierpnia 2016 r. Powódka jednocześnie zastrzegła, że dalsze świadczenie usługi z uwagi na brak łączącej strony umowy odbywać się będzie z zastrzeżeniem zwrotu lub zwrotu jej wartości. Ponadto wezwano pozwanego do zajęcia stanowiska w sprawie.

Pozwany w odpowiedzi na pismo z dnia 17 sierpnia 2016 r. i wezwanie do zapłaty z dnia 1 września 2016 r. podtrzymał dotychczasowe stanowisko wskazując, że jako zamawiający skorzystał z przewidzianego umową prawa opcji świadczenia usługi łącza internetowego dla (...) w 14 instytucjach oraz łącza internetowego dla gospodarstw domowych z 13 instytucji określonych w ofercie w pkt. 6 do 29 i od 31 do 35, informując o zobowiązaniu powódki do świadczenia usługi na warunkach określonych w umowie, w tym ofercie wykonawcy złożonej w przetargu. Ponadto poinformowano powódkę, że wystawiona faktura z dnia 31 sierpnia 2016 r. nie spełnia warunków określonych w umowie zarówno co do terminu płatności, jak również ilości jednostkowej ceny netto i brutto, która powinna odpowiadać wartościom przyjętym w formularzu cenowym w pozycjach od 6 do 29 i od 31 do 35 oraz w konsekwencji wartości brutto, wzywając jednocześnie powódkę do niezwłocznej korekty faktury VAT nr (...) z dnia 31 sierpnia 2016 r. Niezależnie od powyższego zaznaczono, że w przypadku braku wykonania przedmiotu zamówienia w przedmiotowej części zostanie ono potraktowane jako niewykonanie przedmiotu umowy i w konsekwencji możliwe będzie odstąpienie od umowy lub powierzenie jej dalszego wykonania innemu podmiotowi na koszt powódki oraz zostanie naliczona kara umowna z możliwością dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości faktycznie poniesionej szkody, zaś wszelkie należności zostaną potrącone z zabezpieczenia.

W dniu 6 października 2016 r. pozwany wystawił do powyższej faktury notę korygującą nr (...) określając należność powódki na kwotę 968,72 zł, która została zapłacona w dniu 6 października 2016 r.

Następnie w dniu 30 września 2016 r. powódka wystawiła fakturę VAT (...) na kwotę 33.489,67 zł, z terminem płatności do dnia 21 października 2016 r. za dostęp do Internetu 176 punktów- świadczenie bezumowne – 100 zł brutto sztuka i dostęp do Internetu 227 punktów – świadczenie bezumowne – 70 zł brutto sztuka. Pozwany dokonał płatności za powyższą fakturę w dniu 19 października 2016 r., po jej skorygowaniu notą nr (...) na kwotę 2.310,00 zł.

W dniu 31 października 2016 r. powódka wystawiła fakturę VAT (...) na kwotę 33.489,67 zł z terminem płatności do dnia 29 stycznia 2017 r. za dostęp do 176 punktów - świadczenie bezumowne – 100 zł brutto sztuka i dostęp do Internetu 227 punktów – świadczenie bezumowne – 70 zł brutto sztuka. Pozwany dokonał płatności za powyższą fakturę w dniu 30 listopada 2016 r. w kwocie 2.310,00 zł.

Pismem z dnia 23 listopada 2016 r. pozwany zwrócił się do powódki o dokonanie korekty faktur VAT (...) z dnia 31.08.2016 r. do wysokości 968,72 zł, faktury VAT (...) z dnia 30.09.2016 r. do wysokości 2.310,00 zł i faktury VAT (...) z dnia 31.10.2016 r. do wysokości 2.310,00 zł wskazując, że skorzystał z przysługującego mu prawa opcji świadczenia usługi.

W dniu 30 listopada 2016 r. powódka wystawiła fakturę VAT (...) na kwotę 33.489,67 zł z terminem płatności do dnia 28 lutego 2017 r. za dostęp do Internetu 176 punktów - świadczenie bezumowne – 100 zł brutto sztuka i dostęp do Internetu 227 punktów – świadczenie bezumowne – 70 zł brutto sztuka. Pozwany dokonał płatności za powyższą fakturę w dniu 20 lutego 2017 r., po jej skorygowaniu na kwotę 2.310,00 zł.

Następnie w dniu 30 grudnia 2016 r. powódka wystawiła fakturę VAT (...) na kwotę 33.489,67 zł z terminem płatności do dnia 30 marca 2017 r. za dostęp do Internetu 176 punktów- świadczenie bezumowne – 100 zł brutto sztuka i dostęp do Internetu 227 punktów – świadczenie bezumowne – 70 zł brutto sztuka. Pozwany dokonał płatności za powyższą fakturę, po jej skorygowaniu na kwotę 2.310,00 zł.

Pismem z dnia 10 stycznia 2017 r. pozwany zwrócił się powódki o dokonanie korekty faktury VAT (...) z dnia 30 grudnia 2016 r. powołując się na prawo opcji, z którego skorzystał.

Następnie powódka pismem z dnia 10 marca 2017 r. wezwała Związek (...) do zapłaty kwoty 171.283,55 zł w terminie do dnia 17 marca 2017 r. tytułem należności wskazanych w fakturach (...) z dnia 31 sierpnia 2016 r., 15/AG z dnia 30 września 2016 r., (...) z dnia 31 października 2016 r., (...) z dnia 30 listopada 2016 r., (...) z 30 grudnia 2016 i (...) z dnia 31 stycznia 2017 r. Pozwany w odpowiedzi na powyższe pismo odmówił zapłaty wskazanej kwoty, podtrzymując dotychczasowe stanowisko w sprawie. Powódka natomiast w odpowiedzi na stanowisko pozwanego wskazała, że umowa nr (...) wygasła z uwagi na upływ jej terminu w sierpniu 2016 r., podkreślając aktualność wezwania do zapłaty.

Usługa dostawy Internetu jest świadczona nadal przez powódkę.

Pozwany w 2015 r. umieścił trzy ogłoszenia w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej dotyczące dostaw w ramach nowego zamówienia sprzętu komputerowego oraz łączy internetowych. W ich treści wskazano dokładnie o ile pozwany zamierza zwiększyć zamówienie podstawowe, jakie są przesłanki tego zwiększenia oraz w jakim terminie zamawiający może z tego skorzystać. Ponadto zastrzeżono, że zamówienia dodatkowe nr 1 oraz nr 2 należy traktować jako opcję w rozumieniu art. 34 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych, jak i że skorzystanie z prawa opcji uzależnione jest od uzyskania przez zamawiającego dofinansowania w stopniu pozwalającym na sfinansowanie podanego zakresu zamówienia. Ponadto wskazano, że decyzja w tym zakresie zostanie podjęta w trakcie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a w razie braku takiej możliwości nie później niż w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy.

Prezentując ocenę dowodów Sąd wyjaśnił, że dał wiarę dokumentom zgromadzonym w sprawie, gdyż ich prawdziwość i treść w ocenie Sądu nie budzi wątpliwości. Dokonując jednak ich oceny, a w szczególności wykładni treści formularza cenowego, jak i pisma dotyczącego udzielania odpowiedzi na zadane pytania przez powódkę przed zawarciem umowy nr (...), Sąd miał ponadto na uwadze treść zeznań świadków powołanych przez powódkę, jak i strony pozwanej. Z uwagi na okoliczność, iż do zastrzeżenia prawa opcji doszło w 2013 r., Sąd nie brał pod uwagę - dokonując oceny skuteczności powyższego zastrzeżenia - ogłoszenia w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w 2015 r., gdyż dotyczy ono innego zamówienia.

Sąd uznał za wiarygodne zeznania świadków powołanych przez pozwanego jako dowód w sprawie, gdyż są logiczne, spójne i wzajemnie się uzupełniają. Sąd jednocześnie nie uwzględnił zeznań świadków w osobach Z. G., K. B. i J. G., gdyż są one nielogiczne oraz niespójne. Część z tych świadków nie brała przy tym udziału w przygotowaniu oferty cenowej, jak i przy podpisaniu umowy, zatem nie miała wiedzy w tym zakresie. Ponadto świadkowie, składając zeznania, nie pamiętali przy tym istotnych okoliczności poprzedzających zawarcie umowy. Osoby odpowiedzialne za koszty oferty udzieliły przy tym lakonicznych, ogólnych odpowiedzi, które nie wniosły niczego istotnego do sprawy. W ocenie Sądu na uwzględnienie w całości zasługiwały natomiast zeznania strony pozwanej, jako logiczne i spójne oraz szczegółowo wyjaśniające sens poszczególnych negocjowanych postanowień umownych oraz zapewnień składanych przez oferenta na etapie przetargowym (powódkę), w tym także w zakresie zastrzeżenia prawa opcji, które nie budziło wątpliwości.

Ocenę prawną powództwa Sąd rozpoczął od analizy zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 189 k.p.c. i wyjaśnił, że warunkiem koniecznym powództwa było istnienie po stronie żądającego ochrony prawnej interesu prawnego. Interes prawny w rozumieniu art. 189 k.p.c. jest kategorią obiektywną i występuje wtedy, gdy sam skutek, jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego, zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, czyli definitywnie zakończy spór istniejący lub prewencyjnie zapobiegnie powstaniu takiego sporu w przyszłości, a jednocześnie interes ten nie podlega ochronie w drodze innego środka. Z kolei brak interesu prawnego w rozumieniu przepisu art. 189 k.p.c. występuje wówczas, gdy stan niepewności może być usunięty w drodze dalej idącego powództwa o świadczenie, czy też o uzgodnienie treści księgi wieczystej z istniejącym stanem prawnym, także w drodze podjęcia obrony w toku już wytoczonej przez pozwanego sprawy o ustalenie odrębnej sprawy o świadczenie. Sąd wyjaśnił, że w orzecznictwie dominuje zasada, że nie ma interesu prawnego ten, kto może poszukiwać ochrony prawnej w drodze powództwa o zasądzenie świadczeń pieniężnych (np. gdy dług stał się już wymagalny) lub niepieniężnych (np. gdy prawo własności zostało już naruszone przez pozbawienie lub zakłócenie posiadania w rozumieniu art. 222 § 1 lub 2 k.c.). W orzecznictwie akcentowane jest też stanowisko, że spór o ustalenie nie może mieć charakteru przesłankowego lub przyczynkarskiego w stosunku do innego sporu szerzej określonego w wymiarze faktycznym i prawnym.

Zdaniem Sądu Okręgowego o istnieniu interesu prawnego w rozumieniu art. 189 k.p.c. decyduje faktyczna, konkretna potrzeba ustalenia. Potrzeba ta zaś niewątpliwie występuje wówczas, kiedy ustalenie prowadzi do definitywnego rozwiązania problemów tej strony i chroni ją również na przyszłość przed kontrposunięciami strony przeciwnej. W efekcie nie można uznawać za konieczne wytoczenie powództwa w sytuacji, gdy sprawa o ustalenie ma charakter przesłankowy wobec innych, dalej idących roszczeń.

Interes prawny jest przesłanką warunkującą możliwość dalszego badania w procesie twierdzeń stron co do istnienia lub nieistnienia ustalanego prawa lub stosunku prawnego. W przypadku stwierdzenia przez sąd braku interesu prawnego w żądaniu ustalenia istnienia (lub nieistnienia) prawa lub stosunku prawnego, powództwo musi ulec oddaleniu bez oceny zasadności twierdzeń stron procesu co do istnienia prawa objętego żądaniami pozwu.

Sąd wyjaśnił, że zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 6 k.c. powódka powinna wykazać istnienie po jej stronie interesu prawnego w żądaniu roszczenia opartego na treści art. 189 k.p.c., czego w okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Sądu, nie zdołała uczynić. Powódka dysponuje bowiem możliwością poszukiwania ochrony prawnej w drodze powództwa o zasądzenie świadczenia pieniężnego. Przedmiotem sporu w ramach tego postępowania jest bowiem w istocie wysokość wynagrodzenia należnego powódce za świadczenie usługi dostawy łącza internetowego, gdzie powódka stoi na stanowisku, że należy jej się wynagrodzenie rynkowe, zaś pozwany, że wynikające z łączącej strony umowy. Powódka mimo, iż podnosi, że umowa wygasła to nadal świadczy usługi na jej podstawie, zaś pozwany je przyjmuje. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez obie strony postępowania. Ponadto świadczy o tym fakt wystawienia faktur przez powódkę, jak i okoliczność skierowania przez nią do pozwanego wezwania do zapłaty. Podnoszony zatem przez powódkę stan niepewności może zostać usunięty w drodze dalej idącego powództwa o zapłatę za świadczenie usługi. Uwzględnienie zgłoszonego żądania w niniejszej sprawie zapewniłoby jej zatem mniejszą ochronę prawną. Brak zatem po stronie powódki przesłanki interesu prawnego powoduje oddalenie powództwa. Sama natomiast okoliczność, iż umowa nakłada na powódkę szereg innych obowiązków i odpowiedzialność, która z niej wynika nie ma tu większego znaczenia, gdyż nie ma to związku z roszczeniem o zapłatę za świadczone usługi.

Zdaniem Sądu w zakresie innych obowiązków powódki nie istnieje taka potrzeba prawna, gdyż w tym przypadku nie powstała sytuacja obiektywnego naruszenia lub zagrożenia sfery prawnej.

Z tej przyczyny Sąd uznał, że nie był przy tym zobligowany do oceny zasadności twierdzeń stron procesu co do istnienia prawa objętego żądaniem pozwu. Stwierdził jednak zarazem, że nie podzielił w świetle ustalonych okoliczności sprawy stanowiska strony powodowej także w pozostałym zakresie, jak i podnoszonych przez nią argumentów.

Sąd wskazał, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawa opcji”. Definicji takiej nie zawierają także dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2004/18/WE

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2014 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wskazuje jedynie, że podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 dyrektywy). Polski ustawodawca implementując powyższy przepis dyrektywy w odniesieniu do instytucji prawa opcji skupił się także na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia wskazując w art. 34 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2013 r. - Prawo zamówień publicznych, że jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Zamawiający przewidując prawo opcji jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego określony jedynie w określonych sytuacjach. Zdaniem Sądu instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać.

Sąd zaznaczył, że przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania. W konsekwencji specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór, czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne określenie tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjnie określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający przewidział określone środki finansowe. Instytucja prawa opcji pozwala zatem na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe wykonanie wyceny oferty. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak również okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z prawa opcji powinny być opisane. Jest to zatem przyznane zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia – zwłaszcza do jego rozszerzenia.

Sąd, mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy, uznał, że postępowanie przeprowadzone przez pozwanego w ramach zamówienia publicznego uwzględniało prawo opcji. Powódka podniosła, że nie został sporządzony harmonogram, który uwzględniałby to prawo. Ponadto projekt umowy sporządzonej przez pozwanego nie zawierał także żadnych regulacji dotyczących tego prawa. Niewątpliwie brak jest takiego harmonogramu, jak i projekt umowy nie zawiera uregulowań w tym zakresie, jednak podkreślić należy, że prawo to zostało przewidziane przez pozwanego na etapie składania oferty przez powódkę. Pozwany podczas spotkań z powódką w zakresie dotyczącym realizacji umowy czynił ustalenia w tym zakresie, na co powódka się godziła, ponosząc tym samym ryzyko zawodowe i ekonomiczne związane z projektem. Niedoszacowanie wykonania oferty przez powódkę nie może zatem obecnie obciążać strony pozwanej. Na zastrzeżone prawo opcji wskazuje ogłoszenie pozwanego zamieszczone w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z 2013 r., gdzie wskazano, że zamówienie je przewiduje w zakresie łącz internetowych dla jednostek koordynacyjnych i gospodarstw domowych. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawiera także odesłanie, że uwzględniono prawo opcji, gdzie wskazano, że wykonawca jest zobowiązany podać w ofercie cenę brutto, będącą łączną ceną brutto za wykonanie wszystkich elementów określonych w formularzu cenowym, uwzględniającą podatek VAT w stawce właściwej na dzień złożenia oferty. Cena oferty stanowić miała natomiast ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru prac i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, które winny być uwzględnione w cenie oferty. Podstawą wyceny ceny ofertowej była natomiast własna kalkulacja powódki dążącej do wygrania przetargu, oparta na rachunku ekonomicznym, gdzie cena ofertowa miała obejmować wszystkie prace i czynności niezbędne do prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia. Ponadto na zastrzeżone prawo opcji wskazuje



konieczność zapewnienia trwałości projektu, którego realizacji podjął się pozwany w ramach zamówienia publicznego, finansowanego częściowo ze środków unijnych, a częściowo z budżetu państwa.

Sąd podkreślił w związku z tym, że prawo opcji zostało uwzględnione przez powódkę w ofercie cenowej, gdzie w formularzu cenowym opcje zostały szczegółowo wycenione i stanowiły jedną ze składowych całkowitej ceny i następnie przyjętej do umowy jako wynagrodzenie powódki. Zastrzeżone przez pozwanego opcje dotyczyły dostawy łącza internetowego dla jednostek podległych- koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego pkt. 7 do 20 formularza cenowego oraz dla gospodarstw domowych objętych wsparciem pkt. 22 do 35 formularza cenowego. Sąd jednocześnie nie podzielił stanowiska powódki w zakresie dotyczącym, że pojęcie opcji zostało użyte w oderwaniu od pozostałych dokumentów, nie łącząc go z jakimikolwiek istotnymi warunkami zamówienia. Powódka, przystępując do przetargu, nie miała żadnych wątpliwości w powyższym zakresie wypełniając formularz cenowy. W prawidłowy sposób obliczyła cenę, jak i nie miała żadnych wątpliwości co do sposobu jej obliczenia oraz jednostki zastosowanej miary. Nie wyrażała żadnych wątpliwości dotyczących wymienionych w formularzu lokalizacji. Dysponowała przy tym możliwością zaproponowania korzystnej ceny. Wskazać także należy, iż termin minimum 27 miesięcy dotyczył zamówienia podstawowego. Samo natomiast użycie błędnie czasu przeszłego przez pozwanego w zakresie prawa opcji nie wyklucza możliwości skorzystania z niego w przyszłości, gdyż zgodnie z istotą prawa opcji, pozwany zastrzegł sobie taką możliwość na przyszłość, co nie ulega wątpliwości. Prawo opcji nie dotyczy natomiast podstawowego zakresu zamówienia.

Pozwany, w ocenie Sądu, określił przedmiot i zakres opcji, z których zamierzał skorzystać w przyszłości, jak i warunki dotyczące realizacji tego prawa. Zakres dostawy wynikający z opcji został określony odrębnie do okresu świadczenia dostawy łącza internetowego przez okres 27 miesięcy, gdzie usługa dostawy łącza internetowego przez 27 miesięcy została wyceniona odrębnie od świadczenia usługi przez okres 60 miesięcy, na co wskazują pozycje od 7 do 20 i od 22 do 35 formularza cenowego oferty. W takiej sytuacji uznać należało, że po okresie 27 miesięcy świadczenia przedmiotowej dostawy, co do którego w momencie zawarcia umowy istniała pewność, że świadczenie dostawy będzie wymagane od powódki, rozpoczyna się okres związany ze świadczeniem związanym z prawem opcji. Koresponduje z tym treść odpowiedzi pozwanego na pytanie nr 71 pkt. 6, gdzie pozwany wyjaśnił, że przewiduje świadczenie usługi przez minimum 27 miesięcy oraz treść pkt. 5 i 7 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie jako okres świadczenia usługi podano minimum 27 miesięcy, co oznacza, że usługa ta może być wykonywana dłużej, o ile pozwany skorzysta z przewidzianych opcji. Pozwany w rubrykach formularza cenowego wskazał cenę jednostkową zł/miesiąc oraz wartość stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej i ilość miesięcy dla danej usługi.

Sąd podkreślił też, że cena w nim wskazana dotyczy danej jednostki samorządu terytorialnego lub miasta i obejmuje dostarczenie wszystkich łączy internetowych w danej jednostce samorządu terytorialnego lub mieście, a nie jednego łącza, tak jak twierdzi powódka. Obejmowało to bowiem wiele lokalizacji. Podkreślić należy, że jeżeli jednostką miary jednego czynnika „jednostka ryczałtowa brutto” jest zł/miesiąc, zaś iloczynem wartości jest zł brutto, to jednostką miary drugiego czynnika (ilość) jest miesiąc. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do umowy stanowiącym ofertę powódki złożoną w przetargu jako opcjonalną ilość dostawy łącza internetowego podano 60 miesięcy. Powódka uzupełniając formularz ofertowy nie miała żadnych wątpliwości w tym zakresie. Twierdzenie zatem, że nie określono przedmiotu opcji i jej zakresu nie jest w świetle ustalonych okoliczności uzasadnione. Wzór formularza cenowego i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia bowiem w sposób jasny wskazują na czym ma polegać opcjonalny zakres zamówienia. Opcjonalny zakres zamówienia obejmował bowiem zgodnie z powyższymi dokumentami świadczenie usługi dostawy łącza internetowego dla jednostek koordynujących we wskazanych jednostkach samorządu terytorialnego lub miastach oraz dla gospodarstw domowych w podanych jednostkach. Jednostki koordynujące na terenie danej gminy zostały natomiast określone w pkt. 7 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy także, że powódka składając ofertę oświadczyła, że stosowanie do ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę w wysokości 7.231.800,00 zł brutto uwzględniającą podatek od towarów i usług, stanowiącą łączną cenę brutto za wykonanie wszystkich elementów przedmiotu zamówienia określonych w formularzu cenowym. Powyższa oferta zawierała formularz cenowy, gdzie powódka uwzględniła opcje dokonując ich wyceny i gdzie

stanowiły one jedną ze składowych całkowitej zaoferowanej przez nią ceny dostawy łącza internetowego dla jednostek podległych koordynacyjnym przeciwdziałającym problemowi wykluczenia cyfrowego oraz dla gospodarstw domowych objętych wsparciem. Powódka składając ofertę oświadczyła również, że akceptuje w całości wszystkie warunki i nie wnosi zastrzeżeń oraz, że zapoznała się z przedmiotem zamówienia i zdobyła konieczne informacje do złożenia oferty, uznając je za wystarczającą podstawę do realizacji przedmiotu zamówienia. Oświadczyła jednocześnie, że zapoznała się z przedmiotem zamówienia i nie wnosi zastrzeżeń co do jego zakresu oraz uwzględniła w cenie oferty wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia. W ramach umowy postanowiono jednocześnie, że w razie sprzeczności pomiędzy informacjami co do zakresu zamówienia przyjmuje się, że wykonawca uwzględnił w cenie oferty najszerszy możliwy zakres wynikający z jakiegokolwiek udostępnionego dokumentu, w tym odpowiedzi na pytania i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W umowie wskazano, że termin zakończenia prac będących przedmiotem umowy nastąpi nie później niż do dnia 19 maja 2014 r. Jako zamawiający pozwany skorzystał z przysługującego mu prawa przedłużenia i zgłosił zamiar skorzystania z tego prawa.

Zdaniem Sądu moment podjęcia decyzji o skorzystaniu z prawa zastrzeżonych opcji nie ma znaczenia dla zakresu świadczenia wykonawcy, który składając ofertę z opcją zobowiązał się wykonać zamówienie, niezależnie od tego w którym momencie wykonania umowy uprawniony skorzysta z prawa opcji. Nie można zatem podzielić stanowiska powódki, że pozwany winien wyrazić wolę skorzystania z opcji przed przystąpieniem do świadczenia usługi dostawy łącza internetowego. Łączna wartość kwot brutto udokumentowanych fakturami wystawionymi przez powódkę, a jednocześnie łączna wartość wynagrodzenia uiszczonego przez pozwanego w ramach wykonania umowy wyniosła 7.089.000,00 zł, co stanowi całkowite wynagrodzenie bez wynagrodzenia przewidzianego za wykonanie opcjonalnych dostaw w łącznej kwocie 142.800,00 zł. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że strony miały pełną świadomość, że zapłata wynagrodzenia przewidzianego za opcjonalne dostawy może nastąpić dopiero po ewentualnym skorzystaniu z prawa opcji przez pozwanego. Świadczy to o tym, że odpowiedź zamawiającego na pytanie 81 o terminach zapłaty za świadczenie usług dotyczyły wyłącznie okresu 27 miesięcy, co do którego w momencie zawarcia umowy istniała pewność, że świadczenie dostawy będzie wymagane od powódki. W innym bowiem przypadku powódka żądałaby zapłaty całego wynagrodzenia przewidzianego umową i wystawiłaby faktury na łączną wartość całkowitego wynagrodzenia. Powódka nie może zatem powoływać się na wątpliwości interpretacyjne w sytuacji, kiedy nie miała ich przystępując do przetargu, a następnie podpisując umowę. Okoliczności te wynikają nie tylko z przedłożonych dokumentów w postaci ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty powódki, umowy z dnia 19 grudnia 2013 r., ale także z zeznań świadków K. P., M. D., A. B. i A. W. oraz z przesłuchania przedstawiciela strony pozwanej. To, że obecne ceny usług internetowych uległy znacznemu obniżeniu, a zatem świadczenie, do którego spełnienia zobowiązała się w wyniku zawartej w 2013 r. umowy powódka, pokonując w przetargu swoich ówczesnych konkurentów, nie może obecnie stanowić podstawy do uwzględnienia jej roszczenia. Prowadzi ona działalność gospodarczą od dłuższego czasu na rynku usług będących przedmiotem umowy z pozwanym, zatem musi liczyć się z podejmowanym ryzykiem w oparciu o własny rachunek ekonomiczny.

W rezultacie Sąd uznał, że roszczenie powódki nie zasługiwało na uwzględnienie i orzekł o jego oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono w punkcie drugim, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, zasądzając od powódki na rzecz pozwanego 5.417,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i opłaty skarbowej za udzielone pełnomocnictwo, na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z §2 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Apelację od tego wyroku wniósł powód, żądając zmiany zaskarżonego orzeczenia i ustalenia, że umowa nr (...) z dnia 19 grudnia 2013 r. zawarta pomiędzy powodem a pozwanym wygasła z dniem 19 sierpnia 2016 r. w zakresie, w jakim powód miał obowiązek świadczyć usługi dostawy łącza internetowego do gospodarstw domowych objętych wsparciem oraz do jednostek podległych - koordynacyjnych przeciwdziałających problemowi wykluczenia cyfrowego w związku z upływem terminu realizacji tego świadczenia, ewentualnie ustalenie, że: umowa nr (...) z dnia 19 grudnia 2013 r.

zawarta pomiędzy powodem (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. a pozwanym Związkiem (...) wygasła w innym terminie niż z dniem 19 sierpnia 2016 r. w zakresie i okolicznościach opisanych w pkt I żądania pozwu.

Jako wniosek ewentualny sformułowano żądanie uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Wyrokowi zarzuca skarżący :

- 1) obrazę art. 189 kpc poprzez przyjęcie, że strona powodowa nie wykazała interesu prawnego w wytoczeniu przez nią powództwa,
- 2) obrazę art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 58 § 1 i 3 kc i art. 65 § 2 kc poprzez przyjęcie, że zawarta przez strony urnowa nr 59/13 z dnia 19.12.2013 r. zawierała ważne i wiążące strony postanowienia dotyczące tzw. prawa opcji,
- 3) obrazę art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną i nieuzasadnioną ocenę dowodów z zeznań świadków zeznających w niniejszej sprawie,
- 4) mające konsekwencje prawne, błędy w ustaleniach faktycznych sądu sprowadzające się do przyjęcia, że strony uzgodniły przed zawarciem umowy prawo opcji, a pozwany, udzielając odpowiedzi na zadane przez oferentów pytania, popełnił jedynie błąd redakcyjny,
- 5) obrazę art. 316 § I kpc i art. 328 §2 kpc polegające na braku jakiegokolwiek ustosunkowania się do podniesionego przez stronę powodową w pozwie zarzutu częściowej nieważności umowy i brak wyjaśnienia w tym zakresie podstawy prawnej wyroku.

W uzasadnieniu przedstawiono umotywowanie zarzutów

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji przedstawiając wywód afirmujący zaskarżone rozstrzygnięcie i jego motywy.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Zgodnie z art. 382 k.p.c. Sąd II instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z regulacji tej wynika, że postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy. Oznacza to z kolei, że wyrok sądu drugiej instancji musi opierać się na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych poprzedzonych ponowną oceną materiału procesowego.

Wykonując ten obowiązek Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny przedstawionego pod osąd materiału procesowego i w jej wyniku stwierdził, że Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia nie są wadliwe i znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy ustalenia Sądu Okręgowego czyni częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich szczegółowego przytaczania.

Trafne są też wywody Sądu I instancji dotyczące kwalifikacji prawnomaterialnej roszczenia poddanego pod osąd oraz znajdujących zastosowanie w sprawie dla oceny tego roszczenia przepisów art. 189 k.p.c. i norm cytowanej wyżej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zbędne jest ponowne przytaczanie treści zastosowanych przepisów, zaś niezbędne uzupełnienia argumentacji prawnej zostaną przedstawione przy odnoszeniu się do poszczególnych zarzutów skarżącego. Zaznaczyć jedynie należy w tym miejscu, że zmiana zaskarżonego wyroku wynika z odmiennej oceny materialnoprawnej żądań pozwu w kontekście przytoczonej wyżej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do zarzutu naruszenia art. 189 k.p.c. Dopiero bowiem przesądzenie istnienia interesu prawnego powództwa pozwala na dokonywanie oceny żądania ustalenia o treści podanej w pozwie.

Zgodnie przyjmuje się obecnie w nauce i orzecznictwie, że norma art. 189 k.p.c. kreuje formę ochrony prawnej praw podmiotowych niewynikającą z innych przepisów prawa materialnego. Jako taka, norma ta mimo umieszczenia jej w ustawie procesowej posiada charakter materialnoprawny - przyznaje prawo do żądania szczególnej ochrony prawnej. Interes prawny w rozumieniu tego przepisu jest więc pojmowany jako przesłanka materialnoprawna powództwa o ustalenie – por. np. T Ereciński [red.], Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, tom I Warszawa 2004, s 402 – 403 i tam cytowane orzecznictwo).

Interes prawny postrzega się więc z jednej strony (jak trafnie zauważa Sąd Okręgowy) jako przesłankę, która musi istnieć obiektywnie. Z drugiej zaś strony interes jest przesłanką warunkującą dopiero możliwość dalszego badania w procesie twierdzeń stron co do istnienia lub nieistnienia ustalanego prawa lub stosunku prawnego. Innymi słowy w przypadku stwierdzenia przez Sąd braku interesu prawnego w żądaniu ustalenia istnienia (lub nieistnienia) prawa lub stosunku prawnego, powództwo musi ulec oddaleniu bez oceny zasadności twierdzeń stron procesu co do istnienia prawa objętego żądaniami pozwu

Powód formułując żądanie ustalenia w oparciu o powołaną wyżej normę, ma zatem procesowoprawny obowiązek przytoczenia (a następnie materialnoprawny obowiązek udowodnienia) okoliczności faktycznych uzasadniających istnienie po jego stronie interesu prawnego w żądaniu ustalenia (prawa do żądania ochrony przez uzyskanie wyroku ustalającego).

W orzecznictwie wskazywano wielokrotnie, że interes prawny istnieje wówczas, jeżeli sam skutek, jaki wywoła uprawomocnienie się wyroku ustalającego, zapewni powodowi ochronę jego prawnie chronionych interesów, czyli definitywnie zakończy spór istniejący lub prewencyjnie zapobiegnie powstaniu takiego sporu w przyszłości (por. np. wyrok SA w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2007 r., III AUa 1518/05, LEX nr 257445; wyrok SA w Białymstoku z dnia 7 lutego 2014 r., I ACa 408/13, LEX nr 1437870).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego akcentuje się też, że powód ma interes prawny w żądaniu ustalenia, jeżeli powództwo o ustalenie istnienia prawa jest jedynym możliwym środkiem zapewnienia pełnej jego ochrony (wyrok z dnia 9 lutego 2012 r., III CSK 181/11, OSNC 2012, nr 7-8, poz. 101). Interes prawny istnieje zatem tylko wtedy, gdy powód może uczynić zadość potrzebie ochrony swej sfery prawnej przez samo ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Zasadnie Sąd Pierwszej instancji wziął pod uwagę to, że interes prawny nie istnieje wówczas, gdy już jest możliwe wytoczenie innego powództwa (np. o świadczenie), chyba że ze spornego stosunku prawnego wynikają jeszcze dalsze skutki, których dochodzenie w drodze powództwa o świadczenie nie jest możliwe lub nie jest jeszcze aktualne (wyrok SN z dnia 30 października 1990 r., I CR 649/90, Lex nr 158145). Zauważa się jednocześnie, że mimo istnienia prawa do żądania spełnienia świadczenia (wytoczenia powództwa o świadczenie) lub możliwości skorzystania z innego środka ochrony prawnej (np. powództwa o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego) interes prawny nie będzie wykluczony w sytuacji, gdy wyrok uwzględniający takie żądanie nie da pełnej ochrony prawnej dłużnikowi (por. np. wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 roku III CSK 226/14).

Zatem zarówno w nauce jak i w orzecznictwie akcentuje się konieczność wykazania obiektywnej w świetle przepisów prawa (wywołanej rzeczywistym narażeniem lub zagrożeniem sfery prawnej powoda) potrzeby uzyskania wyroku ustalającego o określonej treści (por. np. H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1-36, wyd. LEX 2013, komentarz do art. 189 k.p.c.).

W tym kontekście dostrzega się też w nauce, że powód nie będzie posiadał interesu prawnego w rozumieniu powołanego przepisu wówczas, gdy ustawa przewiduje odrębne powództwa, których treścią jest ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa (w tym zwłaszcza powództwo o usunięcie niezgodności z art. 10 u.k.w.h. – por. np. P. Telenga, Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 Kodeks postępowania cywilnego, opubl. LEX/el. 2015 komentarz do art. 189 k.p.c. teza 4.). Do takich samych wniosków prowadzi analiza wywodów orzecznictwa (w tym zwłaszcza uzasadnienia wyroku z dnia 17 lutego 2016 w sprawie III CSK 148/15 i tam przywołanych wcześniejszych wypowiedzi judykatury).

Odnosząc powyższe uwagi do stanowiska procesowego powoda i materiału procesowego przedstawionego pod osąd w niniejszej sprawie stwierdzić należy, że zbyt daleko idące jest stanowisko Sądu Okręgowego sprowadzające się do uznania, że powód nie posiada interesu prawnego w ustaleniu wygaśnięcia umowy, skoro (jeśli nadal świadczy usługi internetowe) to może wytoczyć powództwo o zapłatę za te usługi według stawek rynkowych a wówczas przesłankowo ocenie podlegać będzie fakt związania stron umową (w celu przesądzenia czy powód świadczył po dniu 19 sierpnia 2016 usługi internetowe na jej podstawie czy też bez podstawy prawnej). Trafnie bowiem odnosi się do tego stanowiska strona powodowa na rozprawie apelacyjnej wywodząc, że interes prawny (oceniany przez skutek uzyskania wiążącego strony rozstrzygnięcia sporu co do związania powoda obowiązkiem świadczenia wobec pozwanego w zakresie czasowym i przedmiotowym mającym wynikać z wykonania prawa opcji) wyraża się przede wszystkim w przesądzeniu kwestii prawnej, jaką jest to czy powód ma obecnie (i będzie miał w przyszłości) obowiązek dalszego świadczenia na podstawie umowy, o której mowa w pozwie. Istota żądania ustalenia sprowadza się więc nie tyle do określenia przesłanki dla ustalenia prawa powoda do żądania wynagrodzenia według stawek rynkowych, lecz do przesądzenia, czy powód (bez narażenia się na sankcje umowne i konsekwencje odszkodowawcze) może zaniechać dalszego świadczenia usług internetowych. W tym kontekście wyrok ustalający posiada walor rozstrzygający definitywnie spór co do zakresu wzajemnych praw i obowiązków stron wynikających z umowy o zamówienie publiczne. Skutku tego powód nie uzyska wytaczając powództwo o należności dotychczas wymagalne i opierając się na twierdzeniu, że świadczył bez podstawy prawnej. Nawet jeśli powód posiadałby inne roszczenia (spowodowane dotychczasowym wykonywaniem świadczenia) i w związku z tym wystąpić mógłby o zapłatę (zwrot świadczenia na podstawie art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c.), to prawo to nie pozbawia znaczenia wyroku ustalającego. Ustalenie będzie bowiem wyłączało spór co do istnienia prawa pozwanego do domagania się od powoda świadczenia niepieniężnego w kolejnych okresach rozliczeniowych (i skorelowanego z takim prawem obowiązku świadczenia przez powoda). Interes prawny zatem wyraża się w tym, że zgodne z żądaniem pozwu przesądzenie praw i obowiązków stron określa w sposób wiążący je wzajemne relacje związane z ewentualnym zaniechaniem świadczenia w przyszłości, odpowiedzialnością umowną powoda względem pozwanego za zaniechanie świadczenia czy wreszcie odpowiedzialnością powoda jako dostawcy usług internetowych (na co trafnie wskazano w apelacji).

W rezultacie Sąd odwoławczy, inaczej niż uczynił to Sąd I instancji przyjął, że powód wykazał istnienie interesu prawnego w żądaniu ustalenia nieistnienia (wygaśnięcia) umownego obowiązku świadczenia usług opisanych w sentencji.

Przystępując do oceny prawnej żądania pozwu, zwrócić należy uwagę na to, że spór między stronami sprowadza się do kwestii czy na podstawie umowy zawartej w ramach procedury zamówienia publicznego pozwany posiadał prawo do dokonania (poprzez jednostronne oświadczenie woli) doprecyzowania (zwiększenia) zakresu świadczenia powoda (zarówno jeśli chodzi o przedmiot jak i czas obowiązku świadczenia). Nie ma bowiem wątpliwości między stronami co do tego, że zobowiązanie powoda przyjęte zgodnie z wolą obu stron wyrażoną w umowie obejmowało obowiązek świadczenia usług internetowych (zapewnienia łącza internetowego) do wskazanych w umowie lokalizacji do dnia 19 sierpnia 2016 roku. Oś sporu sprowadza się więc do tego, czy umowa pozwałała pozwanemu na jednostronną modyfikację stosunku prawnego między stronami i ukształtowanie w ten sposób zobowiązania powoda do dalszego (odpłatnego) świadczenia w odniesieniu do wybranych przez siebie lokalizacji i w zakresie czasowym (nieprzekraczającym dalszych sześćdziesięciu miesięcy).

Pozwany uzasadnia takie prawo instytucją „opcji”, powołując się na możliwość konstruowania zamówienia publicznego zawierającego tego rodzaju konstrukcję prawną wywodzoną z treści art. 34 ust 5) PZP (a także z obecnej treści art. 135 ust. 6a pkt.2) PZP).

Przypomnieć należy jednak, że normy te (co trafnie dostrzega Sąd Okręgowy) są wynikiem implementacji przywołanych przez Sąd I instancji regulacji prawa europejskiego. Norma art. 34 w swej istocie dotyczy jedynie obowiązków (sposobu) uwzględniania prawa opcji (ustalania zakresu zamówienia przewidującego takie prawo) dla potrzeb określenia wartości zamówienia.

Norma ta stanowi bowiem, że jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.

Podobnie przepis art. 135 ust. 6a PZP zawiera jedynie wytyczne co do sposobu określania przedmiotu zamówienia z prawem opcji w przypadku zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania ogłoszeniem w odniesieniu do zamówień, o których mowa w art. 135 ust 5 ustawy (zamówień sektorowych). Ustawa ta nie reguluje natomiast w żaden sposób samej konstrukcji prawa określonego jako prawo opcji (opcja). Nie przewiduje bowiem wymagań co do treści umownego zastrzeżenia takiego uprawnienia, sposobu i czasu jego wykonania czy wreszcie skutków prawnych takiego zastrzeżenia.

Brak regulacji dostrzegany jest także w nauce prawa. Zarazem nie kwestionuje się dopuszczalności korzystania z tej konstrukcji różnie ją jednak definiując. Cytując publikacje Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza się mianowicie, że opcja polega na prawie podjęcia decyzji lub dokonania wyboru świadczenia. Twierdzi się też, że stanowi ona przyznane zamawiającemu prawo do jednostronnego kształtowania zamówienia zwłaszcza do jego rozszerzenia, które dotyczyć może zarówno wolumenu jak i czasu trwania zamówienia. W niektórych wypowiedziach ogranicza się dopuszczalność zastrzegania opcji wywodząc, że nie może ono obejmować prawa do rozszerzenia zakresu zamówienia na przedmiot tożsamy z zamówieniem pierwotnym wykazując, że tak rozumiane prawo opcji popada w kolizję z innymi przepisami prawa zamówień publicznych (służy obejściu przepisów o zamówieniu uzupełniającym - por. np. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. VII, WKP 2018, komentarz do art. 34, teza 7. i tam prezentowane zestawienie poglądów piśmiennictwa).

W tym świetle stwierdzić należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje zasadniczych elementów konstrukcyjnych prawa o którym mowa w art. 34 pkt 5). Wobec braku szczególnej regulacji ustawowej przyjąć należy, że w przepisie tym zezwolono zamawiającemu na pewną umowną swobodę kształtowania umowy w tym zakresie i umownego doprecyzowania konstrukcji ostatecznej treści praw i zobowiązań stron umowy. Przyjąć należy zatem, że (przy zachowaniu wymogów określonych w tym przepisie) ustawa dopuszcza zawarcie w umowie takiego postanowienia, które zezwoli na dookreślenie przez zamawiającego ostatecznej treści zamówienia już po zawarciu umowy (na etapie jej wykonywania).

Zgodnie z art. 139 ust 1 zatem stosować należy do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego przepisy kodeksu cywilnego. Odnosząc treść art. 34 ust. 5 PZP do norm prawa cywilnego znajdujących zastosowanie dla oceny umowy (w tym do art. 353<sup>1</sup> k.c.), należy stwierdzić że generalnie prawo cywilne nie wyklucza, by umowa zawierała zastrzeżenie dla zamawiającego prawa do jednostronnego wyboru świadczenia czy też prawa do żądania świadczenia dodatkowego w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia (uprawnienia kształtującego). Zatem zamawiający może zostać uprawniony do tego, by przez jednostronne oświadczenie woli skierowane do wykonawcy zamówienia publicznego już po zawarciu umowy doprowadzić do zmiany treści świadczenia należnego od wykonawcy.

Nie rozstrzygając sporów doktrynalnych dotyczących dopuszczalnego zakresu takiego uprawnienia w kontekście innych regulacji ustawy obejmujących tryb udzielania zamówienia (np. obligatoryjnego), stwierdzić należy, że wobec braku regulacji ustawowej, uprawnienie to musi zostać zawarte w umowie (objęte być zgodnymi oświadczeniami woli stron). Wykonanie prawa opcji w podanym rozumieniu wywoła bowiem skutek wiążący dla drugiej strony umowy.

Zatem umowa powinna zawierać zarówno zgodę stron na to, by zamawiający mógł jednostronnie doprowadzić do rozszerzenia (czy też np. poprzez wybór świadczenia - do skonkretyzowania) obowiązków wykonawcy, jak i regulować kwestie sposobu (terminu i zakresu) wykonania tego uprawnienia.

W nauce także wskazuje się na niezbędność zawarcia niezbędnego „uzewnętrznienia” w umowie zarówno zastrzeżenia prawa do skorzystania z opcji jak i przedmiotu tego prawa (odwołując się do analogicznych wymogów dotyczących postanowień o zmianie umowy – por. np. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, ibidem, A. Sasin, Prawo opcji w polskim systemie zamówień publicznych. Publikacje Elektroniczne ABC). Odróżniać zatem zwłaszcza należy obowiązki w zakresie „uzewnętrznienia” (już na etapie opisu przewidywanego zamówienia) woli wprowadzenia

szeroko rozumianego prawa opcji do przyszłej ( mającej zostać zawartą w wyniku prowadzonego postępowania) umowy (czego w istocie dotyczy regulacja art. 34 ust 5 PZP) od samego zastrzeżenia w umowie takiego prawa (które to zastrzeżenie oceniane musi być przy uwzględnieniu reguł prawa cywilnego).

Innymi słowy dla ustalenia, że zamawiający posiada kompetencję od jednostronnego ukształtowania treści umowy po jej zawarciu nie wystarcza samo zadeklarowanie (zamanifestowanie) na etapie postępowania przetargowego chęci (woli) skorzystania z takiego prawa , lecz konieczne jest, by strony w umowie zgodziły się na takie zastrzeżenie (a więc umówiły się o przyznanie takiego prawa zamawiającemu i co równie istotne określiły treść tego uprawnienia).

W tym kontekście zaś dla ustalenia treści umowy między stronami stosować należy niewątpliwie art. 65 §2 k.c. w zw. z art. 139 ust 1. PZP.

Według art. 65 §1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zgodnie zaś z art. 65 §2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Dokonując wykładni umowy jednak należy mieć na względzie to, że art. 139 ust 2 PZP zastrzega dla oświadczeń woli stron formę pisemną pod rygorem nieważności. Zarazem konieczne jest uwzględnienie szczególnego (regulowanego ustawą) sformalizowanego trybu postępowania poprzedzającego zawarcie umowy (przede wszystkim podstawowego znaczenia oświadczeń pisemnych składanych w ramach procedury przetargowej no, SIWZ, oferty itp.). Ustawowy wymóg formy pisemnej ad solemnitatem powoduje, że umowa nie może zostać zawarta przez czynności dorozumiane lecz oświadczenia woli konstruujące umowę muszą być złożone na piśmie.

Jeśli zaś oświadczenie woli składające się na treść umowy wymaga formy pisemnej to przyjąć należy, że wykładnia takiego oświadczenia dokonywana zgodnie z wzorcami określonymi art. 65 k.c. będzie możliwa dopiero wówczas, gdy zostanie wykazane, że oświadczenie to złożone zostało przez obie strony w wymaganej prawem formie. Niezachowanie ustawowej formy ad solemnitatem dla części umowy powodować będzie skutki określone w art. 58 §3 k.c. w zw. z art. 139 ust 1 PZP (a zatem spowoduje uznanie postanowień za niezastrzeżone i ewentualnie otworzy konieczność oceny, czy bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność została dokonana).

Biorąc pod uwagę więc wzorce wykładni oświadczeń złożonych w formie pisemnej, przypomnieć należy, że oświadczenia takie podlegają wykładni przede wszystkim w oparciu o tekst umowy (por. np. wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku SN z dnia 17 kwietnia 2018, I PK 28/17) a w procesie interpretacji w pierwszej kolejności stosować należy językowe reguły znaczeniowe przy uwzględnieniu kontekstu i związków treściowych między poszczególnymi postanowieniami zawartymi w tekście). Dopiero wówczas, gdy ustalone na takiej podstawie oświadczenia woli budzą wątpliwości co do rzeczywistego celu, jaki miały wywołać według zamiaru stron, wykładnia oświadczenia w formie pisemnej odwoływać się powinna do reguł pozajęzykowych.

Kwestia ta jest dobitnie widoczna w przypadku wykładni umów zawieranych w porządku prawnym dotyczącym zamówień publicznych, skoro wykonawca (oferent) posiada ograniczony wpływ na treść umowy (określoną najpierw przez SIWZ i jej projekt sporządzany przez zamawiającego a dopiero w drugiej kolejności przez ofertę, która musi przy tym spełniać wymogi stawiane przez zamawiającego) . Stąd też zgodnie z ogólnymi zasadami wykładni znajduje w tym przypadku zastosowanie reguła wykładni in dubio contra proferentem, nakładająca w swojej istocie na zamawiającego niekorzystne skutki sformułowań niejasnych i wątpliwych, zwłaszcza jeśli wątpliwości nie można usunąć w drodze wykładni odwołującej się do reguł językowych.

Odnosząc te uwagi do materiału procesowego poddanego pod osąd w niniejszej sprawie stwierdzić należy przede wszystkim to, że w sporządzonej w formie pisemnej umowie między stronami nie zawarto żadnych postanowień dotyczących prawa opcji (w tym zwłaszcza uprawnienia o treści wywodzonej w niniejszym procesie przez pozwanego). Już to powoduje, że nie można w drodze wykładni oświadczeń woli stron w ogóle przyjąć, by prawo takie zostało zastrzeżone. Brak w umowie zwłaszcza postanowień wskazujących na prawo pozwanego do wyboru zakresu

świadczenia polegającego na wskazaniu jedynie części lokalizacji, do których powód zobowiązany miałby być świadczyć usługę łącza internetowego oraz określenia czasu trwania tego obowiązku świadczenia.

W rezultacie na podstawie treści dokumentu obejmującego umowę nie można ustalić, by strony zgodziły się (wyraziły zgodne oświadczenia woli konstytuujące umowny stosunek prawny) co do zastrzeżenia na rzecz pozwanego prawa do jednostronnego zmodyfikowania treści stosunku prawnego.

Umowa w §16 czyni jednak swoją „integralną częścią” inne dokumenty, do których się w tym miejscu odwołuje. Rozważyć zatem należało, czy poprzez takie odwołanie nie „inkorporowano” do umowy postanowień dotyczących prawa opcji zawartych w tychże dokumentów. Wnioski takie nie wynikają jednak zwłaszcza z SIWZ, gdzie także nie zawarto żadnych postanowień precyzujących treść prawa zamawiającego do jednostronnego ukształtowania stosunku prawnego po jego zawarciu w sposób wiążący dla wykonawcy.

Pozwany wywodzi swoje racje w niniejszej sprawie przede wszystkim z treści formularza ofertowego twierdząc, że wskazano w nim w sposób wystarczająco jasny dla oferentów, iż opcja ma polegać na dostawie usług internetowych w czasie 60 miesięcy do wskazanych w formularzu lokalizacji. Pomija jednak w tej argumentacji to, że dokument ten stanowić może jedynie dowód zachowania wymogów z art. 34 ust 5 PZP (a zarazem dowód deklarowania na etapie postępowania przetargowego woli zamawiającego co do wprowadzenia do umowy konstrukcji opartej o opcję w podanym wyżej rozumieniu).

W takim sensie też rozpatrywać należy wypełnienie przez powoda odpowiednich pól w formularzu ofertowym. Fakt, że powód zdawał sobie sprawę z przedmiotowego zakresu zamówienia w rozumieniu art. 34 ust 5 PZP (a więc z tego, że zamawiający wykonanie części zamówienia uzależniać chce od swojej woli) nie oznacza zarazem (i oznaczać nie może), że strony zastrzegły ostatecznie w umowie takie prawo. Jak wyżej wskazano przeczy temu bowiem brak (zarówno w umowie jak i w SIWZ) wyraźnego określenia treści prawa powoda do jednostronnego ukształtowania umowy.

Jak wskazano, znaczenie dokładnego określenia treści prawa zamawiającego do ukształtowania umowy nie może być utożsamione bowiem jedynie z prawem złożenia oświadczenia. Równie istotne jest (na co zresztą wskazuje praktyka pozwanego na tle niniejszej sprawy) wyraźne wskazanie już na etapie postępowania przetargowego (a następnie odpowiednie umiejscowienie w umowie) zakresu uprawnienia zamawiającego do jednostronnego kształtowania umowy. Zatem istotne jest co najmniej określenie, czy zamawiający może dokonać jedynie wyboru świadczenia, czy też składać oświadczenia dotyczące żądania spełnienia w całości świadczenia objętego opcją albo swoim oświadczeniem ograniczyć obowiązki wykonawcy (ale też obowiązek zapłaty wynagrodzenia) jedynie do części tego świadczenia.

Chodzi tu zarówno o zakres przedmiotowy, jak i czasowy świadczenia (a zatem czy złożenie oświadczenia objętego opcją powoduje, że obowiązek świadczenia zostaje przedłużony na okres 60 miesięcy i dotyczy wszystkich wymienionych w ofercie lokalizacji, czy też zamawiający posiada prawo wyboru jedynie niektórych lokalizacji o określenia w odniesieniu do wybranych lokalizacji czasu świadczenia i czy może np. różnicować okres świadczenia co do poszczególnych z wybranych punktów, dla których zapewniony miał być dostęp do Internetu.

Konstatacji o braku umownego zastrzeżenia prawa opcji nie zmienia opis wartości zamówienia zawarty w umowie (porównanie ogólnej wartości zamówienia oraz wartości dotyczącej świadczenia umówionego, nieobjętego prawem opcji). Kwestia ta świadczy jedynie o zgodności wartości zamówienia w ofercie (SIWZ) i umowie. Nie dowodzi jednak tego, że zawarto postanowienia umowne konstytutywne dla związania powoda opcją. Dodać należy, że nawet w harmonogramie wykonania umowy nie przewidziano żadnych terminów dotyczących wykonania opcji, co także wskazuje na brak umownej regulacji prawa opcji.

O tym, że brak odpowiedniego opisu prawa opcji w umowie świadczy wreszcie eksponowany w sprawie sposób odpowiedzi przez zamawiającego na pytanie nr 73, złożone w toku postępowania przetargowego. Mimo konkretnego pytania dotyczącego kwestii związanych z zakresem prawa opcji, zamawiający poprzestał na zdawkowej informacji o tym, że „skorzystał” z tego prawa. Ujawniona w sprawie wieloznaczność takiej odpowiedzi i możliwość wyprowadzania z niej zupełnie skrajnych wniosków, czy wreszcie logiczna niespójność argumentacji dotyczącej przypadkowego użycia



czasu przeszłego, a także twierdzeń, iż sformułowanie to powinno być użyte w czasie przyszłym (co oznaczałoby wyraźną deklarację, że prawo opcji zostanie wykorzystane a zatem bezprzedmiotowość jego umownego zastrzeżenia), przy jednoczesnym braku postanowień w SIWZ dotyczących sposobu wykonania tego prawa, musi również świadczyć o tym, że pozwany jedynie informował o tym, że w ramach zamówienia przewiduje również świadczenia, które mają być objęte „prawem opcji”. Jak wskazano wyżej nie może to jednak oznaczać, że w umowie takie prawo ze skutkiem wiążącym dla powoda zastrzeżono a pozwany przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli zmienił treść stosunku umownego między stronami.

W świetle materiału procesowego nie ma zatem podstaw do tego, by przyjąć, że kwestie istotne dla ustalenia treści prawa opcji, jakie miałyby być zastrzeżone na korzyść zamawiającego w ogóle były przedmiotem postępowania przetargowego (skoro nie ma o nich wzmianki w dokumentacji przetargowej). Zatem brak umownej regulacji omawianej kwestii nie pozwala na uznanie, że doszło do zastrzeżenia na rzecz zamawiającego uprawnienia do jednostronnego skonkretyzowania obowiązku świadczenia (rozszerzenia zakresu tego obowiązku) jedynie przez umowne odesłanie (uczynienie elementem umowy) innych dokumentów (w tym oferty).

Wreszcie stwierdzić należy, że inne dokumenty (przez odesłanie) mogą precyzować jedynie umowę, wpływać na treść jej interpretacji czy wreszcie uzupełniać ogólne postanowienia. Nie mogą natomiast wprowadzać do umowy postanowień nie przewidzianych.

Ze względu na brak regulacji ustawowej nie jest natomiast możliwe zastosowanie (w braku postanowień umownych) właściwych przepisów prawa (art. 56 k.c.). Nie wykazano też, by istniały ukształtowane (ustalone) zwyczaje, które pozwalałyby na ustalenie treści umownego prawa zamawiającego do kształtowania umowy.

Stąd też za uzasadnione (choć częściowo z inną argumentacją) uznać należało, zarzuty naruszenia prawa materialnego sformułowane przez skarżącego, a odwołujące się wniosków prawnych wywodzonych z art. 29 PZP w zw. z art. 58 k.c. i 65 §2 k.c. .

W sprawie nie było sporu, że świadczenia nie objęte twierdzeniami pozwanego co do możliwości żądania ich spełnienia na podstawie prawa opcji, jakie miało przysługiwać zamawiającemu) zostały spełnione z końcem dnia 19 sierpnia 2016.

Skoro zaś nie dowiedziono, by w umowie zastrzeżone zostało prawo pozwanego do żądania dalszego świadczenia usług internetowych po tej dacie, to przyjąć należy, że powód wykazał, iż umowa wygasła z końcem dnia określonego w pozwie. Stąd też stosując normę art. 189 k.p.c. oraz art. 386 §1 k.p.c. należało zmienić zaskarżony wyrok w kierunku postulowanym przez skarżącego. W sentencji jedynie doprecyzowano (zgodnie zresztą z wystąpieniem pełnomocnika powoda) upływ terminu związania umową określając go na koniec dnia wskazanego w petitum pozwu.

Podzielenie stanowiska skarżącego czyni bezprzedmiotowym odnoszenie się do jego dalszych zarzutów dotyczących kwestii poprawności ustaleń faktycznych i naruszenia art. 328 §2 k.p.c.

Tak samo ocenić należało sformułowane w apelacji wnioski co do zgłoszonego w sprawie żądania ewentualnego.

Zmiana orzeczenia co do istoty sprawy spowodowała konieczność odpowiedniej modyfikacji rozstrzygnięcia zawartego w punkcie II poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda całości kosztów procesu związanych z postępowaniem przed Sądem I instancji. Rozstrzygnięcie to zapadło na podstawie art. 98 k.p.c.

Na zasądzoną z tego tytułu na rzecz powoda od pozwanego (jako przegrywającego sprawę w całości) kwotę składa się opłata od pozwu, wynagrodzenie pełnomocnika procesowego (5400) zł oraz opłata od pełnomocnictwa (17 zł). Wynagrodzenie pełnomocnika ustalono na podstawie §2 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku poz. 1804 ze zm.)

W punkcie II. wyroku rozstrzygnięto o kosztach postępowania apelacyjnego, stosując wynikającą z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. regułę odpowiedzialności za wynik procesu. Wobec uwzględnienia apelacji w całości, pozwany winien

jako przegrywający spór zwrócić stronie powodowej poniesione przez nią koszty postępowania przed sądem drugiej instancji. Powoda przed Sądem odwoławczym reprezentował profesjonalny pełnomocnik procesowy. Wysokość wynagrodzenia pełnomocników obu stron, z uwagi na wartość przedmiotu zaskarżenia, ustalona została na kwotę 4050 zł (jako 75% stawki minimalnej na podstawie §10 ust. 1 pkt. 2) w zw. z §2 pkt 6) i §8 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 w sprawie opłat za czynności radców prawnych - Dz. U. z 2015 roku poz. 1804 ze zm., w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji). Kwotę tę należało powiększyć o opłatę od apelacji (7140 zł).

Agnieszka Sołtyka Krzysztof Górski Artur Kowalewski