

Sygn. akt: KIO 823/19

KIO 826/19

KIO 844/19	WYROK	
	z dnia 12 czerwca 2019 r.	
Krajowa Izba Odwoławcza	- w składzie:	
	Przewodniczący:	Jolanta Markowska
	Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 r., 28 maja 2019 r. i 7 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę: IT Business Group Sp. z o.o., ul. Rydlówka 42c/5, 30-363 Kraków (KIO 823/19),

B. w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (KIO 826/19),

C. w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (KIO 844/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Poczta Polska S.A. ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 823/19, KIO 826/19, KIO 844/19 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 826/19 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy IT Business Group Sp. z o.o., ul. Rydlówka 42c/5, 30-363 Kraków zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 826/19 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 844/19 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. A. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 823/19 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia(OPZ), poprzez rozszerzenie dopuszczalnego rozmiaru matrycy tabletów w przedziale: 7-10";

B. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 826/19;

C. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 844/19;

2. umarza postępowanie odwoławcze w pozostałym zakresie, wobec uwzględnienia części zarzutów przez Zamawiającego oraz wycofania w części zarzutów przez odwołujących;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Poczta Polska S.A. ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa oraz odwołujących: T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa i Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości 45 000 zł

00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:

A kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: IT Business Group Sp. z o.o., ul. Rydlówka 42c/5, 30-363 Kraków (KIO 823/19) tytułem wpisu od odwołania;

B kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (KIO 826/19), tytułem wpisu od odwołania;

C kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (KIO 844/19) tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego Poczta Polska S.A. ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa na rzecz wykonawcy IT Business Group Sp. z o.o., ul. Rydlówka 42c/5, 30-363 Kraków stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 823/19

KIO 826/19

KIO 844/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (sektorowego) w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Dostawa urządzeń typu tablet z akcesoriami i licencji wraz ze świadczeniem usług serwisowych oraz usług transmisji danych na rzecz Poczty Polskiej S.A”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 kwietnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 082-195976. W tym samym dniu na Platformie SmartPZP Zamawiającego, zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

KIO 823/19

Wykonawca: IT Business Group Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „IT Business Group”) wniósł odwołanie na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonych postanowień SIWZ zgodnie z żądaniami zawartymi w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada możliwość złożenia konkurencyjnej oferty w postępowaniu, a niezgodny z prawem sposób dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia mu dostęp do zamówienia oraz możliwość złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji,

wyrażonych art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji - m.in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego, jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (m. in. wyrok KIO z 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z 24.01.2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11).

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cel i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też Zamawiający winien dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp jeśli wykaze, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję.

W Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) akcentuje się w sposób szczególny obowiązki podmiotu zamawiającego w aspekcie zagwarantowania konkurencyjności - vide motyw 74 Preambuły Dyrektywy 2014/24, wskazujący, że Specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju.

W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie tego celu. Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerszej. Zgodnie z art. 42 ust 2 Dyrektywy, odnoszącym się do wymagań w zakresie specyfikacji technicznych (opisy przedmiotu zamówienia w nomenklaturze dyrektywnej) - specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję.

Odwolujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń typu tablet z akcesoriami i licencji wraz ze świadczeniem usług serwisowych oraz usług transmisji danych. Aktualny opis przedmiotu zamówienia umożliwia zaoferowanie wyłącznie urządzeń marki Samsung Galaxy Tab 2 Active LTE. Jednocześnie opis ten z uwagi na wskazane poniżej parametry eliminuje możliwość ubiegania się o zamówienie z produktem Microsoft Surface Go LTE, a kwestionowane parametry techniczne ograniczają w sposób nieuzasadniony konkurencyjność.

1. Rozmiar matrycy

Jak wynika z treści opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymaga rozmiaru matrycy tabletu w przedziale 7-9". W ten sposób Zamawiający uniemożliwia zaoferowanie urządzenia firmy Microsoft, które posiada matrycę 10".

Odwolujący wskazał, że rozszerzenie dopuszczalnej wielkości matrycy nie ograniczy

funkcjonalności urządzenia, a dodatkowo, urządzenie Microsoft spełnia pozostałe wymagania SIWZ w zakresie dopuszczalnej wagi urządzenia wraz z etui, przy czym rozdzielczość z jaką może pracować tablet jest znacznie lepsza niż wymagana przez Zamawiającego jako minimalna, co przyczyni się do zwiększenia komfortu pracy użytkowników. W ocenie Odwołującego, zwiększenie dopuszczalnej wielkości matrycy nie spowoduje utrudnienia w korzystaniu z urządzeń, zwiększy konkurencyjność postępowania i pozwoli na wybór obiektywnie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o rozszerzenie dopuszczalnego rozmiaru matrycy tabletów do przedziału: 7-10".

2. Procesor.

Zamawiający wymaga w SIWZ procesora „co najmniej czterordzeniowy, taktowanie co najmniej 1.33 GHz”.

Produkt Microsoft jest wyposażony w procesor 2 rdzeniowy (4-wątkowy), z taktowaniem 1,6GHz, a jednocześnie wydajność procesora spełnia wymaganą minimalną ilość 7000 punktów w teście 3DMark Ice Storm Unlimited 3DMark w zakresie oceny wydajności obliczeniowej procesora.

Skoro zasadniczym celem Zamawiającego jest uzyskanie odpowiedniej funkcjonalności urządzenia, która w zakresie procesora i jego parametrów odnosi się wprost i jest definiowana przez wydajność tego podzespołu, to wydajność ta nie jest zależna od ilości rdzeni procesora ale od uzyskiwanych przez ten procesor wyników wydajności, te zaś są lepsze w przypadku procesora zainstalowanego w urządzeniach Microsoft, a mimo to nie ma możliwości złożenia oferty z tabletami tego producenta.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ - wymagań dotyczących procesora oferowanego tabletu w zakresie ilości rdzeni na - co najmniej dwurdzeniowy.

3. Wbudowany aparat fotograficzny (lub kamera) z lampą błyskową

Zamawiający wymaga w SIWZ, aby urządzenie posiadało wbudowany aparat fotograficzny (lub kamerę) z lampą błyskową z obiektywem na tylnej (w stosunku do ekranu) stronie urządzenia o rozdzielczości minimalnej 3Mpx, z autofocus umożliwiającym skanowanie kodów kreskowych/kodów QR.

Urządzenie firmy Microsoft posiada wbudowany w tylnej obudowie aparat/kamerę z autofocusem o rozdzielczości 8 Mpx oraz wbudowane źródło światła, które pozwala na skanowanie kodów kreskowych /kodów QR.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ, poprzez dopuszczenie poza lampą błyskową także wbudowanego źródła światła, które pozwala na skanowanie kodów kreskowych/kodów QR.

Odwołujący podniósł, że powyższe kwestionowane wymagania mają charakter ograniczający konkurencję i są nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a jednocześnie zmiany SIWZ, o jakie wnosi Odwołujący, nie powodują ograniczenia parametrów funkcjonalno-użytkowych zamawianych urządzeń.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 17 maja 2019 r.) Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 17 maja 2019 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie wymagań dotyczących procesora oraz w zakresie wymagań dotyczących wbudowanego aparatu fotograficznego umożliwiających skanowanie kodów kreskowych/kodów QR, uwzględniając żądanie Odwołującego. W związku z powyższym zarzut w zakresie pkt 2 dotyczącego procesora oraz w zakresie pkt 3 dotyczącego aparatu fotograficznego z lampą błyskową stały się

bezpiermiotowe. Odnosnie pozostałych wymagań SIWZ Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający Pzp, poprzez wskazanie na jednego producenta tudzież na konkretne rozwiązanie - urządzenie marki Samsung Galaxy Tab 2 Active LTE. Opis parametrów techniczno-użytkowych sprzętu został dokonany przez Zamawiającego z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji bez preferencji rozwiązań konkretnego producenta w celu ograniczenia konkurencji. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego, co najmniej 4 urządzenia różnych producentów spełniają wymagania postanowione przez Zamawiającego w zakresie urządzeń (3 urządzenia zgodnie z otrzymanymi ofertami w ramach badania rynku, które są spójne z analizą Zamawiającego i jedno dodatkowo po dokonaniu własnej analizy przez Zamawiającego). Wszystkie parametry wskazane przez Zamawiającego w przedmiotowym zakresie wynikają i są uzasadnione tylko i wyłącznie potrzebami

Zamawiającego wynikającymi z potrzeb użytkowników lub z wymagań postawionych przez klientów Zamawiającego w zakresie świadczonych przez niego usług doręczania przesyłek pocztowych, w szczególności Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru, jak chociażby wymogi Ministerstwa Sprawiedliwości w zakresie doręczania przesyłek sądowych. Okoliczność, że według subiektywnej opinii Odwołującego na podstawie określonych przez Zamawiającego parametrów nie będzie on w stanie złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu nie powoduje naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji. Na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Zamawiający podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego naruszeniem zasady konkurencyjności nie jest określenie wymogów, które są trudne dla spełnienia przez niektórych wykonawców, tudzież ograniczenie przedmiotu zamówienia do konkretnej technologii.

Z treści odwołania jednoznacznie wynika, że Odwołujący dysponuje urządzeniem Microsoft Surface GO LTE i chciałby go zaoferować, ale nie może, bo nie spełnia wymagań Zamawiającego. Oferta najkorzystniejsza to oferta najlepiej odpowiadająca potrzebom zamawiającego, co potwierdza orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie, por. wyrok SO w Warszawie z dnia 16.06.2003r., sygn. akt V Ca 1213/02, w którym Sąd wskazał, iż przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów.

Zamawiający podkreślił, że celem niniejszego postępowania jest uzyskanie urządzeń typu tablet, które odpowiadają potrzebom Zamawiającego i użytkowników tego sprzętu, który użytkowany będzie „w terenie” przez służby doręczeń Zamawiającego (tj. listonoszy), nie natomiast uzyskanie urządzenia, które według twierdzeń Odwołującego odpowiadają potrzebom Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie ma prawa żądać od Zamawiającego wprowadzenia do SIWZ treści przez niego preferowanych lub dla niego optymalnych z pominięciem realnych potrzeb Zamawiającego. Partykularne bowiem interesy Odwołującego nie mogą mieć pierwszeństwa przed ogólnym interesem Zamawiającego. Zamawiający ma bowiem prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który jest dla niego korzystny z punktu widzenia efektów realizacji zamówienia. Ma zatem prawo wskazywać określony sposób jego realizacji czy technologie, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 145/13, KIO 146/13.

Zamawiający wskazał, że aktualne wymagania w zakresie wielkości matrycy określone zostały w oparciu o dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego, potrzeby użytkowników, przy uwzględnieniu standardów obowiązujących na rynku kurierskim, jak również wymagań narzuconych przez jego klientów, ale jednocześnie z uwzględnieniem potrzeby zachowania konkurencyjności postępowania.

Urządzenie tablet będące przedmiotem postępowania stanowić będzie narzędzie pracy służby doręczeń (listonoszy), która polega na przenoszeniu i doręczaniu na wyznaczonym terenie znacznych ilości przesyłek listowych, druków bezadresowych, a na terenach wiejskich również i paczek. Na wyposażeniu listonosza, do realizacji powyższego, znajduje się torba listonosza, saszetka do pieniędzy, tablet, ewentualnie wózek do przewożenia korespondencji. Rejony pod kątem środka transportu dzielą się, m.in. na: piesze, rowerowe, motorowerowe, samochodowe. Każdy rodzaj wykorzystywanego środka wymusza na listonoszu różny sposób przenoszenia, czy przewożenia przesyłek, aby w zakładanym czasie zrealizować usługi dla klientów. Doręczanie przesyłek na urządzeniu odbywa się w ten sposób, że listonosz przekazuje klientowi tablet i rysik do podpisu w mieszkaniu, na klatce schodowej, na posesji, przy bramie, bez możliwości położenia go na stabilnym podłożu. Obecnie Zamawiający używa urządzeń o przekątnej ekranu 8 cali i taka wielkość albo nawet mniejsza jest dla Zamawiającego preferowana z punktu widzenia użytkowania i ergonomii pracy. Nie chcąc jednak ograniczać konkurencyjności w postępowaniu Zamawiający rozszerzył maksymalny rozmiar urządzenia do 9 cali, który w jego ocenie jest wielkością maksymalną. W tym miejscu należy wskazać, iż standardy urządzeń na rynku kurierskim oscylują w wielkościach rzędu 4-5" Zamawiający wyłącznie z uwagi na wymagania Ministerstwa Sprawiedliwości w zakresie matrycy urządzeń służących do doręczeń przesyłek sądowych określił jej wymagania z uwzględnieniem wyższych parametrów, co nie oznacza, iż jest mu zupełnie obojętny maksymalny rozmiar matrycy w użytkowanych urządzeniach. Odwołujący żąda od Zamawiającego, aby zwiększył rozmiar do 10", ale powstaje od razu pytanie a dlaczego tylko do 10, są rozwiązania, które mają matrycę 10,1", więc można permanentnie zwiększać o kolejne wielkości, ale za chwilę okaże się że dojdziemy do absurdu i do wielkości matrycy laptopa 14". Zamawiający tą granicę określił na poziomie 9". Zamawiający wskazał, że 1 cal to 2,54 cm, co przy urządzeniu używanym w terenie znaczy bardzo dużo, oraz że to nie jest tylko 1 cal, jeśli spojrzymy z punktu widzenia optymalnego rozwiązania Zamawiającego, ale 2-3". Od przekątnej, którą wskażemy, zależeć będzie między innymi komfort pracy oraz mobilność, nie mówiąc już o większym ryzyku uszkodzeń (większa powierzchnia użytkowa).

Potrzeby użytkowników były na bieżąco konsultowane i ustalane, jak również ponownie weryfikowane już na etapie złożonego odwołania i jednoznacznie w ocenie pracowników Zamawiającego używanie tabletów powyżej 9 cali utrudnia im pracę ponieważ takie urządzenie jest nieporęczne, przez co ogranicza im ergonomię pracy, w opinii niektórych z nich nawet użytkowanie urządzenia powyżej 8 cali jest wątpliwe. Jako dowód Zamawiający przedłożył przykładową korespondencję pracowników oraz związków zawodowych.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu, jako w całości bezpodstawnego, a w konsekwencji o oddalenie odwołania w całości.

KIO 826/19

Wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści postanowień SIWZ. Zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie załącznika nr 7 do SIWZ Wzoru Umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego w zakresie, w jakim wykonawca w zależności od ilości tygodni podanej przez niego w formularzu ofertowym, zobowiązany jest do zakończenia wdrożenia w terminie nie dłuższym odpowiednio niż 8, 7, 6, 5, 4 lub mniej tygodni od daty podpisania umowy (rozdział 4 ust. 4.2.1 Wzoru Umowy), przy czym, jak wynika z punktacji przyznawanej przez Zamawiającego w tym zakresie, w ramach kryterium oceny ofert pożądanym przez Zamawiającego terminem jest termin 4 lub mniej tygodni;

2. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie, w jakim w SIWZ, w Załączniku nr 2 do umowy stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia oraz w załącznikach do SIWZ i OPZ:

a) zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego wzorem Załącznika nr 1a do Formularza ofertowego - Formularzem rzeczowo-cenowym dla dostawy urządzeń typu tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych w tabeli Cennik szczegółowy oraz Szacowany koszt realizacji napraw nieobjętych gwarancją w trakcie trwania umowy Zamawiający wymaga wyceny określonych usług nie wskazując, czy mają one dotyczyć Urządzeń czy Urządzeń Własnych, co uniemożliwia wycenę tego elementu zamówienia;

b) Zamawiający wymaga, aby w poz. 16 Inne tabeli Cennik szczegółowy oraz w poz. 16 Usługa Serwisowa Nieobjęta Gwarancją Urządzeń - Naprawa/Wymiana Inne tabeli Szacowany koszt realizacji napraw nieobjętych gwarancją w trakcie trwania umowy zawartych w Załączniku nr 1a do Formularza Ofertowego Formularzu rzeczowo-cenowym wykonawca podał ryczałtową cenę wszelkich elementów/napraw nie ujętych w cenniku, co powoduje, że kategoria ta ma charakter otwarty i może być dowolnie interpretowana na etapie realizacji zamówienia, a w efekcie wykonawca nie jest w stanie oszacować ryzyka i kosztów związanych z koniecznością dokonywania napraw lub wymiany elementów, które mogą zostać do niej

zakwalifikowane;

c) dla każdego Urządzenia wykonawca powinien zapewnić dostarczenie aktualizacji bezpieczeństwa przez cały okres obowiązywania Umowy, a w przypadku wystąpienia podatności niemożliwych do usunięcia w trybie aktualizacji systemu operacyjnego, dostawca (wykonawca) zobowiązany jest do zapewnienia rozwiązania zastępczego, minimalizującego możliwość wykorzystania wykrytych podatności, podczas gdy zapewnienie aktualizacji bezpieczeństwa i usuwanie podatności należą do sfery obowiązków producenta urządzenia, i to producent urządzenia określa jak długo tego typu usługi będą świadczone (pkt 1.4.7 OPZ);

d) wykonawca zobowiązany jest do przygotowania i dostarczenia Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem w terminie 10 Dni Roboczych od dnia zawarcia umowy, w sytuacji gdy szereg danych zostanie przekazanych przez Zamawiającego dopiero na etapie przygotowania Projektu Technicznego (bez dokładnego sprecyzowania kiedy to nastąpi), a sama procedura zatwierdzenia Projektu Technicznego nie jest ograniczona terminem lub ilością zgłoszeń, w ramach których Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia i jednocześnie Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę za opóźnienie w dostarczeniu Projektu Technicznego (Rozdział 4 ust. 4.2.3.1 Wzoru Umowy, Rozdział 5 ust. 5.1.2 Wzoru Umowy oraz pkt 3.2 i pkt 3.3 OPZ);

e) stan aktualizacji i konfiguracji systemu operacyjnego Urządzeń wraz z niezbędnymi licencjami oraz oprogramowania układowego, które mają być wgrane na Urządzenia przed ich dostawą oraz w ramach Zgłoszenia Serwisowego, zgodnie z Załącznikiem nr 6 do Umowy, zostanie ustalony dopiero na etapie Projektu Technicznego, co powoduje, że wykonawca nie jest w stanie określić kiedy i na jakich zasadach zostaną mu udostępnione posiadane przez Zamawiającego Licencje systemu MDM, a w efekcie - kiedy będzie mógł przystąpić do „ogrania” urządzeń i dostarczyć je Zamawiającemu, w sytuacji gdy termin Wdrożenia i dostawy Zestawów/Elementów Zestawów stanowi jedno z kryterium oceny ofert (3.2.1.2. OPZ);

f) Zamawiający przekaze wykonawcy decyzję o stosowaniu bądź niestosowaniu kodów PIN w dostarczonych kartach SIM dopiero na etapie przygotowania Projektu Technicznego, co powoduje, że na etapie sporządzenia oferty wykonawca nie jest w stanie ustalić jakie karty

SIM będzie zobowiązany dostarczyć (z kodem PIN czy bez kodu), a w efekcie nie jest w stanie w należyty sposób oszacować kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 3.3.9 OPZ);

g) Zamawiający nieprecyzyjnie i niejednoznacznie wskazał liczbę baterii, które przez cały okres Umowy wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć w przypadku zaoferowania rysików zasilanych baterijnie, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (Tabela nr 1 Wymagania techniczne dla Urządzenia, W. 1.14 i W. 1.27 OPZ);

h) Zamawiający wymaga zapewnienia ciągłości dostępności Urządzenia w okresie obowiązywania gwarancji, a w przypadku braku dostępności Urządzenia z przyczyn niezależnych od wykonawcy - dopuszcza zastąpienie Urządzenia innym Urządzeniem, które musi spełniać wymagania określone w wymogu W. 1.35 OPZ, przy jednoczesnym braku dopuszczenia w takiej sytuacji możliwości zmiany Wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy;

i) Zamawiający nie określił lokalizacji, dla których wykonawca zobowiązany będzie zapewnić łącza z prywatnego APN, co uniemożliwia oszacowanie kosztów związanych z realizacją tego elementu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty (pkt 6, Tabel nr 2 Wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, W.3.1 OPZ);

j) w przypadku braku możliwości zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych na terenie placówek Zamawiającego, wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia jednego ze wskazanych przez Zamawiającego rozwiązań technicznych, bez jednoczesnego określenia listy placówek Zamawiającego na terenie, których mogą występować problemy z zapewnieniem stabilnego zasięgu tej usługi (brak informacji o liczbie takich placówek, potencjalnych powodach takich trudności jak np. materiał, z którego został wykonany budynek, jego usytuowanie), co uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty (pkt 6.1.6 OPZ oraz pkt 2.3 i 2.4 Załącznika nr 6 do Umowy, Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe);

k) wykonawca zobowiązany jest do świadczenia Usług Transmisji Danych, Usług Serwisowych Gwarancyjnych oraz Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją dla Urządzeń Własnych Zamawiającego, wskazanych w Załączniku nr 12 do Umowy, w sytuacji gdy wspomniany Załącznik nr 12 stanowi pusty dokument, a Zamawiający nie podał żadnych informacji dotyczących tych urządzeń, takich jak ich liczba, typ, rodzaj, marka, model, stan techniczny, co uniemożliwia oszacowanie kosztów związanych z zapewnieniem tych usług i uwzględnienie ich w cenie oferty (pkt 9 OPZ);

l) wprowadzono zastrzeżenia, że Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń w trakcie testów (pkt 1 str. 1 załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń);

3. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14,

art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie Załącznika nr 7 do SIWZ Wzór Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim:

a) zgodnie z rozdziałem 3 ust. 3.5.2. Wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu spełniających wymagania OPZ przez cały okres obowiązywania umowy, a niezapewnienie tego zobowiązania obwarowane jest karą umowną w kwocie 5.000.000 zł (Rozdział 9, ust. 9.1.1.14 Wzoru Umowy), przy czym jednocześnie Zamawiający wymaga dostarczenia Urządzeń fabrycznie nowych i nie dopuszcza składania ofert opartych na Urządzeniach prototypowych (pkt 1.4.8 i 1.4.9 OPZ), co powoduje, że Zamawiający istotnie ogranicza wykonawcom możliwość wyboru urządzenia, a postawione przez niego wymagania są oderwane do realiów rynkowych, gdyż nie uwzględniają długości życia i zapewnienia wsparcia producenta dla tego typu produktów;

b) w rozdziale 4 ust. 4.1.2 oraz ust. 4.1.3 i w Rozdziale 12 ust. 12.1.1 Wzoru Umowy, Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany istotnych postanowień Umowy, polegającej na przedłużeniu okresu obowiązywania Umowy o czas niezbędny do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, ale nie dłuższy niż 12 miesięcy, bez możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu świadczenia usług w przedłużonym okresie obowiązywania Umowy;

c) w rozdziale 4 ust. 4.2.4 Wzoru Umowy wskazano że na żądanie Zamawiającego wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć do siedziby Zamawiającego 20 sztuk Zestawów, nie regulując przy tym w jaki sposób dostawa ta zostanie rozliczona pomiędzy Stronami, w tym czy Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za dostarczone Zestawy lub dokona ich zwrotu;

d) w rozdziale 5 ust. 5.3.7 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł, że ma prawo do rezygnacji z korzystania z Usługi Transmisji Danych dla poszczególnych Kart SIM, a ilość wyłączonych Usług nie przekroczy 20% z łącznej puli Usług Transmisji Danych, bez jednoczesnego dookreślenia jakiego okresu dotyczy próg 20% całego okresu obowiązywania

umowy czy poszczególnych Okresów Rozliczeniowych;

e) w rozdziale 7 ust. 7.5.2 Wzoru Umowy przewidziano że w przypadku gdy w Raporcie Miesięcznym stwierdzono Błąd lub Brak w raporcie, plik zostaje odrzucony, a Zamawiający wzywa wykonawcę do przedstawienia poprawionego danego Raportu Miesięcznego, przy czym sformułowana przez Zamawiającego definicja Błędu w Raporcie i Braku w Raporcie jest niejednoznaczna i nieprecyzyjna (Definicje, załącznik nr 1 do Umowy), a jednocześnie dopuszczono możliwość wielokrotnego zgłaszania przez Zamawiającego zastrzeżeń do tego samego Raportu Miesięcznego (Rozdział 7 ust. 7.5.3 Wzoru Umowy), a za dzień otrzymania Raportu Miesięcznego uważa się dzień przekazania przez wykonawcę Raportu Miesięcznego, do którego Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń (ust. 7.5.5 Wzoru Umowy);

f) w rozdziale 9 Wzoru Umowy, Zamawiający przewidział kary umowne za:

1. opóźnienie, a nie za zwłokę;
2. opóźnienie w realizacji Wdrożenia w terminie gwarantowanym (ust. 9.1.1.2) i jednocześnie karę za opóźnienie w dostawach w terminie gwarantowanym (ust. 9.1.1.3), czyli za pokrywające się przypadki, co w efekcie może doprowadzić do dwukrotnego nałożenia na wykonawcę kary za to samo zdarzenie;
3. opóźnienie w dostawach w terminie gwarantowanym do poszczególnych Lokalizacji wskazanych w Projekcie Technicznym w sposób, który uniemożliwia ustalenie, jaka kara (w jakiej wysokości) i w jakich okolicznościach zostanie nałożona na wykonawcę (ust. 9.1.1.2);
4. opóźnienie w Naprawie Wad, w tym w ramach Usług Serwisowych Gwarancyjnych lub Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją, w sytuacji gdy wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Urządzenie Zastępcze i Akcesorium zastępcze, a zatem Zamawiający może w dalszym ciągu realizować założone cele (ust. 9.1.1.2);
5. niedostępność kanałów komunikacji w rażąco wygórowanej wysokości, tj. aż 20 000 zł za każdy rozpoczęty dzień niedostępności, nie określając, czy kara zostanie nałożona za niedostępność wszystkich kanałów jednocześnie czyli za brak możliwości kontraktu z wykonawcą czy za niedostępność jednego z tych kanałów oraz nie przewidując przy tym jednocześnie żadnych mechanizmów dyscyplinujących umożliwiających wyegzekwowanie przez wykonawcę dostępności kanałów komunikacji po stronie Zamawiającego (ust. 9.1.1.5);
6. opóźnienie w dostarczeniu Urządzenia Zastępczego (wraz z Kartą SIM), Akcesorium zastępczego w rażąco wygórowanej wysokości, tj. w kwocie 100 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia osobno dla każdego Urządzenia Zastępczego lub Akcesorium zastępczego bez jednoczesnego wprowadzenia mechanizmu dyscyplinującego umożliwiającego wykonawcy wyegzekwowanie od Zamawiającego zwrotu Urządzenia Zastępczego lub Akcesorium zastępczego (ust. 9.1.1.13);
7. niezapewnienie przez wykonawcę zobowiązania określonego w pkt 3.2.5 Wzoru Umowy w rażąco wygórowanej wysokości aż 5 000 000 zł (ust. 9.1.1.14);
8. bez wprowadzenia ograniczenia procentowego co do wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy;
- g) nie przewidziano procedury reklamacyjnej w przypadku nałożenia przez Zamawiającego kar umownych, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia kary umownej (rozdział 9 ust. 9.1.4 i ust. 9.1.5 Wzoru Umowy);
- h) w rozdziale 13 Wzoru Umowy przewidziano, że Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym albo odstąpienia z zachowaniem prawa do kar umownych określonych w rozdziale 9, w przypadku, gdy:
 1. opóźnienie w realizacji obowiązków wynikających z Umowy przekroczy 30 dni kalendarzowych (ust. 13.1.1.3);
 2. innych rażących i uporczywych naruszeń postanowień Umowy przez wykonawcę (ust. 13.1.1.8);
4. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie Załącznika nr 6 do Umowy Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwiający oszacowanie ceny oferty, a w konsekwencji mogący prowadzić do nieporównywalności ofert w zakresie, w jakim:
 - a) wykonawca zobowiązany jest do dokumentowania procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia, naprawy uszkodzenia oraz przekazania lub udostępniania nagrania video i dokumentacji zdjęciowej z tych czynności Zamawiającemu (pkt 1.11 i 1.23 Załącznika nr 6 do

Umowy);

b) w przypadku, gdy całkowity czas realizacji zgłoszenia przekroczy 60 dni kalendarzowych od dnia zarejestrowania zgłoszenia przekazane przez wykonawcę Urządzenie Zastępcze przechodzi na własność Zamawiającego na podstawie oświadczenia Zamawiającego o rezygnacji z naprawy i przejęciu urządzenia na stan (pkt 5.2.4 Załącznika nr 6 do Umowy), co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego;

c) niezależnie od tego czy Wada zostanie zakwalifikowana do Naprawy w ramach gwarancji czy do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją wykonawca zobowiązany jest de facto do wymiany Akcesorium, gdyż po dokonaniu Naprawy Akcesorium, Akcesorium zastępcze przekazane do placówki staje się Akcesorium docelowym, co w sytuacji braku realnej możliwości wykazania przez wykonawcę, że Wada powinna być zakwalifikowana do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją powoduje, że wszelkie Wady będą kwalifikowane do Naprawy w ramach gwarancji, a zatem do naprawy za którą wykonawca nie otrzymuje dodatkowego wynagrodzenia, co w efekcie powoduje, że wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z wykonywaniem Napraw Akcesoriów w ramach gwarancji i uwzględnienia ich w cenie oferty (pkt 5.3 Załącznika nr 6 do Umowy, Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe).

d) jeżeli wykonawca nie usunie Wady/Awarii po pierwszym Zgłoszeniu Serwisowym w terminie, to Zamawiający jest uprawniony, bez konieczności kolejnego wezwania i ustalania dodatkowego terminu, samodzielnie usunąć Wady/Awarie lub zlecić ich usunięcie osobom trzecim, a powstałe koszty potrącić z wynagrodzenia wykonawcy, z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub obciążyć tymi kosztami wykonawcę (pkt 1.17);

e) podstawę zamknięcia danego zgłoszenia serwisowego stanowi potwierdzenie przez Zamawiającego Naprawy albo wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM dokonane w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym (pkt 1.21 ppkt 1.21.1);

f) w przypadku, gdy w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym Zamawiający stwierdzi nieskuteczność usunięcia Awarii lub Wady - wykonawca dokona powtórnej naprawy w ramach dokonanego wcześniej zgłoszenia (pkt 1.21 ppkt 1.21.2);

Odwolujący wnioś o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez:

1. wskazanie w rozdziale 4 ust. 4.2.1 załącznika nr 7 Wzoru Umowy, że wykonawca zobowiązuje się do zakończenia Wdrożenia w terminie gwarantowanym nie dłuższym niż podana przez niego w formularzu ofertowym ilość tygodni, tj. odpowiednio w terminie 20, 19, 18, 17, 16, 15, 14, 13, 12, 11 lub 10 lub mniej tygodni od dnia Odbioru Projektu Technicznego przez Zamawiającego, a w konsekwencji dokonanie modyfikacji kryterium oceny ofert P4 - Gwarantowany termin Wdrożenia i dostawy Zestawów/Elementów Zestawów do Lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego:

20 tygodni - 0 pkt;

19 tygodni -1 pkt;

18 tygodni - 2 pkt;

17 tygodni - 3 pkt;

16 tygodni - 4 pkt;

15 tygodni - 5 pkt;

14 tygodni - 6 pkt;

13 tygodni - 7 pkt;

12 tygodni - 8 pkt;

11 tygodni - 9 pkt;

10 - tygodni lub mniej -10 pkt.

Najdłuższy możliwy do zadeklarowania przez wykonawcę termin Wdrożenia i dostawy wynosi 20 tygodni.

2. wprowadzenie do treści SIWZ, OPZ i załączników następujących zmian:

a) wprowadzenie do Załącznika nr 1a do Formularza ofertowego - Formularza rzeczowo-cenowego dla dostawy urządzeń typu tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych tabeli lub tabel, w których wykonawca będzie zobowiązany wycenić naprawy/wymiany uszkodzeń nieobjętych gwarancją oddzielnie dla Urządzeń i Akcesoriów objętych ofertą i Urządzeń Własnych Zamawiającego ze wskazaniem szacowanej ilości uszkodzeń w miesiącu jaką wykonawca będzie zobowiązany uwzględnić w ofercie;

b) usunięcie z Załącznika nr 1a do Formularza ofertowego - Formularza rzeczowo-cenowego dla dostawy urządzeń typu tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych pozycji poz. 16 Inne tabeli Cennik szczegółowy oraz poz. 16 Usługa Serwisowa Nieobjęta Gwarancją Urządzeń -Naprawa /Wymiana Inne tabeli Szacowany koszt realizacji napraw nieobjętych gwarancją w trakcie trwania umowy, ewentualnie

określenie zamkniętego katalogu napraw/wymian, które obejmuje ta pozycja lub wskazanie, że koszt wykonania innych napraw nieprzewidzianych w cenniku zostanie każdorazowo ustalony przez Strony;

c) wykreślenie pkt 1.4.7 OPZ ewentualnie

zmodyfikowanie pkt 1.4.7 OPZ, poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zapewniał dostęp do aktualizacji bezpieczeństwa udostępnianych przez producenta Urządzenia, przez cały okres przez jaki będą one udostępniane przez producenta Urządzenia, jednak nie dłużej niż przez cały okres obowiązywania Umowy;

d) wskazanie, w rozdziale 4 ust. 4.2.3.1 Wzoru Umowy oraz pkt 3.2 i pkt 3.3 OPZ, że wykonawca zobowiązany jest do przygotowania i dostarczenia Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem oraz zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do Odbioru Projektu Technicznego w terminie 10 Dni Roboczych od dnia przekazania przez Zamawiającego pełnego комплекtu danych niezbędnych do sporządzenia Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem oraz zakończenia uzgodnienia pomiędzy stronami kwestii określonych w OPZ, oraz

doprecyzowanie w Rozdziale 9 ust. 9.1.1.1. Wzoru Umowy, że przez opóźnienie w dostarczeniu Zamawiającemu Projektu Technicznego należy rozumieć opóźnienie w zgłoszeniu Zamawiającemu gotowości do Odbioru Projektu Technicznego;

e) wskazanie w treści OPZ stanu aktualizacji i konfiguracji systemu operacyjnego Urządzeń wraz z niezbędnymi Licencjami oraz oprogramowania układowego, które mają być wgrane na Urządzenia przed ich dostawą oraz w ramach Zgłoszenia Serwisowego zgodnie z Załącznikiem nr 6 do Umowy, w tym wskazanie kiedy i na jakich zasadach zostaną wykonawcy udostępnione posiadane przez Zamawiającego Licencje systemu MDM (3.2.1.2. OPZ);

f) określenie w treści OPZ, czy w dostarczonych przez wykonawcę na potrzeby realizacji zamówienia Kartach SIM ma być zastosowany kod PIN czy też nie ma on być stosowany (pkt 3.3.9 OPZ);

g) precyzyjne wskazanie liczby baterii, które w przypadku zaoferowania rysików zasilanych baterią będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca przez cały okres Umowy (Tabela nr 1 Wymagania techniczne dla Urządzenia, W. 1.14 i W. 1.27 OPZ)

oraz

dodanie do Załącznika nr 1 a do Formularza ofertowego - Formularza rzeczowo-cenowego dla dostawy urządzeń typu tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych pozycji umożliwiającej ich oddzielną wycenę;

h) wykreślenie z Tabela nr 1 Wymagania techniczne dla Urządzenia, wymogu W. 1.35 OPZ ewentualnie

ograniczenie wymogu określonego w W. 1.35 do okresu trwania umowy (a nie jak obecnie przez cały okres obowiązywania gwarancji) oraz wprowadzenie do Rozdziału 12 Wzoru Umowy postanowienia, zgodnie z którym, w sytuacji konieczności zastąpienia zaoferowanego przez wykonawcę Urządzenia innym Urządzeniem, Strony przewidują zmianę Umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy co najmniej o koszty wynikające z różnicy pomiędzy ceną rynkową Urządzenia uwzględnionego w ofercie i tego innego Urządzenia;

i) wskazanie w treści OPZ lokalizacji, dla których wykonawca zobowiązany będzie zapewnić łącza z prywatnego APN (Tabela nr 2 Wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, W. 3.1 OPZ);

j) podanie w OPZ listy placówek, w których dotychczas występowały lub mogą wystąpić problemy z zapewnieniem stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych, dla których wykonawca będzie zobowiązany uwzględnić w ofercie zastosowanie jednego z przewidzianych przez Zamawiającego w OPZ rozwiązań (pkt 6.1.6 OPZ oraz pkt 2.3 i 2.4 Załącznika nr 6 do Umowy, Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe

Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe);

k) udostępnienie wykonawcom na Platformie Zamawiającego wypełnionego Załącznika nr 12 do Umowy Lista Urządzeń Własnych objętych Usługą Serwisową Gwarancyjną i Usługą Serwisową Nieobjętą Gwarancją oraz doprecyzowanie definicji Urządzenia Własne zawartej w Załączniku nr 1 do Umowy, poprzez dodanie informacji, że zamknięta, pełna lista tych urządzeń została określona w Załączniku nr 12 do Umowy;

l) zmodyfikowanie zastrzeżenia zawartego w pkt 1 str. 1 Załącznika nr 1 do OPZ Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń, poprzez wskazanie, że Zamawiający będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń w trakcie testów;

3. wprowadzenie do Załącznika nr 7 do SIWZ Wzór Umowy następujących zmian:

a) usunięcie z rozdziału 3 postanowienia ust. 3.2.5, a w konsekwencji rozdziału 9 ust. 9.1.1.14, a także usunięcie pkt 1.4.9 OPZ;

b) usunięcie w rozdziale 4 postanowienia ust. 4.1.2 oraz ust. 4.1.3 i odpowiednio w rozdziale 12 postanowienia ust. 12.1.1 ewentualnie zmodyfikowanie ich w taki sposób, że przedłużenie okresu obowiązywania Umowy o czas niezbędny do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, ale nie dłuższy niż 12 miesięcy będzie następowało w formie aneksu, w którym Strony ustalą wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu świadczenia usług na przedłużony okres obowiązywania Umowy;

c) doprecyzowanie w rozdziale 4 ust. 4.2.4, że dostarczone przez wykonawcę na żądanie Zamawiającego 20 sztuk Zestawów zostanie zaliczone na poczet przyszłych dostaw (odjęte z ogólnej puli Zestawów jakie wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć w okresie obowiązywania Umowy) ewentualnie wprowadzenie do Załącznika nr 1a do Formularza ofertowego oraz do Wzoru Umowy odrębnej pozycji umożliwiającej wykonawcy oddzielną wycenę tych 20 Zestawów;

d) doprecyzowanie w rozdziale 5 ust. 5.3.7, że ilość wyłączonych Usług nie przekroczy 5% z łącznej puli Usług Transmisji Danych przez cały okres obowiązywania Umowy, przy czym Zamawiający gwarantuje, że przez pierwsze 12 miesięcy nie zrezygnuje z Usług;

e) doprecyzowanie definicji Błędu w Raporcie, poprzez wskazanie konkretnych nieprawidłowości, które zostaną uznane za błąd, a także ograniczenie liczby wezwań do poprawienia raportu, jakie Zamawiający może skierować do wykonawcy do dwóch wezwań, jak również zmodyfikowanie ust. 7.5.5 Wzoru Umowy, poprzez wskazanie, że za dzień otrzymania Raportu Miesięcznego uważa się dzień przekazania przez wykonawcę Raportu

Miesięcznego (wykreślenie: do którego Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń);

f) w rozdziale 9 Wzoru Umowy:

1. wskazanie, że kary umowne należą się Zamawiającemu za zwłokę, a nie za opóźnienie;

2. wskazanie, że w przypadku zwłoki (po zmianie zgodnie z pkt 1 powyżej) w dostawach w terminie gwarantowanym, na wykonawcę może zostać nałożona wyłącznie kara przewidziana ust. 9.1.1.3 Wzoru Umowy, tj. Zamawiający nie jest uprawniony do kumulowania jej z karą przewidzianą w ust. 9.1.1.2 Wzoru Umowy;

3. zmodyfikowanie ust. 9.1.1.3 Wzoru Umowy, poprzez wskazanie, że kara zostanie nałożona w kwocie 10 zł za każdy Zestaw (wykreślenie: „/10 zł za każdy Element Zestawu”) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

4. wykreślenie ust. 9.1.1.4 Wzoru Umowy;

5. obniżenie kary umownej przewidzianej w ust. 9.1.1.5 Wzoru Umowy za niedostępność kanałów komunikacji z 20 000 zł do 2 000 zł oraz zdefiniowanie, że zostanie ona nałożona tylko w przypadku niedostępności wszystkich kanałów komunikacji, a nie jednego z nich, a także wprowadzenie mechanizmów umożliwiających wyegzekwowanie przez wykonawcę dostępności kanałów komunikacji po stronie Zamawiającego (np. w postaci analogicznych kar umownych, które Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić na rzecz wykonawcy);

6. obniżenie kary umownej przewidzianej w ust. 9.1.1.13 Wzoru Umowy, tj. kary za opóźnienie w dostarczeniu Urządzenia Zastępczego (wraz z Kartą SIM), Akcesorium zastępczego ze 100 zł do 10 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia osobno dla każdego Urządzenia Zastępczego lub Akcesorium Zastępczego oraz wprowadzenia mechanizmu dyscyplinującego umożliwiającego wykonawcy wyegzekwowanie od Zamawiającego zwrotu Urządzenia Zastępczego lub Akcesorium Zastępczego (np. w postaci analogicznych kar umownych, które Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić na rzecz wykonawcy);

7. wykreślenie ust. 9.1.1.14 Wzoru Umowy;

8. wprowadzenie ograniczenia procentowego wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie obowiązywania Umowy (nie więcej niż 20%) w stosunku do wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia;

g) wprowadzenie do rozdziału 9 postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przestank

naliczenia kar umownych;

h) usunięcie w rozdziale 13 Wzoru Umowy postanowienia ust. 13.1.1.3 i ust. 13.1.1.8;

4. wprowadzenie do Załącznika nr 6 do Umowy Gwarancja, Usługi Serwisowe

Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe, następujących zmian:

a) usunięcie obowiązku dokumentowania przez wykonawcę procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia, a także przekazania lub udostępniania nagrania video z tych czynności Zamawiającemu (pkt 1.11 i 1.23 Załącznika nr 6 do Umowy);

b) wykreślenie pkt 5.2.4 Załącznika nr 6 do Umowy;

c) zmodyfikowanie zasad rozliczania wykonywania napraw/wymiany Akcesoriów w ramach Gwarancji i w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją poprzez wskazanie, że Zamawiający będzie uiszczał miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie za każde Akcesorium za dokonywanie wymiany Akcesoriów niezależnie od tego czy Wada zostanie zakwalifikowana jako do Naprawy w ramach gwarancji czy jako do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją oraz wprowadzenie w Formularzu rzeczowo-cenowym odpowiedniej pozycji umożliwiającej wycenę tego elementu zamówienia jak również doprecyzowanie definicji Akcesoria poprzez jednoznaczne wskazanie czy w jej zakres wchodzi również rysiki.

d) usunięcie pkt 1.17 ewentualnie zmodyfikowanie pkt 1.17, poprzez wskazanie, że jeżeli wykonawca nie usunie Wady/Awarii po pierwszym Zgłoszeniu Serwisowym w terminie, to Zamawiający będzie uprawniony samodzielnie usunąć Wady/Awarie lub zlecić ich usunięcie osobom trzecim, a powstałe koszty potrącić z wynagrodzenia wykonawcy, z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub obciążyć tymi kosztami wykonawcę po uprzednim bezskutecznym wezwaniu wykonawcy do usunięcia Wady/Awarii i ustaleniu dodatkowego terminu;

e) zmodyfikowanie pkt 1.21 ppkt 1.21.1 poprzez wskazanie, że za datę zamknięcia danego Zgłoszenia Serwisowego uznaje się moment przekazania Zamawiającemu przez wykonawcę informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym;

f) zmodyfikowanie pkt 1.21 ppkt 1.21.2, poprzez wskazanie, że w przypadku, gdy w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym Zamawiający stwierdzi nieskuteczność usunięcia Awarii lub Wady - wykonawca dokona powtórnej naprawy w ramach kolejnego (powtórtego) Zgłoszenia Serwisowego, a od momentu dokonania kolejnego (powtórtego) Zgłoszenia Serwisowego czas usunięcia tej Awarii lub Wady zaczyna biec na nowo.

Odwolujący podniósł, że objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia nadmiernej rygorystyczności i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

Odwolujący wskazał, że szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało w przedmiotowym postępowaniu sformułowanych przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczający do sporządzenia prawidłowej oferty oraz oszacowania jej kosztów, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie jest największym tego typu postępowaniem na rynku, a wartość zamówienia jest szacowana przez Odwołującego na nawet 100 milionów złotych.

I. Termin zakończenia Wdrożenia.

Zgodnie z ust. 4.2.1 Wzoru Umowy, „Wykonawca zobowiązuje się, na warunkach określonych w Umowie oraz zgodnie z OPZ, do zakończenia Wdrożenia w terminie

gwarantowanym nie dłuższym niż... tygodni od daty zawarcia Umowy zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Umowy - Formularz Ofertowy kryterium P4 oceny oferty. Harmonogram zostanie przygotowany przez Wykonawcę w ramach Projektu Technicznego. ”

Jak wynika z punktacji ustalonej przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert P4, Gwarantowany termin Wdrożenia i dostawy Zestawów/Elementów Zestawów do Lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego, najwyżej punktowane jest zagwarantowanie terminu Wdrożenia i dostawy na poziomie 4 lub mniej tygodni (10 pkt). Najdłuższy możliwy do zadeklarowania przez wykonawcę termin Wdrożenia i dostawy wynosi - 8 tygodni.

Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, jak i sposób ukształtowania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, ustalenie przedziału czasowego zakończenia Wdrożenia na 4 lub mniej do 8 tygodni oraz ustalenie rozpoczęcia jego biegu na moment podpisania Umowy jest nieuzasadnione i powoduje, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy, pod pojęciem Wdrożenie należy rozumieć wszelkie czynności wykonawcy mające na celu uzyskanie pełnej funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Zakończenie Wdrożenia wymaga dokonania szeregu czynności, w tym sporządzenia przez wykonawcę Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem, na co przewidziano 10 Dni Roboczych od podpisania Umowy (ust. 4.2.3.1 Wzoru Umowy), a następnie dokonanie jego odbioru przez Zamawiającego. W ust. 5.1.1. Wzoru Umowy, wskazano, że Odbiór Projektu Technicznego nastąpi na podstawie podpisanego przez Strony, w tym bez uwag i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, Protokołu Odbioru Projektu Technicznego (który stanowi Załącznik nr 5 do Umowy) w terminie do 5 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do Odbioru Projektu Technicznego, tj. od dnia dostarczenia Zamawiającemu kompletnego i opracowanego zgodnie z Umową Projektu

Technicznego. W terminie wskazanym w ust. 5.1.1 powyżej, Zamawiający ma prawo zgłoszenia w Protokole Odbioru Projektu Technicznego zastrzeżeń do Projektu Technicznego, które wykonawca obowiązany jest w terminie do 4 Dni Roboczych, na własny koszt i ryzyko, uwzględnić w całości. W takim przypadku procedura odbioru Projektu Technicznego zostanie przeprowadzona ponownie, stosownie do postanowień ust. 5.1.1, za datę odbioru Projektu Technicznego uważa się datę podpisania Protokołu Odbioru Projektu Technicznego bez zastrzeżeń (vide: ust. 5.1.2 Wzoru Umowy).

Analiza powyższych terminów wskazuje, że w przypadku nie zgłoszenia przez Zamawiającego uwag do przedstawionego przez wykonawcę Projektu Technicznego, jego odbiór może nastąpić po 15 Dniach Roboczych, czyli po 3 tygodniach, co czyni termin 4 lub mniej tygodni od dnia podpisania Umowy na zakończenie Wdrożenia niemożliwym do dotrzymania. Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dostarczenia Urządzeń wraz z Akcesoriami i Kartami SIM do Lokalizacji Zamawiającego, których może być nawet 3000, niemożliwe jest dokonanie wszystkich czynności związanych z dostawą urządzeń w ciągu 1 tygodnia. Termin ten będzie tym bardziej niemożliwy do dotrzymania w przypadku chociażby jednokrotnego zgłoszenia przez Zamawiającego uwag do przedstawionego przez wykonawcę Projektu Technicznego. Jeżeli bowiem Zamawiający choć raz zgłosi uwagi do przedstawionego Projektu Technicznego, termin jego odbioru wydłuży się o kolejnych 9 Dni Roboczych, czyli Projekt zostanie odebrany po prawie 5 tygodniach. Uprawnienie Zamawiającego do zgłaszania zastrzeżeń do Projektu Technicznego nie zostało w żaden sposób ograniczone, co oznacza, że Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia dowolną ilość razy co powoduje, że procedura odbioru Projektu zostaje przeprowadzona ponownie.

Biorąc pod uwagę powyższe terminy należy stwierdzić, że również maksymalny przewidziany przez Zamawiającego termin, który może zostać zadeklarowany przez wykonawcę w ramach kryterium P4 tj. termin 8 tygodni, jest niewystarczający. Realny czas który pozostanie wykonawcy, odpowiednio 5 tygodni w pierwszym przypadku i 3 tygodnie w drugim, jest bowiem terminem zbyt krótkim na dostarczenie nawet 20 tysięcy Urządzeń wraz z Akcesoriami, które muszą zostać odpowiednio przygotowane (popakowane w Zestawy, „ograne”) do 3 000 lokalizacji w całej Polsce.

W tych okolicznościach koniecznym jest dokonanie zmiany zarówno terminów, jakie mogą zadeklarować wykonawcy na zakończenie Wdrożenia, jak i momentu, od którego należy liczyć bieg termin na jego zakończenia. Tylko wskazanie, że termin ten rozpoczyna bieg od dnia dokonania przez Zamawiającego Odbioru Projektu Technicznego gwarantuje wykonawcy, że zadeklarowany przez niego termin dostawy urządzeń do lokalizacji Zamawiającego będzie faktycznym terminem wykonania tej czynności. W przeciwnym wypadku termin ten będzie jedynie terminem iluzorycznym, gdyż w jego trakcie, oprócz dostawy urządzeń, wykonawca będzie musiał wykonać szereg innych czynności.

II. Zarzuty dotyczące SIWZ, OPZ i załączników do OPZ

a) Załącznik nr 1a do Formularza ofertowego.

W Załączniku nr 1a do Formularza ofertowy - Formularz rzeczowo -cenowy dla dostawy

urządzeń typu tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych w tabeli Cennik szczegółowy oraz Szacowany koszt realizacji napraw nieobjętych gwarancją w trakcie trwania umowy Zamawiający wymaga wyceny określonych usług związanych z usuwaniem uszkodzeń nieobjętych gwarancją, nie wskazuje jednak czy wycena ma dotyczyć Urządzeń dostarczonych w ramach Umowy czy Urządzeń Własnych Zamawiającego, które zostały zdefiniowane jako urządzenia używane przez Zamawiającego. Brak powyższych informacji uniemożliwia wycenę realizacji tego elementu zamówienia. Jednocześnie, brak jest możliwości wyceny w jednej pozycji tabeli usuwania uszkodzeń nieobjętych gwarancją Urządzeń dostarczanych w ramach realizacji zamówienia i Urządzeń Własnych Zamawiającego.

b) Poz. 16 Inne.

Zamawiający wymaga, aby w poz. 16 Inne tabeli Cennik szczegółowy oraz w poz. 16 Usługa Serwisowa Nieobjęta Gwarancją Urządzeń - Naprawa/Wymiana Inne tabeli Szacowany koszt realizacji napraw nieobjętych gwarancją w trakcie trwania umowy zawartych w Załączniku nr 1a do Formularza Ofertowego Formularzu rzeczowo-cenowym wykonawca podał ryczałtową cenę wszelkich elementów /napraw nie ujętych w cenniku. Takie określenie tej kategorii uszkodzeń w ww. tabelach powoduje, że ma ona charakter otwarty i może być dowolnie interpretowana na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca nie jest w stanie oszacować ryzyka i kosztów związanych z koniecznością dokonywania napraw lub wymiany przypadków, które mogą zostać zakwalifikowane jako „inne”.

c) Aktualizacje bezpieczeństwa.

W pkt 1.4.7 OPZ, wskazano że „dla każdego Urządzenia należy zapewnić dostarczanie aktualizacji bezpieczeństwa przez cały okres obowiązywania Umowy, a w przypadku wystąpienia podatności niemożliwych do usunięcia w trybie aktualizacji systemu operacyjnego, Dostawca zobowiązany jest do zapewnienia rozwiązania zastępczego, minimalizującego możliwość wykorzystania wykrytych podatności.”

Odwolujący zauważył, że powyższy wymóg jest nadmierny i nieuzasadniony, gdyż aktualizacje bezpieczeństwa są dostarczane przez producenta urządzenia lub oprogramowania i to oni, a nie wykonawca decydują jak długo będą one opracowywane i udostępniane. Wykonawca, nie mając wpływu na to jak długo będą dostępne aktualizacje, nie może zobowiązać się do zapewnienia ich przez cały okres obowiązywania Umowy. Wykonawca nie ma również możliwości dostarczenia rozwiązania zastępczego, gdyż nie ma dostępu ani uprawnień do modyfikowania systemu operacyjnego czy samego urządzenia.

d) Projekt Techniczny

Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania i dostarczenia Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem w terminie 10 Dni Roboczych od dnia zawarcia umowy. Termin ten jest zbyt krótki, biorąc pod uwagę zarówno procedurę zatwierdzenia Projektu Technicznego, jak i fakt, że szereg danych mających istotny wpływ na jego sporządzenie zostanie przekazanych przez Zamawiającego lub uzgodnionych pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą dopiero na etapie przygotowania Projektu Technicznego. Odwołujący przywołał postanowienia pkt 3.3 OPZ, określające dane i czynności Zamawiającego i wykonawcy na etapie przygotowania Projektu Technicznego. Zamawiający nie wskazał, kiedy przekaże określone dane ani kiedy przystąpi do uzgodnienia pozostałych kwestii (może to równie dobrze zrobić po upływie 1 jak i 9 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy) oraz w ciągu jakiego okresu uzgodnienia te zostaną zakończone.

Po przygotowaniu Projektu Technicznego, podlega on procedurze zatwierdzenia przez Zamawiającego, która została uregulowana w Rozdziale 5 ust. 5.1 Wzoru Umowy i może potrwać co najmniej 5 Dni Roboczych (przy założeniu nie zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń do Projektu) lub wielokrotność 9 Dni Roboczych (jeżeli Zamawiający zgłosi zastrzeżenia). Procedura zatwierdzenia Projektu Technicznego nie jest ograniczona terminem lub ilością zgłoszeń w ramach których Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia. Za datę odbioru Projektu Technicznego uważa się datę podpisania Protokołu Odbioru Projektu Technicznego bez zastrzeżeń, a zgodnie z Rozdziałem 9 ust. 9.1.1.1 Wzoru Umowy, opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu Projektu Technicznego, odpowiadającego wymogom określonym w OPZ, będzie skutkowało nałożeniem na wykonawcę kary umownej w kwocie 10.000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

Zamawiający nie doprecyzował jak należy rozumieć opóźnienie w dostarczeniu Projektu, ale jeżeli przyjąć, że będzie ono odnoszone do daty Odbioru Projektu Technicznego, to już zgłoszenie Projektu Technicznego do odbioru po upływie przewidzianych przez Zamawiającego 10 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy naraża wykonawcę na zapłatę kary umownej za okres co najmniej 5 dni, w ciągu których Zamawiający może zgłosić zastrzeżenia czyli kary w wysokości aż 50.000 zł. Jeżeli Zamawiający zgłosi zastrzeżenia, kara powiększy się o kolejnych 11 dni (9 Dni Roboczych, czyli 11 dni kalendarzowych), czyli o kolejne 110 000 zł.

Zamawiający nie może formułować obowiązków wykonawcy w sposób, który powoduje, że wykonawca nie ma realnego wpływu na okres w ciągu którego mają one zostać

zrealizowane (moment przekazania danych i zakończenia uzgodnień).

e) Stan aktualizacji i konfiguracji systemu operacyjnego Urządzeń.

W pkt 3.2.1 OPZ Zamawiający wskazał główne elementy Projektu Technicznego, do których należy m.in. stan aktualizacji i konfiguracji systemu operacyjnego Urządzeń wraz z niezbędnymi Licencjami oraz oprogramowania układowego, które mają być wgrane na Urządzenia przed ich dostawą oraz w ramach Zgłoszenia Serwisowego zgodnie z

Załącznikiem nr 6 do Umowy.

Powyższe informacje są niezbędne do skonfigurowania Urządzeń na potrzeby Zamawiającego. Przekazanie ich wykonawcy na etapie Projektu Technicznego powoduje, że wykonawca będzie mógł przystąpić do przygotowania Urządzeń dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego Odbioru Projektu Technicznego - dopiero w tym momencie dane zawarte w projekcie może uznać za potwierdzone i ostateczne. „Ograniczenie” Urządzeń jest procesem czasochłonnym, który w zależności od liczby dostarczanych Urządzeń może potrwać od kilku do kilkunastu dni.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej wątpliwości związane z okresem przygotowania i odbioru Projektu Technicznego może się okazać, że nawet przy zadeklarowaniu maksymalnego dopuszczalnego przez Zamawiającego terminu Wdrożenia wykonawcy nie pozostanie dostateczna ilość czasu niezbędnego na przygotowanie Urządzeń. Takie ukształtowanie postanowień OPZ jest nieuzasadnione, zwłaszcza w sytuacji, gdy w ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający premiuje jak najszybsze zakończenie Wdrożenia.

f) Kody PIN

Zgodnie z pkt 3.3.9 OPZ, Zamawiający przekaze wykonawcy decyzję o stosowaniu bądź niestosowaniu kodów PIN w dostarczonych kartach SIM dopiero na etapie przygotowania Projektu Technicznego, co powoduje, że na etapie sporządzenia oferty wykonawca nie jest w stanie ustalić jakie karty SIM będzie zobowiązany dostarczyć (z kodem PIN czy bez kodu), a w efekcie nie jest w stanie w należyty sposób oszacować kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

g) Liczba baterii

W wymogu W. 1.14 OPZ, Zamawiający wskazał, że w przypadku dostarczenia rysików zasilanych baterijnie, wymagane jest (poza wymaganiem określonym w pozycji W1.27) zapewnianie dostaw baterii przez cały okres Umowy. Wykonawca zobowiązany jest dostarczać zapasowe baterie do rysików, w liczbie zapewniającej ciągłość ich pracy, tj. każdy rysik musi posiadać w każdym momencie trwania Umowy baterię w nim pracującą oraz baterię zapasową. Liczba baterii zapewniająca ciągłość pracy zostanie ustalona przez wykonawcę na podstawie wiedzy i doświadczenia w zakresie oferowanego sprzętu. Sposób dostawy baterii do rysików zostanie określony w Projekcie Technicznym.

Zgodnie z pkt W 1.27 OPZ, w zestawie musi znajdować się co najmniej 10 kompletów baterii, w przypadku, gdy rysik zasilany jest bateriami bez możliwości ładowania.

Przy takim ukształtowaniu postanowień nie sposób określić, jaką liczbę baterii na cały okres realizacji umowy powinien uwzględnić wykonawca oferujący rysik zasilany baterijnie. Może to być 10 kompletów baterii, o których mowa w W.1.27, ale na podstawie W1.14, biorąc pod uwagę liczbę dostarczanych rysików (20 000 sztuk), może to być nawet kilkudziesiętna, jeżeli nie kilkusetkrotna liczba baterii. Podanie przez Zamawiającego niejednoznacznych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie oferty, gdyż koszty mogą wahać się od kilkuset tysięcy do nawet 3,5 miliona złotych. Dla zapewnienia porównywalności ofert koniecznym jest dodanie do Formularza rzeczowo-cenowego oddzielnej pozycji umożliwiającej ich wycenę.

h) Zapewnienia ciągłości dostępności Urządzenia

Zgodnie z wymogiem W. 1.35 OPZ, Zamawiający wymaga, aby wykonawca zagwarantował dostępność Urządzenia w okresie obowiązywania gwarancji. W przypadku braku dostępności Urządzenia niezależnego od Wykonawcy (np. wycofanie z produkcji) dopuszczalne jest zastąpienie Urządzenia innym urządzeniem, które będzie:

- a) spełniało wymagania Umowy w zakresie wymagań Zamawiającego;
- b) posiadało parametry oceniane w kryterium oceny ofert P2 co najmniej takie, jak zaoferowane Urządzenie;
- c) zapewniało poprawność funkcjonowania oprogramowania użytkowego Zamawiającego korzystającego z API systemu operacyjnego oraz ewentualnych dodatkowych komponentów służących do rejestracji danych biometrycznych odręcznego podpisu w zakresie rekomendowanym przez normę ISO/IEC 19794-7.

Wymaganie obejmuje również wszystkie Akcesoria oraz rysik wraz z technologią zapewniającą integrację z Urządzeniem.

Wprowadzenie tego wymogu dla całego okresu obowiązywania gwarancji jest nieuzasadnione, gdyż w wyniku dokonywania napraw i wymiany urządzeń okres gwarancji może być inny dla każdego urządzenia, a zatem nie sposób jednoznacznie z góry określić do kiedy wykonawca będzie zobowiązany do zagwarantowania realizacji tego obowiązku umownego. Dlatego też, uzasadnionym rozwiązaniem wydaje się odnoszenie tego obowiązku umownego do okresu obowiązywania umowy.

Odwolujący zauważył, że wykonawcy kalkulują cenę w oparciu o koszty odnoszone do konkretnego modelu urządzenia. Skoro może dojść do zastąpienia zaoferowanego urządzenia innym, to umowa powinna przewidywać możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy co najmniej o koszty wynikające z różnicy pomiędzy ceną rynkową Urządzenia uwzględnionego w ofercie i tego innego Urządzenia.

- i) Lokalizacje dla których wykonawca zobowiązany będzie zapewnić łącza z prywatnego APN.

Analiza Tabeli 2 OPZ Wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie określił lokalizacji dla których wykonawca zobowiązany będzie zapewnić łącza z prywatnego APN. Powyższe uniemożliwia oszacowanie kosztów związanych z realizacją tego elementu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty.

- j) Zapewnienie stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych na terenie placówek Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 6.1.6 OPZ oraz pkt 2.3 i 2.4 Załącznika nr 6 do Umowy, Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe, w przypadku braku możliwości zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych na terenie placówek Zamawiającego, wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia jednego ze wskazanych przez Zamawiającego rozwiązań technicznych.

Formułując przedmiotowy wymóg, Zamawiający nie podał listy placówek na terenie, których dotychczas występowały lub mogą występować problemy z zapewnieniem stabilnego zasięgu tej usługi (brak informacji o liczbie takich placówek, potencjalnych powodach takich trudności jak np. materiał z którego został wykonany budynek - im grubsze ściany tym większe problemy z zasięgiem, jego usytuowanie, położenie lokalu), co uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty. Koszt wzmocnienia sygnału wewnątrz placówek Zamawiającego, to koszt od kilkuset tysięcy do nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych co przy takiej skali zamówienia i liczbie placówek Zamawiającego może generować łączne koszty na poziomie kilku milionów złotych.

Wykonawca nie jest w stanie zweryfikować tych informacji samodzielnie, gdyż na mapach zasięgu może zweryfikować jedynie zasięg na zewnątrz placówki, ale nie w jej środku, a przeprowadzenie wizji lokalnych we wszystkich placówkach Zamawiającego jest nierealne zarówno przed złożeniem oferty, jak i w maksymalnym dopuszczalnym przez Zamawiającego terminie na zakończenie Wdrożenia.

- k) Świadczenie Usług Transmisji Danych, Usług Serwisowych Gwarancyjnych oraz Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją dla Urządzeń Własnych Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 9 OPZ wykonawca zobowiązany jest do świadczenia Usług Transmisji Danych, Usług Serwisowych Gwarancyjnych oraz Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją dla Urządzeń Własnych Zamawiającego, wskazanych w Załączniku nr 12 do Umowy. Wspomniany Załącznik nr 12 do Umowy opublikowany na platformie Zamawiającego nie został wypełniony żadnymi danymi. Zamawiający nie podał żadnych informacji dotyczących tych urządzeń takich jak ich liczba, typ, rodzaj, marka, model, stan techniczny, co uniemożliwia oszacowanie kosztów związanych z zapewnieniem usług dla tych urządzeń i uwzględnienie ich w cenie oferty.

- l) Wyłączenie odpowiedzialności Zamawiającego za urządzenia przekazane do testów.

W pkt 1 załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń zastrzeżono, że Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń w trakcie testów. Wprowadzenie powyższego zastrzeżenia jest nieuzasadnione, gdyż Zamawiający powinien zachować dbałość i należycie zabezpieczyć przekazane mu próbki, których wartość może być dość znaczna.

III. Zarzuty dotyczące Wzoru Umowy.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5

k. c. (Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. sygn. akt: KIO/2036/10).

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Zamawiający w załączonym do SIWZ Wzorce Umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:

a) Zapewnienie dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu.

Zgodnie z rozdziałem 3 ust. 3.5.2. Wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu spełniających wymagania OPZ przez cały okres obowiązywania umowy, a niezapewnienie tego zobowiązania obwarowane jest karą umowną w kwocie 5.000.000 zł (Rozdział 9, ust. 9.1.1.14 Wzoru Umowy). Jednocześnie Zamawiający wymaga, aby dostarczone urządzenia były fabrycznie nowe i nie dopuszcza składania ofert opartych na urządzeniach prototypowych (odpowiednio pkt 1.4.8 i

I. 4.9 OPZ).

Zamawiający w ten sposób istotnie ogranicza wykonawcom możliwość wyboru urządzenia, a postawione przez niego wymagania są oderwane do realiów rynkowych, gdyż nie uwzględniają długości życia i zapewnienia wsparcia dla tego typu produktów. Z jednej strony Zamawiający wymaga rozwiązań, które są już dostępne na rynku, a z drugiej strony wymaga zagwarantowania, że będą one dostępne przez aż 36 miesięcy. Obecnie, przy ciągłym rozwoju technologii czas życia i dostępności produktów takich jak tablety wynosi średnio ok. 24 miesięcy. Wykonawca nie ma wpływu na to, przez jaki czas producent będzie produkował i wspierał dane urządzenie, dlatego nie może ponosić odpowiedzialności w postaci kary umownej za ewentualny brak dostępności urządzenia na rynku, zwłaszcza kary w wysokości aż 5 milionów złotych.

b) Przedłużenie okresu obowiązywania umowy.

W rozdziale 4 ust. 4.1.2 oraz ust. 4.1.3 i w Rozdziale 12 ust. 12.1.1 Wzoru Umowy, Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany istotnych postanowień Umowy, polegającej na przedłużeniu okresu obowiązywania Umowy o czas niezbędny do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, ale nie dłuższy niż 12 miesięcy. Przy czym dla skutecznego dokonania tej zmiany, wystarczające jest złożenie wykonawcy pisemnego oświadczenia Zamawiającego (ust. 12.1.6 wzoru umowy). Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany ale nie wprowadził przy tym możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu świadczenia usług w przedłużonym okresie obowiązywania Umowy.

Zmiana terminu obowiązywania umowy jest zmianą istotną dlatego powinna być wprowadzana wyłącznie w formie aneksu, na który powinny wyrazić zgodę obie strony. Poza tym, biorąc pod uwagę że przedłużenie okresu obowiązywania umowy niewątpliwie wpłynie na koszty świadczenia usług, umowa powinna w takim przypadku zakładać zmianę wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia.

c) Obowiązek dostarczenia 20 sztuk Zestawów Urządzeń

W rozdziale 4 ust. 4.2.4 Wzoru umowy, wskazano że na żądanie Zamawiającego wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć do siedziby Zamawiającego 20 sztuk Zestawów, nie regulując przy tym, w jaki sposób dostawa zostanie rozliczona pomiędzy stronami, w tym czy Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za dostarczone Zestawy lub dokona ich zwrotu.

d) Uprawnienie do rezygnacji z korzystania z Usługi Transmisji Danych

W rozdziale 5 ust. 5.3.7 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł, że ma prawo do rezygnacji z korzystania z Usługi Transmisji Danych dla poszczególnych Kart SIM, a ilość wyłączonych Usług nie przekroczy 20% łącznej puli Usług Transmisji Danych, nie określając czy próg 20% dotyczy całego okresu obowiązywania umowy czy poszczególnych Okresów Rozliczeniowych. Brak powyższej informacji uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, które są zależne od ilości i rodzaju świadczonych przez wykonawcę usług.

e) Odrzucenie raportu

W rozdziale 7 ust. 7.5.2 Wzoru Umowy przewidziano, że w przypadku, gdy w Raporcie Miesięcznym stwierdzono Błąd w Raporcie, plik zostaje odrzucony, a Zamawiający wzywa wykonawcę do przedstawienia poprawionego danego Raportu Miesięcznego.

Sformułowana przez Zamawiającego definicja Błędu w Raporcie jest niejednoznaczna i nieprecyzyjna (Definicje, załącznik nr 1 do Umowy), co może doprowadzić do nieuzasadnionego odrzucenia raportów. Zgodnie z opracowaną przez Zamawiającego definicją, przez Błąd w Raporcie rozumie się każdą rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w przekazywanych przez wykonawcę Raportach, a stanem faktycznym, przy czym Zamawiający nie doprecyzował, jakie błędy występujące w raporcie zostaną uznane za rozbieżność ze stanem faktycznym - czy za taką rozbieżność zostaną uznane również np. literówki czy niezamierzone omyłki rachunkowe.

Jednoznaczne sprecyzowanie okoliczności, które zostaną uznane za błąd jest o tyle istotne, że zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 7.5.3 Wzoru Umowy, Zamawiający może wielokrotnie

zgłaszać zastrzeżenia do tego samego Raportu Miesięcznego, a za dzień otrzymania Raportu Miesięcznego uważa się dzień przekazania przez wykonawcę Raportu Miesięcznego, do którego Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń (ust. 7.5.5 Wzoru Umowy). Odrzucanie raportów z błahego powodu może zatem doprowadzić do nałożenia kary umownej przewidzianej w ust. 9.1.1.11 Wzoru Umowy, w kwocie 500 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,

f) Kary umowne

1. Za opóźnienie, a nie za zwłokę

Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie narusza zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Prawie wszystkie kary umowne przewidziane w rozdziale 9 Wzoru Umowy są karami za opóźnienie, a zatem zarówno za okoliczności zawinione, jak i niezawinione przez wykonawcę (nie za zwłokę). Wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność jedynie za zdarzenia za które ponosi winę.

2. Kara za opóźnienie w dostawach

W rozdziale 9 ust. 9.1.1.2 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział karę umowną za opóźnienie w realizacji Wdrożenia w terminie gwarantowanym, w kwocie 70 000. zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia z wyłączeniem kary, o której mowa w pkt. 9.1.1.1, jeżeli jedyną przyczyną opóźnienia Wdrożenia jest sytuacja opisana w ust. 9.1.1.1. Jak już wyżej wskazywano, wdrożenie zostało przez Zamawiającego zdefiniowane jako wszelkie czynności wykonawcy mające na celu uzyskanie pełnej funkcjonalności Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z ust. 9.1.1.3 Wzoru Umowy, Zamawiający ma prawo do naliczenia kar umownych od wykonawcy w przypadku opóźnienia w dostawach w terminie gwarantowanym do poszczególnych Lokalizacji, wskazanych w Projekcie Technicznym, w kwocie 10 zł za każdy Zestaw/10 zł za każdy Element Zestawu za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

Biorąc pod uwagę niejednoznaczną definicję Wdrożenia, w przypadku opóźnienia w dostawie urządzeń Zamawiający może nałożyć na wykonawcę zarówno karę przewidzianą za opóźnienie w realizacji Wdrożenia jak i karę przewidzianą za niedostarczenie Urządzeń w terminie. Takie kumulowanie kary umownej z tego samego tytułu jest niedopuszczalne.

3. Opóźnienie w dostawach w terminie gwarantowanym

Posłużenie się przez Zamawiającego w przywołanym powyżej postanowieniu ust. 9.1.1.3 Wzoru Umowy ukośnikiem „/” pomiędzy sformułowaniem za każdy Zestaw i sformułowaniem za każdy element Zestawu powoduje, że nie można ustalić jaka kara (w jakiej wysokości) oraz w jakich okolicznościach zostanie nałożona na wykonawcę. Takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy jest niedopuszczalne, gdyż może prowadzić do dowolnego ich interpretowania na etapie realizacji zamówienia.

4. Kara umowna za opóźnienie w Naprawie Wad

W ust. 9.1.1.4 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział karę umowną za opóźnienie w

Naprawie Wad, w tym w ramach Usług Serwisowych Gwarancyjnych lub Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją, w stosunku do terminów wskazanych w załączniku nr 6 do Umowy, w kwocie 10 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia osobno dla każdego Urządzenia, Akcesorium, Karty SIM, Serwisowej Karty SIM.

Nałożenie na wykonawcę powyższej kary należy uznać za nieuzasadnione i nadmierne w sytuacji, gdy wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Urządzenie Zastępcze i Akcesorium zastępcze, a zatem Zamawiający może w dalszym ciągu realizować założone cele i nie

poniesie szkody.

5. Niedostępność kanałów komunikacji

W ust. 9.1.1.13 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział karę za niedostępność kanałów komunikacji w rażąco wygórowanej wysokości 20 000 zł za każdy rozpoczęty dzień niedostępności, nie określając przy tym, czy kara ta zostanie nałożona za niedostępność wszystkich kanałów jednocześnie, czyli za brak możliwości kontraktu z wykonawcą, czy już za niedostępność jednego z tych kanałów.

Postanowienie rozdziału 14 ust. 14.2.6 Wzoru Umowy jest kolejnym przejawem sytuacji, w której Zamawiający nakłada na wykonawcę liczne obowiązki, za niedotrzymanie których przewiduje bardzo wysokie kary umowne, nie gwarantując zachowania analogicznych standardów po swojej stronie. Zamawiający nie przewidział żadnych mechanizmów dyscyplinujących umożliwiających wyegzekwowanie przez wykonawcę dostępności kanałów komunikacji po stronie Zamawiającego.

6. Opóźnienie w dostarczeniu Urzędnia Zastępczego

Zamawiający w Rozdziale 9 ust. 9.1.1.13 Wzoru Umowy przewidział kary umowne za opóźnienie w dostarczeniu Urzędnia Zastępczego (wraz z Kartą SIM), Akcesorium zastępczego w rażąco wygórowanej wysokości, tj. w kwocie 100 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia osobno dla każdego Urzędnia Zastępczego lub Akcesorium zastępczego, bez jednoczesnego wprowadzenia mechanizmu dyscyplinującego umożliwiającego wykonawcy wyegzekwowanie od Zamawiającego zwrotu Urzędnia Zastępczego lub Akcesorium zastępczego. Przetrzymywanie przez Zamawiającego Urzędni Zastępczych może doprowadzić do sytuacji, w której pula sprzętu serwisowego wykonawcy zostanie wyczerpana i nie będzie on miał wolnych urządzeń, które mógłby przekazać Zamawiającemu jako Urzędni Zastępcze, co może prowadzić do sytuacji, w której na wykonawcę będą nakładane kary umowne za niedostarczenie Urzędnia Zastępczego lub Akcesorium Zastępczego.

7. Kara za niezapewnienie przez wykonawcę zobowiązania określonego w pkt 3.2.5 Wzoru Umowy (ust. 9.1.1.14)

Powyższa kara została określona w rażąco wygórowanej wysokości 5 000 000 zł. Jej wysokość jest wygórowana już chociażby ze względu na fakt, że Zamawiający w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaga dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na poziomie jedynie 3 milionów złotych.

8. Brak ograniczenia kar umownych

Zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia procentowego wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy. Zgodnie z aktualnym stanowiskiem Prezesa UZP oraz Ministra Inwestycji i Rozwoju, system zamówień publicznych nie powinien wprowadzać rażącej nierówności stron umowy i prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, poprzez m.in. wprowadzanie nadmiernie wygórowanych i nieograniczonych w żaden sposób kar umownych nakładanych na wykonawcę. Minimalnym zabezpieczeniem równości stron umowy jest wprowadzenie ograniczenia wysokości kar umownych, gdy umożliwia ono wykonawcy oszacowanie ryzyka związanego z realizacją umowy.

g) Brak procedury reklamacyjnej.

W rozdziale 9 ust. 9.1.4 i 9.1.5 Projektu Umowy Zamawiający przewidział automatyczne potrącanie nałożonych na wykonawcę kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy, bez jakiegokolwiek procedury reklamacyjnej, z której mógłby skorzystać wykonawca.

Kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.

h) Prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym albo odstąpienia od umowy

W rozdziale 13 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział szereg okoliczności uprawniających go do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym albo odstąpienia od Umowy z zachowaniem prawa do kar umownych określonych w rozdziale 9. Jedną z przesłanek uprawniających Zamawiającego do wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej jest opóźnienie w realizacji obowiązków wynikających z Umowy przekraczające 30 dni kalendarzowych (ust. 13.1.1.3).

Zgodnie z przesłanką określoną ust. 13.1.1.8, Zamawiający jest uprawniony do

wypowiedzenia Umowy lub odstąpienia od Umowy w przypadku innych rażących i uporczywych naruszeń postanowień Umowy przez wykonawcę. Przesłanka ta jest nieprecyzyjna i niejednoznaczna, gdyż Zamawiający nie wskazał, co należy rozumieć pod sformułowaniem „rażące i uporczywe naruszenia postanowień Umowy”, co powoduje że przedmiotowa przesłanka może być przez niego dowolnie interpretowana na etapie realizacji Umowy i prowadzić do nieuzasadnionego jej zakończenia, czego negatywne konsekwencje poniesie wykonawca.

IV. Zarzuty dotyczące Załącznika nr 6 do Umowy

Załącznik nr 6 do Umowy został sporządzony w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

a) Dokumentowanie procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia.

W pkt 1.11 Załącznika nr 6 do Umowy wskazano, że wykonawca realizujący Naprawy Serwisowe Gwarancyjne zobowiązany jest do dokumentowania procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia. W skład dokumentacji wchodzi nagranie video obejmujące proces od momentu otrzymania przesyłki z urządzeniem do momentu zakończenia naprawy urządzenia, makro-zdjęcia uszkodzeń o rozdzielczości min. 15 Mpx. w formacie jpg oraz logi z programu informatycznego wykorzystywanego do diagnostyki uszkodzonych urządzeń. Materiały muszą być dostępne dla uprawnionych pracowników Zamawiającego pod wskazanym adresem www przez okres trwania Umowy. Adres strony www zostanie określony w Projekcie Technicznym.

Analogicznie w pkt 1.23 Załącznika nr 6 do Umowy wskazano, że w przypadku stwierdzenia, iż zgłoszona Wada/Awaria nie jest objęta udzieloną gwarancją, wykonawca mailowo poinformuje o tym Zamawiającego, przekazując jednocześnie uzasadnienie swojego stanowiska, tj. ekspertyzę przygotowaną przez autoryzowany serwis producenta (zgodnie z pkt 1.25 poniżej), dokumentację fotograficzną (makro-zdjęcie uszkodzenia o rozdzielczości min. 15 Mpx w formacie jpg), adres strony www, na której dostępne jest nagranie Video obejmujące proces oceny i kwalifikacji uszkodzenia oraz wycenę Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją danej Wady/Awarii zgodnie z cennikiem stanowiącym Załącznik 1a do Formularza Ofertowego w terminie 1 Dnia Roboczego od dnia otrzymania uszkodzonego Urządzenia/ Akcesorium.

Należenie na wykonawcę obowiązku dokumentowania procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia w postaci nagrania video obejmujące proces od momentu otrzymania przesyłki z urządzeniem do momentu zakończenia naprawy urządzenia oraz zdjęć o wysokiej rozdzielczości jest zdaniem Odwołującego nieuzasadnione. Abstrahując od problemów technicznych, jakie mogą wiązać się z wykonaniem takich nagrań, jak konieczność ochrony danych osobowych i wizerunku osób wykonujących czynności serwisowe, fakt, że jedna osoba może wykonywać jednocześnie kilka czynności serwisowych dotyczących różnych urządzeń, koszty wdrożenia takiego rozwiązania (koszty sprzętu nagrywającego, koszty serwerów na których będą przechowywane nagrania oraz obsługa nagrań i przygotowanie ich w celu udostępniania Zamawiającemu, modernizacja stanowisk serwisowych) są niewspółmierne do rezultatów, jakie Zamawiający chce osiągnąć za pomocą tych nagrań.

b) Przejście Urządzenia Zastępczego na własność Zamawiającego

Zgodnie z pkt 5.2.4 Załącznika nr 6 do Umowy, w przypadku, gdy całkowity czas realizacji Zgłoszenia przekroczy 60 dni kalendarzowych od dnia zarejestrowania Zgłoszenia, przekazane przez wykonawcę Urządzenie Zastępcze przechodzi na własność Zamawiającego na podstawie oświadczenia Zamawiającego o rezygnacji z naprawy i przejęciu urządzenia na stan, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego.

Odwołujący podniósł, że wydłużenie czasu realizacji zgłoszenia może wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, takich jak np. nieterminowe przekazywanie przez Zamawiającego urządzeń do naprawy, przedłużająca się procedura uzyskania akceptacji kosztów wyceny Naprawy, przedłużająca się procedura weryfikacji wykonanej Naprawy, nagminne nie zwracanie przez Zamawiającego protokołów, w tym protokołów odbioru urządzenia. Ponadto, skoro Zamawiający dysponuje Urządzeniem Zastępczym, a zatem może realizować swoje cele biznesowe, a jednocześnie może nałożyć na wykonawcę karę umowną z tytułu nieterminowej realizacji zgłoszenia, to brak jest podstaw do stosowania w stosunku do wykonawcy kolejnej sankcji w postaci przejęcia urządzenia przez Zamawiającego. Taki sposób ukształtowania postanowień Załącznika nr 6 pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron na korzyść Zamawiającego.

c) Wymiana Akcesorium

Zgodnie z przedstawionym w Załączniku nr 6 do Umowy procesem obsługi zgłoszeń serwisowych w zakresie Akcesoriów, wykonawca weryfikuje poprawność działania

odebranego Akcesorium oraz określa tryb Naprawy: Usługa Serwisowa Gwarancyjna lub Usługa Serwisowa Nieobjęta Gwarancją:

„5.3.4.2 W przypadku zakwalifikowania Wady do Naprawy w ramach gwarancji, Wykonawca naprawia Akcesorium zgodnie z zasadami opisanymi w niniejszym Załączniku. Naprawiony Akcesorium trafia do puli serwisowej Wykonawcy;

5.3.4.3 W przypadku zakwalifikowania Wady do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją zgodnie z zasadami opisanymi w pkt. 3 niniejszego załącznika. Naprawiony Akcesorium trafia do puli serwisowej Wykonawcy; ”

Niezależnie zatem od tego, czy Wada zostanie zakwalifikowana do Naprawy w ramach gwarancji czy do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją wykonawca zobowiązany jest de facto do wymiany Akcesorium, gdyż po dokonaniu Naprawy Akcesorium, Akcesorium zastępcze przekazane do placówki staje się Akcesorium docelowym.

Zgodnie z definicją zawartą w Załączniku nr 1 do Umowy, Usługi Serwisowe Gwarancyjne to bezpłatne naprawy wykonywane przez wykonawcę, które podlegają udzielonej przez niego gwarancji na Urządzenia, Akcesoria oraz obsługi gwarancji Urządzeń Własnych na czas pozostały do jej zakończenia. Z kolei, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją to wszystkie inne Naprawy Urządzeń oraz Urządzeń Własnych, które nie są naprawami realizowanymi w ramach Usług Serwisowych Gwarancyjnych Np.: uszkodzenia mechaniczne Urządzenia/Akcesorium powodujące nieprawidłowe funkcjonowanie Urządzenia, wymagające Naprawy w celu przywrócenia prawidłowej funkcjonalności Urządzenia. Listę tych napraw oraz ich ceny zawiera Załącznik nr 1a do Formularza Ofertowego.

Sposób zdefiniowania przez Zamawiającego Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją oraz specyfika tego typu usterek powoduje, że wykonawca nie ma realnej możliwości wykazania, że Wada powinna być zakwalifikowana do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją. Powyższe powoduje, że wszelkie Wady będą kwalifikowane do Naprawy w ramach gwarancji, a zatem do Naprawy, za którą wykonawca nie otrzymuje dodatkowego wynagrodzenia, co w efekcie powoduje, że wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z wykonywaniem Napraw Akcesoriów w ramach gwarancji i uwzględnienia ich w cenie oferty (pkt 5.3 Załącznika nr 6 do Umowy, Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe).

Wątpliwości budzi również fakt, jakie elementy zestawu należy zakwalifikować jako Akcesoria. Zgodnie z definicją zawartą w Załączniku nr 1 do Umowy Akcesoria to Akcesoria do Urządzeń będące Elementami Zestawu z wyłączeniem Licencji MDM wymienione w OPZ, o parametrach technicznych określonych w OPZ wraz z instrukcjami i kartami gwarancyjnymi. Element Zestawu został przez Zamawiającego zdefiniowany jako „Jeden z elementów Zestawu będący przedmiotem Zamówienia oraz wyceniony w Formularzu Ofertowym. Poszczególne elementy wchodzące w skład Zestawu to: tablet z rysikiem, ładowarka samochodowa do tabletu, zasilacz awaryjny (Power bank) do tabletu z kablem USB, etui z paskiem (smyczą) do tabletu, rysik do tabletu, ładowarka sieciowa do tabletu (jeżeli nie występuje w komplecie z tabletem i rysikiem), ładowarka sieciowa do rysika (jeżeli nie występuje w komplecie z rysikiem i rysik wymaga ładowania), Karta SIM z Usługą Transmisji Danych, Licencja MDM. Każdy z Elementów Zestawu może być zamówiony osobno przez Zamawiającego.” Zamawiający oddzielnie wskazał tablet z rysikiem i rysik do tabletu. Dodatkowo wątpliwości te pogłębia definicja Urządzenia - zgodnie z którą przez Urządzenie należy rozumieć Tablet z baterią i rysikiem, z dostępem do Usługi Transmisji Danych i Oprogramowaniem Części Klientkiej, o parametrach technicznych określonych w OPZ. Powstaje wątpliwość, jak należy kwalifikować rysik na potrzeby procesu obsługi zgłoszeń serwisowych, jako Akcesorium i stosować do niego proces obsługi jak dla Akcesorium niezależnie od tego czy został on dostarczony z tabletem, czy zamówiony oddzielnie przez Zamawiającego, czy inaczej w sytuacji gdy stanowił on zestaw w tabletem (proces obsługi jak dla Urządzenia), a inaczej jak został zamówiony oddzielnie (proces obsługi jak dla Akcesorium).

d) Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do samodzielnego naprawienia Wad/Awarii.

Zgodnie z pkt 1.17 Załącznika nr. 6 do Umowy, jeżeli wykonawca nie usunie Wady/Awarii po pierwszym Zgłoszeniu Serwisowym w terminie, to Zamawiający jest uprawniony, bez konieczności kolejnego wezwania i ustalania dodatkowego terminu, samodzielnie usunąć Wady/Awarie lub zlecić ich usunięcie osobom trzecim, a powstałe koszty potrącić z wynagrodzenia wykonawcy, z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub obciążyć tymi kosztami wykonawcę. Przyznanie Zamawiającemu powyższego uprawnienia jest nieuzasadnione i w rażący sposób narusza zasady współżycia społecznego. Wykonawca powinien mieć możliwość ponownego przystąpienia do usunięcia Wady/Awarii i usunięcia ewentualnych nieprawidłowości.

e) Zamknięcie zgłoszenia serwisowego

W pkt 1.21 ppkt 1.21.1 Załącznika nr 6 do Umowy wskazano, że podstawę zamknięcia

danego zgłoszenia serwisowego stanowi potwierdzenie przez Zamawiającego Naprawy albo wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM dokonane w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający sformułował Czesy Reakcji i Czesy Naprawy na poziomie nawet od 1 do 8 godzin zegarowych, za nieuzasadnione należy uznać przyznanie Zamawiającemu aż 2 Dni Roboczych na potwierdzenie wykonawcy Naprawy lub Wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM, co będzie podstawą do zamknięcia danego Zgłoszenia Serwisowego. Czas pozostawiony Zamawiającemu na weryfikację usunięcia naprawy może być bowiem nawet sześciokrotnie dłuższy niż czas, jaki wykonawca będzie miał na usunięcie Awarii. Takie ukształtowanie postanowień Załącznika nr 6 do Umowy wprowadza nadmierną nierówność stron i naraża wykonawcę na zapłacenie kar umownych z tytułu opóźnienia w usunięciu Wady lub Awarii.

f) Powtórna naprawa w ramach dokonanego wcześniej zgłoszenia

Stosownie do pkt 1.21 ppkt 1.21.2 Załącznika nr 6 do Umowy, w przypadku, gdy w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym Zamawiający stwierdzi nieskuteczność usunięcia Awarii lub Wady - wykonawca dokona powtórnej Naprawy w ramach dokonanego wcześniej zgłoszenia.

Również w tym przypadku zestawienie Czasu Reakcji i Czesy Naprawy (od 1 do 8 godzin zegarowych), jaki ma wykonawca z okresem, w którym Zamawiający może dokonać powtórnej Naprawy, prowadzi do wniosku, że przyznanie Zamawiającemu tego uprawnienia jest nieuzasadnione i narusza zasady współzycia społecznego. Jest to tym bardziej nieuzasadnione, że w okresie, w którym Zamawiający może dokonać powtórnej Naprawy, Zgłoszenia Serwisowego nie ulega zawieszeniu termin przewidziany dla wykonawcy na usunięcie Awarii lub Wady. Co więcej, w przypadku powtórnej naprawy przez

Zamawiającego zgłoszenia serwisowego czas usunięcia tej Awarii lub Wady liczy się od chwili dokonania powtórnej Naprawy, a zatem już w momencie dokonania przez Zamawiającego powtórnej naprawy wykonawca będzie opóźniał się z usunięciem Awarii lub Wady o 2 Dni Robocze, a zatem co najmniej o 16 godzin, za które mogą mu zostać naliczone bardzo wysokie kary umowne.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o., wykonawca IT Business Group Sp. z o.o. oraz wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. - zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Obaj wykonawcy wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. w piśmie z dnia 19 maja 2019 r. przedstawił swoje stanowisko w niniejszej sprawie, wskazując, że wykonawca T-Mobile Polska S.A. jest obecnym usługodawcą wykonującym świadczenia objęte przedmiotem zamówienia i posiada on największą wiedzę na temat sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia, jak i jego ewentualnej wadliwości.

W poprzednim postępowaniu pomimo znaczącej wartości przedmiotu zamówienia wskutek wad dokumentacji postępowania doszło do złożenia tylko jednej oferty. Sposób prowadzenia obecnego postępowania także bezzasadnie podnosi koszty wykonywania zamówienia (konieczność doliczenia do ceny ryzyk związanych z niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia), jak i utrudnia złożenie oferty (wyznaczenie terminów wykonania świadczeń w praktyce oznaczających konieczność poniesienia znaczonych kosztów jeszcze przed terminem złożenia oferty).

Zarzut dotyczący terminów realizacji świadczeń.

Odwolujący słusznie wskazuje, iż terminy od 4 do 8 tygodni (po zmianie SIWZ z 17 maja 2019 r. - od 4 do 10 tygodni) zostały wyznaczone w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na złożenie oferty. Biorąc pod uwagę skalę udzielanego zamówienia (dostawa od 10.000 do 20.000 urządzeń do 3.000 lokalizacji) termin 4 - 10 tygodni należy uznać za nierealistyczny. Odwołujący słusznie podnosi, iż termin ten powinien być liczony od dnia dokonania przez Zamawiającego Odbioru Projektu Technicznego.

Termin wykonania świadczenia należy niewątpliwie do najważniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może też oczekiwać od wykonawcy ponoszenia kosztów wykonywania zamówienia jeszcze przed zawarciem umowy. Jest wiedzą notoryjną dla każdego profesjonalnego uczestnika rynku usług telekomunikacyjnych, iż żaden dostawca urządzeń nie trzyma na stanie magazynowym 20.000 tabletów spełniających wymagania SIWZ. Konieczne jest uruchomienie produkcji wspieranej ewentualnym sprowadzaniem takiej liczby urządzeń nie tylko z europejskiego, ale i pozaeuropejskiego rynku. Nie może także Zamawiający oczekiwać, iż jakkolwiek wykonawca zdecyduje się na

zlecenie jeszcze przed zawarciem umowy produkcji 20.000 etui mających przecież charakter dedykowany do niniejszego postępowania. Zgodnie bowiem z treścią opisu przedmiotu zamówienia na etui musi zostać naniesione w sposób trwały, poprzez wyhaftowanie logo Poczty Polskiej S.A. Okres produkcji takiej ilości etui trwa nie krócej niż 6 tygodni. Dodatkowo należy uwzględnić około 3 tygodnie na przeprowadzenie wysyłki skompletowanych zestawów. Ponadto, skoro nawet obecny usługodawca T-Mobile uważa narzucone terminy na niemożliwe do dotrzymania, to tym bardziej takie terminy są wadliwie określone w odniesieniu do pozostałych wykonawców. Mamy zatem do czynienia z pozornym kryterium oceny ofert odnoszącym się do terminów, ustanowionym w całkowitym oderwaniu od realiów rynku na którym jest dokonywany zakup.

Podanie (po modyfikacji dokumentacji przetargowej z dnia 18 maja br. w treści Załącznika nr 20 do SIWZ) szacunkowej ilości urządzeń dostarczanych w kwartałach II — IV 2019 r. oraz I 2020 r. nie usuwa wadliwości opisu przedmiotu zamówienia. Po pierwsze wykonawcy nie wiedzą, kiedy zakończy się niniejsze postępowanie przetargowe, którego wartość sięga 100 mln zł. Przypisanie szacunkowych (zatem niewiążących) ilości dostarczanych urządzeń do poszczególnych kwartałów w żaden sposób nie poprawia sytuacji wykonawców, gdyż nie jest możliwe obliczenie kosztów dostawy urządzeń, ze względu na szacunkowe określenie ilości urządzeń (3-10 paczek). Zamawiający winien ustalić jeden termin dostawy, ale dostosowany do realiów rynku na którym zamówienie jest realizowany.

Zarzut dotyczący obowiązku zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych na terenie placówek Zamawiającego (punkt 6.1.6 OPZ).

Przystępujący podniósł wątpliwość co do celowości — ze względu na obiektywne potrzeby Zamawiającego — nakładania na wykonawcę obowiązku uruchamiania dodatkowej infrastruktury technicznej w placówkach. Przy czym gwarantowanie zasięgu na terenie placówek stanowi ponadstandardowe wymaganie dla operatorów sieci komórkowej.

Obecnie operatorzy gwarantują zasięg na około 95%-98% powierzchni kraju, bez zapewnienia łączności w każdym budynku. Publikowane mapy zasięgu mające jedynie szacunkowy charakter wyraźnie wskazują na istnienie różnicy w dostępności usług na terenie otwartym oraz w budynkach. Operatorzy jednoznacznie zastrzegają, iż ze względów takich jak m.in. ukształtowanie terenu, rodzaj zabudowy czy bezpośrednie otoczenie, prezentowany zasięg lub moc sygnału mogą być inne niż na publicznie dostępnej mapie. Przedsiębiorstwa telekomunikacyjne zastrzegają, iż mapy zasięgu nie są częścią umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i nie mogą być podstawą ewentualnych reklamacji. Wykonawca został pozbawiony zatem wiedzy niezbędnej do przygotowania oferty. Należy podkreślić, iż jedynie posiadanie podstawowych informacji na temat budynków, ich opisów (dokumentacja, opis techniczny etc.), a także wykonanie pomiarów technicznych na ich terenie pozwala na określenie kosztów zapewnienia „stabilnego zasięgu”. Zamawiający winien przykładowo wskazać, czy jest on administratorem budynków, czy też jest konieczne dokonanie uzgodnień z podmiotami trzecimi (jakimi). Konieczne jest określenie, czy umieszczenie własnej infrastruktury jest nieodpłatne czy odpłatne (dzierżawa miejsca), jakie są koszty pozyskania energii dla użytkowanych przez wykonawcę urządzeń etc.

Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiającym, a nie wykonawcach. Wykonawcy nie mogą mieć obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ. Wykonawcy bez jakiegokolwiek wiedzy na temat uwarunkowań technicznych wykonania przedmiotu zamówienia mają zobowiązać się do zapewnienia zasięgu, a także do ewentualnej budowy infrastruktury telekomunikacyjnej w placówkach pocztowych.

W SIWZ brak jest informacji na temat możliwości przeprowadzenia ewentualnej wizji lokalnej. W przypadku usług telekomunikacyjnych ma ona kluczowe znaczenia dla możliwości złożenia oferty (np. montaż urządzeń wzmacniających sygnał). Przystępujący podał koszt podstawowej instalacji dla niewielkiego budynku, bez żadnych dodatkowych utrudnień instalacyjnych w wysokości nawet do 30.000 zł netto.

W ocenie Przystępującego żaden wykonawca nie jest w stanie dokonać pomiarów zasięgu w ponad 7.500 jednostkach Zamawiającego w terminie złożenia oferty. Podkreślić należy, iż ze względu na koszt organizacyjny oraz ekonomiczny mamy tu do czynienia z nieuzasadnioną barierą w dostępie do zamówienia.

Zdaniem Przystępującego, nie wydaje się uzasadnioną modyfikacja SIWZ, poprzez wskazanie przez Zamawiającego, w jakich placówkach występują obecnie problemy z dostępnością zasięgu, gdyż będzie to informacja wyłącznie o zasięgu obecnego usługodawcy, bez odniesienia się do zasięgów innych operatorów telekomunikacyjnych.

Zarzut dotyczący kar umownych.

Zgodnie z punktem 3.2.5 Wzorca Umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu spełniających wymagania OPZ przez cały okres obowiązywania Umowy. W ofercie wykonawca składa oświadczenie precyzujące jakie urządzenia są oferowane. Następnie zgodnie z punktem W. 1.35 OPZ, w

przypadku braku dostępności Urzędnika niezależnego od wykonawcy (np. wycofanie z produkcji) dopuszczalne jest zastąpienie go innym urządzeniem, które będzie między innymi spełniało wymagania Umowy w zakresie wymagań Zamawiającego; posiadało parametry oceniane w kryterium oceny ofert P2 co najmniej takie, jak zaoferowane Urządzenie.

Zamawiający w treści OPZ zawarł bardzo szczegółowe wymagania dotyczące dostarczanych urządzeń. W treści pierwotnego brzmienia postanowienia 9.1.1.14 Wzorca Umowy zastrzeżono, iż niezapełnienie przez Wykonawcę dostępności Urzędnika skutkuje naliczeniem kary umownej w kwocie 5.000.000 zł. Modyfikacją z dnia 17 maja br. Zamawiający zmienił postanowienie, wiążąc wysokość kar umownych z ilością niedostarczonych urządzeń. Nadal jednak mamy do czynienia z maksymalną wysokością kary wynoszącą 5 mln zł. Powyższe postanowienie stanowi przeszkodę w złożeniu oferty. W odniesieniu do rynku dostaw urządzeń elektronicznych, ponad trzyletni okres realizacji Umowy oznacza, że obecnie użytkowane urządzenia zostaną wycofane. Zatem koniecznym jest zaciągnięcie zobowiązania w odniesieniu do okoliczności przyszłej i niepewnej. Regułą jest bowiem, iż następcy technologiczni nie posiadają wszystkich cech urządzenia pierwotnie oferowanego. Nie można zmuszać wykonawcy do nabycia i utrzymywania na wszelki wypadek np. 10.000 tabletów z rysikami wymaganych w prawie opcji, co prowadziłoby do nadużycia praw przez Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że w innych postępowaniach także dopuszcza się, w przypadku wycofania produktu ze sprzedaży, możliwość zaoferowania następcy technologicznego, jednak bez obowiązku zachowania tych samych wymagań.

Biorąc pod uwagę powyższe, powiązanie wymagania dostępności z karami umownymi sięgającymi 5 mln zł stanowi nadużycie prawa podmiotowego po stronie Zamawiającego. Tym samym żądanie odwołania wykreślenia punktu 9.1.1.14 Wzorca Umowy jest zasadne.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, że wszczynając postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia określił jego warunki, zgodnie ze swoimi potrzebami, uwzględniającymi zarówno charakter zamówienia, jego skalę, jak i specyfikę przedsiębiorstwa Zamawiającego, która wymaga aby dostarczane Urządzenia i Akcesoria oraz świadczone Usługi objęte zamówieniem uwzględniały fakt, że służą one bezpośrednio realizacji procesów biznesowych, tj. świadczenia usług na rzecz klientów Zamawiającego, który jest operatorem pocztowym, w szczególności świadczenia usług na rzecz Skarbu Państwa — Sądu Apelacyjnego w Krakowie, związanych z doręczaniem przesyłek sądowych i obowiązkiem zapewnienia usługi Elektronicznych Potwierdzeń Odbioru w ramach zawartej umowy. Zamawiający podkreślił, że realizowane usługi i związane z nimi dostawy Urzędzeń i Akcesoriów będą przede wszystkim wykorzystywane w codziennej pracy listonoszy, dlatego w przeważającej części postanowień przyszłej Umowy Zamawiający nie może pozwolić sobie na nadmierne długie czas uruchamiania Usług, jak również nadmierny czas dostaw Urzędzeń i Akcesoriów.

Po przeanalizowaniu wniesionych odwołań Zamawiający, uznając zasadność zgłoszonych w nich zarzutów czy też wskazywanych wątpliwości, dokonał w dniu 17 maja 2019 r. stosownej modyfikacji SIWZ, która powinna umożliwić Odwołującym i pozostałym wykonawcom złożenie prawidłowych ofert. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wskazanym w odpowiedzi na odwołanie. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu Zamawiający wskazał, co następuje:

1) W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 52 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie załącznika nr 7 do SIWZ Wzoru Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim wykonawca w zależności od ilości tygodni podanej przez niego w formularzu ofertowym, zobowiązany jest do zakończenia Wdrożenia w terminie nie dłuższym odpowiednio niż 8,7,6,5,4 lub mniej tygodni od daty podpisania Umowy (rozdział 4 ust. 4.2.1 Wzoru Umowy), przy czym jak wynika z kryterium oceny ofert pożądanym przez Zamawiającego terminem jest termin 4 lub mniej tygodni Zamawiający wskazał, że w dniu 17 maja 2019 r. dokonał modyfikacji wydłużając maksymalny termin dla wdrożenia i maksymalny termin dla realizacji dostaw z 8 tygodni do 10 tygodni.

W ocenie Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie żądanie wydłużenia minimalnego i maksymalnego czasu wdrożenia przez zmianę kryterium oceny ofert P4, polegającą na wydłużeniu minimalnego czasu z 4 do 10 tygodni, a maksymalnego z 8 do 20 tygodni. Podkreślił, że czas wdrożenia, jak również czas dostaw w całym okresie realizacji umowy ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie i z tego powodu omawianemu kryterium przyporządkowano wagę aż 10%. Opisując kryteria oceny ofert Zamawiający celowo przesunął akcenty z ceny oferty, na jej jakość, pod którą należy rozumieć nie tylko dostarczenie urządzeń o parametrach będących na wysokim poziomie, ale też czas zrealizowania dostaw. Biorąc pod uwagę modyfikację z dnia 17 maja maksymalny akceptowalny dla Zamawiającego termin na wdrożenie to 10 tygodni od zawarcia umowy (pierwotnie 8 tygodni), stąd też wszystkie terminy określone w Umowie oparte są w tej cezurze czasowej. Niezrozumiałe w ocenie Zamawiającego i obarczone błędem logicznym są zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp o nierealnych terminach, bowiem Odwołujący nie wykazał niemożliwości świadczenia w terminach określonych przez Zamawiającego, a sam Odwołujący poprzez zgłoszone żądanie niejako potwierdził realność 10 tygodniowego terminu

realizacji dostaw i dokonania wdrożenia, który proponuje w ramach kryterium oceny realizację w terminie 10 tygodni.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący w odwołaniu wskazał, że minimalny termin 4 tygodni jest realny błędnie wykazując, że w terminie 4 tygodni od dnia zawarcia umowy wykonawca będzie musiał wykonać wdrożenie i dostarczyć Urządzenia, karty SIM, Akcesoria itd. Zgodnie bowiem z Wzorem Umowy, wykonawca zobowiązany jest do:

- zakończenia wdrożenia w terminie nie dłuższym niż 10 tygodni od dnia zawarcia Umowy lub krótszym w zależności od terminu wskazanego w ofercie (pkt. 4.2.1 wzoru Umowy i 3.1.5 OPZ), na które składa się zgodnie z pkt. 3.1 OPZ: przygotowanie Projektu Technicznego, udostępnienie Kanałów Komunikacji umożliwiających kontakt Koordynatorów Umowy z dedykowanym konsultantem, wdrożenie i skonfigurowanie Interfejsu API dla Zamawiającego, udostępnienie Aplikacji Wsparcia;

- dostawy Zestawów (sukcesywnie na zlecenia Zamawiającego w całym okresie realizacji Umowy) w terminie nie dłuższym niż 10 tygodni lub krótszym w zależności od terminu wskazanego w ofercie od daty przekazania zlecenia do wykonawcy (pkt 4.2.3.2 i 5.3.1 wzoru Umowy).

Powyższe wskazuje bezspornie na błędne założenia, które były podstawą dla formułowania zarzutu, iż „Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia niemożliwy jest dokonanie wszystkich czynności związanych z dostawą w ciągu 1 tygodnia.”

Krótsze niż maksymalny termin 10 tygodni, preferowane przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert, nie są w żaden sposób narzucane przez Zamawiającego, wynikać będą z autonomicznej decyzji wykonawcy, który zadeklaruje termin w oparciu o jego indywidualne możliwości organizacyjne i realizacyjne. W związku z czym Odwołujący nie może opierać zarzutu w kontekście własnych możliwości organizacyjnych i nie może narzucać Zamawiającemu swoich preferencji i optymalnych dla niego rozwiązań.

Zamawiający wyjaśnił, że realizacja zleceń będzie następowała sukcesywnie, a nie w jednorazowej transzy 30 000 sztuk urządzeń typu tablet. Dodatkowo, Zamawiający w wyniku modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. uzupełnił dokumentację o załącznik nr 20 do SIWZ — Szacowany harmonogram zamówień Zestawów.

Zamawiający nie może zaakceptować wydłużenia realizacji wdrożenia czy dostaw w terminie, np. 20 tygodni, gdyż termin 5 miesięcy na dostawę Urządzeń w całym okresie realizacji umowy jest po prostu nie do zaakceptowania z uwagi na zobowiązania Zamawiającego wynikające z zawartych umów z klientami, np. umowy na obsługę korespondencji sądowej. Zgodnie z jej postanowieniami jest on zobowiązany do realizacji usługi Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru na terenie całego kraju od dnia jej zawarcia, a wobec przekroczenia tego terminu będzie zobowiązany do ponoszenia kar umownych na rzecz jednostek Skarbu Państwa. Zamawiający obecnie doręcza ponad 220 tys. przesyłek z EPO każdego dnia. Kara za brak prawidłowo zrealizowanej usługi EPO wynosi 50 zł dla każdej przesyłki, natomiast w przypadku dostarczenia Zamawiającemu tradycyjnego potwierdzenia odbioru zamiast elektronicznego Zamawiający obciążony zostanie karą umowną w wysokości 2 zł za każdą przesyłkę. Zmiana elektronicznego formularza na dokument papierowy jest obciążona bardzo dużym ryzykiem popełnienia błędów przy przepisywaniu danych, ryzyko „nieczytelnego podpisu”, za które Zamawiający obciążany jest karą 50 zł.

Zamawiający podkreślił, że należyte wykonywanie tej umowy ze Skarbem Państwa jest priorytetem nie tylko z uwagi na wysokie kary umowne, ale również z uwagi na względy wizerunkowe, mając na uwadze fakt, iż świadczenie realizowane jest w interesie publicznym. Aby proces mógł być realizowany z należytą starannością i na odpowiednim poziomie

jakościowym konieczne jest zapewnienie dostępności urządzeń w całym okresie obowiązywania umowy. Terminy dostaw mają właśnie zabezpieczyć to wymaganie. Przez pryzmat powyższego należy zatem negatywnie ocenić nie tylko żądanie wydłużenia czasu wdrożenia, jak i dostaw, ale też inne roszczenia Odwołującego w tym zakresie.

Zamawiający zauważył, że w odwołaniu nie podjęto nawet próby wykazania, w jaki sposób Zamawiający naruszył przepisy art 353¹ i art. 487 S 2 K.c., a w szczególności czy treść stosunku prawnego, jaki ma powstać w skutek udzielenia zamówienia sprzeciwia się jego naturze, ustawie czy zasadom współżycia społecznego. Zamawiający ma prawo żądać zrealizowania wdrożenia w oczekiwanym przez siebie terminie, i jak długo jest to wykonalne — a tego Odwołujący nie zakwestionował - to nie można twierdzić, że treść umowy narusza zasady współżycia społecznego, przepisy Kodeksu cywilnego, czy też nie odpowiada rzeczywistej naturze umowy dostawy urządzeń telekomunikacyjnych i przygotowania ich do użycia. Całkowicie niezrozumiałe jest, w jaki sposób naruszono art. 487 S 2 K.c., który definiuje wzajemność świadczeń na gruncie prawa zobowiązań.

Zamawiający wskazał, że w wyroku z dnia 29 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 340/16 i 341/16 Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając identyczny zarzut Odwołującego względem wymagań Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia przywoływanych przepisów.

2) w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim SIWZ, w Załączniku nr 2 do Umowy stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia oraz załącznikach do SIWZ i OPZ:

a) nie wskazuje czy Cennik szczegółowy oraz Szacowany koszt realizacji napraw nieobjętych gwarancją w trakcie trwania umowy dotyczy Urządzeń czy Urządzeń Własnych - Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany Załącznika nr 1a do Formularza ofertowego, w związku z czym zarzut stał się bezprzedmiotowy,

b) wymaga, aby podał zryczałtowaną cenę wszystkich elementów / napraw nie ujętych w cenniku, co powoduje, że kategoria ta ma charakter otwarty i może być dowolnie interpretowana na etapie realizacji zamówienia, a w efekcie wykonawca nie jest w stanie oszacować ryzyka i kosztów związanych z koniecznością dokonania napraw lub wymiany elementów, które mogą zostać do niej zakwalifikowane - Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany Załącznika nr 1a do Formularza ofertowego w taki sposób, że kategorie „Inne” pozostały wyłącznie w tabeli dotyczącej Urządzenia oferowanego przez wykonawców, natomiast w zakresie Urządzeń Własnych Zamawiającego katalog napraw jest zamknięty i ograniczony do pozycji wprost określonych przez Zamawiającego. Co się tyczy Urządzenia oferowanego przez wykonawców z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie ma wiedzy jaki sprzęt zostanie mu konkretnie zaoferowany nie jest w stanie określić zamkniętego katalogu pozycji możliwych do naprawy na etapie realizacji Umowy, stąd też pozostawiona została pozycja „Inne”, w ramach której wykonawca mając wiedzę na temat oferowanego urządzenia i ewentualnego doświadczenia w zakresie szkodowości jego elementów składowych w zakresie innym niż pozycje określone przez Zamawiającego powinien określić ryczałtowy koszt związany z koniecznością ich potencjalnych napraw.

Mając powyższe na uwadze i dokonaną modyfikację w ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut stał się bezprzedmiotowy.

c) wymaga w pkt 1.4.7 OPZ dla każdego Urządzenia zapewnienia dostarczenia aktualizacji bezpieczeństwa przez cały okres obowiązywania Umowy - Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany kwestionowanego postanowienia OPZ w związku z czym, w ocenie Zamawiającego, przedmiotowy zarzut stał się bezprzedmiotowy,

d) określa termin na przygotowanie i dostarczenie Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem od dnia zawarcia Umowy - Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany kwestionowanego postanowienia OPZ w związku z czym w ocenie Zamawiającego zarzut stał się bezprzedmiotowy,

e) stan aktualizacji i konfiguracji systemu operacyjnego Urządzeń wraz z niezbędnymi Licencjami (...) zostanie określony dopiero na etapie Projektu Technicznego - Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dodał pkt 5.7 w OPZ, poprzez określenie minimalnego stanu aktualizacji i konfiguracji. Wskazał, że nie może całkowicie odstąpić od postanowienia, zgodnie z którym szczegółowy stan aktualizacji i konfiguracji określony zostanie na etapie Projektu Technicznego z uwagi na fakt, iż konkretny stan konfiguracji i aktualizacji oprogramowania, umożliwiający instalację Aplikacji Zamawiającego, którą Zamawiający określił w dokumentacji przetargowej, uzależniony jest od zaoferowanego Urządzenia i jego systemu operacyjnego. Tym niemniej nie uniemożliwia to Odwołującemu prawidłowego skalkulowania oferty. Znajdąc Urządzenie, które wykonawca zaoferuje, jak również wiedząc jaka Aplikacja Zamawiającego będzie zainstalowana na Urządzeniach, jest on w stanie określić niezbędną konfigurację Urządzenia.

W odniesieniu do Licencji systemu MDM Zamawiający oświadczył, że Licencje te na potrzeby prawidłowego przygotowania Urządzeń, tj. „ich ogrania” zostaną zapewnione przez Zamawiającego w dniu złożenia zlecenia dostawy w zakresie aktualnie posiadanej przez Zamawiającego puli 27 000 Licencji, natomiast w pozostałym zakresie Zamawiający każdorazowo wraz ze zleceniem dostawy Urządzeń będzie zamawiał proporcjonalną do Urządzeń liczbę Licencji systemu MDM, które przewidziane zostały w ramach prawa opcji. Mając powyższe na uwadze zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy,

f) wskazuje, iż Zamawiający na etapie przygotowania Projektu Technicznego przekaze wykonawcy decyzję o stosowaniu bądź niestosowaniu kodu PIN w dostarczanych Kartach SIM - Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. usunął pkt 3.3.9 oraz zmienił pkt 6.2.1.6, zgodnie z którym Karty SIM muszą zostać dostarczone wraz z kodem PUK oraz umożliwiać włączenie zabezpieczenia kodem PIN, przy czym w momencie dostawy Kart SIM dezaktywowany ma być kod PIN, w związku z czym zarzut stał się bezprzedmiotowy,

g) nieprecyzyjnie i niejednoznacznie wskazuje liczbę baterii, które przez cały okres Umowy wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć w przypadku zaoferowania rysików zasilanych baterijnie, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia - zarzut jest całkowicie bezpodstawny. Błędne są wywody o rzekomo nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia odnoszącym się do liczby i zapasowych baterii.

Wyjaśnił, że w pkt Wł. 14 „Wymagań technicznych dla Urządzenia Mobilnego” Zamawiający określił swoje wymagania dotyczące rysików, poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych odpowiadających konkretnym wymaganiom biznesowym. Dostępne na rynku rysiki zasilane baterijnie wykorzystują baterie o różnej pojemności i charakteryzują się różnym poborem prądu, więc Zamawiający nie może z góry przewidzieć ile baterii będzie potrzebnych w czasie obowiązywania umowy, gdyż nie wie, jakie rysiki zostaną zaoferowane przez wykonawcę. Wymaganą wiedzę w zakresie zasilania oferowanych rysików posiada wyłącznie wykonawca i z tego względu tylko on może, na etapie przygotowania oferty, oszacować, ile baterii będzie potrzebnych oraz jaka będzie ich wartość, biorąc pod uwagę swoje doświadczenie i wiedzę jako operator telekomunikacyjny. Nie można też pominąć kluczowej potrzeby Zamawiającego, jaką jest zapewnienie prawidłowego i efektywnego funkcjonowania Urządzeń i Akcesoriów, obejmujących również rysiki, które bezpośrednio służą do świadczenia przez Zamawiającego na rzecz jego klientów usługi Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru. Zamawiający preferuje rysiki, które nie wymagają zasilania lub które pobierają energię elektryczną z Urządzenia Mobilnego, czemu dał wyraz premiując takie rozwiązania w ramach kryterium oceny ofert (pkt P2.5 pozacenowego kryterium P2 „Funkcjonalność Urządzeń”). Takie rozwiązanie jest dla Zamawiającego bardziej optymalne, nie oznacza to jednak, że Zamawiający uniemożliwia składania ofert na innym rozwiązaniu, wręcz przeciwnie w celu zapewnienia dostatecznej konkurencyjności Zamawiający dopuszcza inne rozwiązania, pomimo tego, że łączą się z bardziej kłopotliwą obsługą rysików (konieczność wymiany baterii lub ładowania akumulatorów) i przez to są mniej korzystne dla samego Zamawiającego. Wykonawcom pozostawiono więc alternatywę: mogą zaoferować rysiki tzw. „bezobsługowe”, które w zdecydowanie większym stopniu odpowiadają potrzebom Zamawiającego i wobec czego ich oferta otrzyma dodatkowe punkty w ramach przedmiotowego kryterium albo mogą zaoferować rozwiązanie mniej optymalne dla Zamawiającego, jednak wówczas wykonawca obowiązany jest dostarczać baterie przez cały czas trwania Umowy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający prawidłowo i nie naruszając postanowień ustawy Pzp określił wymagania SIWZ w kwestionowanym zakresie. To wykonawca oferujący konkretne rozwiązanie powinien umieć oszacować niezbędną liczbę baterii do oferowanych rysików, tak aby zapewnić ich funkcjonowanie w całym okresie realizacji umowy, natomiast jeśli Odwołujący nie potrafi tego oszacować może zaoferować rozwiązanie, który takiej wymiany nie przewiduje i dodatkowo jest punktowane w ramach kryteriów jakościowych.

Zamawiający pragnie wskazać, iż w/w zarzut był przedmiotem orzekania Krajowej Izby I Odwoławczej, która wyrokiem z dnia 29 marca 2016 r. (o sygn. akt KIO 340/16 341/16) oddaliła zarzut jako niezasadny.

h) Zamawiający nie dopuszcza możliwości zmiany Wynagrodzenia w przypadku zmiany urządzenia zgodnie z wymogiem Wł.35 OPZ

Formułując wymóg W 1.35 OPZ Zamawiający akcentuje obowiązek dostarczania zaoferowanych urządzeń przez cały okres obowiązywania umowy oczekując, żeby Wykonawca dostarczał zaoferowane mu Urządzenia zgodnie z Umową przez cały okres jej obowiązywania, aby nie stawiał Zamawiającego przed faktem, że nie będzie już dostarczał Urządzeń, zgodnie z Umową, bo zostały one przez producenta wycofane (zobowiązanie wygasło).

Zamawiający, mając na uwadze zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dopuścił możliwość dostarczenia awaryjnie innego niż zaoferowane przez wykonawcę urządzenia, niemniej jednak nie może się to odbywać kosztem ceny, na podstawie której między innymi oferta wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Dopuszczenie możliwości zmiany urządzeń na etapie realizacji Umowy z jednoczesną możliwością zwiększenia wynagrodzenia, czysto hipotetycznie nawet już dzień po zawarciu Umowy prowadzić może do patologii i niedozwolonych działań. Zamawiający tylko w wyjątkowych sytuacjach dopuszcza zmianę urządzeń. Zamawiający nie może ponosić ryzyka i ciężaru nieprawidłowego zabezpieczenia realizacji dostaw.

Gdyby przyjąć możliwość zmiany Urządzeń na etapie po zawarciu umowy i dodatkowo dopuścić możliwość zamiany wynagrodzenia, ocena ofert w postępowaniu byłaby czysto iluzoryczna, bowiem wykonawcy w ofercie proponowałiby urządzenia, które pod względem kryteriów jakościowych i kryterium ceny były najkorzystniejsze, umożliwiając wykonawcy „wygranie przetargu”, natomiast po zawarciu umowy rozpocząć alternatywny proces negocjacji zmiany urządzenia. Stąd też w ocenie Zamawiającego podnoszone przez Odwołującego w zarzucie twierdzenia należy uznać w całości jako bezpodstawne;

i) nieokreślone zostały lokalizacje, dla których wykonawca zobowiązany będzie zapewnić łącza z prywatnego APN - Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. uwzględnił zarzut i uzupełnił informacje poprzez wskazanie lokalizacji, stąd też zarzut stał się bezprzedmiotowy;

j) Zamawiający nie określił listy placówek, na terenie których mogą występować problemy z zapewnieniem stabilnego zasięgu - W ocenie Zamawiającego zarzut jest bezzasadny i zmierza wyłącznie do spowodowania uprzywilejowania pozycji Odwołującego nad pozostałymi potencjalnymi wykonawcami. Odwołujący, aktualnie realizujący usługę transmisji danych, doskonale wie, gdzie występuje problem ze świadczeniem transmisji danych. Wymagając od

Zamawiającego określenia placówek, w których dotychczas występowały lub mogą wystąpić problemy z zapewnieniem stabilnego zasięgu Odwołujący doprowadzi do stworzenia nierównych warunków dla wszystkich wykonawców, bowiem doskonale zdaje sobie sprawę, że Zamawiający jedyne doświadczenie w tym zakresie posiada na bazie usługi transmisji danych świadczonej aktualnie przez Odwołującego.

Wprowadzenie listy placówek, w której aktualnie występują problemy ze świadczeniem usługi transmisji danych jest bezcelowe, a wręcz mogące wprowadzić w błąd pozostałych potencjalnych wykonawców, którzy jako operatorzy, dysponują własną mapą zasięgu, a zatem inny może być poziom sygnału, posiadając odmienną od Odwołującego architekturę sieci, jak również różny zasięg na obszarze kraju. W odniesieniu do jednego operatora zasięg na danym obszarze może być niestabilny, a w odniesieniu do innego już nie. Może być i tak, że dany wykonawca w ogóle nie będzie miał problemu ze stabilnym zasięgiem, stąd też Zamawiający nie wskazuje takiej listy, co nie oznacza, że lista placówek jest informacją poufną i niedostępną dla wykonawców. Potencjalni wykonawcy mają wiedzę, w których miejscach w kraju mają odpowiednią infrastrukturę umożliwiającą zapewnienie stabilnego zasięgu Usługi Transmisji Danych, a w których rejonach zasięg ten jest słabszy i tą wiedzę powinni nałożyć na publicznie dostępny wykaz placówek Zamawiającego na stronie i każdy z potencjalnych wykonawców może zweryfikować tę listę pod kątem spełniania wymogu, tzn. w których lokalizacjach jest zdolny do zapewnienia stabilnego zasięgu usługi transmisji danych.

Odwołujący wbrew twierdzeniom podnoszonym w odwołaniu, aktualnie realizuje przedmiotową usługę od blisko 36 miesięcy na rzecz Zamawiającego, (również będąc zobowiązanym do utrzymania stabilnego zasięgu oferowanej usługi transmisji danych) i posiada wiedzę, czy i w jakich lokalizacjach występowały ewentualne problemy z zapewnieniem przez Odwołującego stabilnego zasięgu, bez konieczności dokonywania ewentualnych wizji lokalnych przed złożeniem oferty na co wskazuje w Odwołaniu.

Powyższy zarzut był przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 29 marca 2016 r. (o sygn. akt KIO 340/16 341/16), która nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przepisów,

k) nie określono jakimi Urządzeniami Własnymi dysponuje Zamawiający - Zamawiający w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. uzupełnił załącznik o dane w zakresie liczby urządzeń, ich modelu, producenta, okresu gwarancji oraz daty zakupu, w związku z czym zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy,

l) w postanowieniach SIWZ wskazano, że Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenia lub uszkodzenia dostarczonych Urządzeń w trakcie testów - Zamawiający wskazał, że nie ma takiego punktu, którego treść zarzuca Odwołujący. Zarzut został prawdopodobnie oparty na nieaktualnym brzmieniu załącznika. Zgodnie z pkt 24 w rozdziale XI Opis sposobu przygotowania ofert Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych próbek, wynikłe w trakcie weryfikacji ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego, przeprowadzonej zgodnie ze scenariuszem testów, określonym w załączniku nr 1 do OPZ. Zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy.

3) w zakresie naruszenia art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 7 do SIWZ Wzoru Umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie w jakim:

a) Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek zapewnienia dostępności Urządzeń i Elementów Zestawów spełniających wymagania OPZ przez cały okres obowiązywania umowy, a jego niespełnienie obwarowane jest karą umowną - Zarzut ten należy uznać za bezzasadny. Oczekiwania Odwołującego są wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony Odwołujący podnosi argumenty dotyczące długości życia urządzenia, a z drugiej strony - najchętniej zaoferowałby urządzenie już używane, skoro absurdalnym dla niego jest wymóg dostarczenia urządzeń fabrycznie nowych. Zamawiający podkreślił, że nie dopuszcza urządzeń używanych ani prototypowych. Ponieważ urządzenia wykorzystywane będą do obsługi kontraktu na doręczenie przesylek sądowych, Zamawiający nie może pozwolić sobie na występowanie zdarzeń typowych dla urządzeń prototypowych, które są udoskonalane, poprawiane w wyniku ich użytkowania, nie może bowiem sobie pozwolić na testowanie zamówionych urządzeń metodą prób i błędów, ponieważ realnie zagrożona byłaby obsługa tego procesu. Podkreślił, że wymogi dostawy fabrycznie nowych urządzeń i niedopuszczenie urządzeń prototypowych są wymogami standardowymi na rynku i powszechnie stosowanymi w tego typu zamówieniach. W żadnej mierze Zamawiający stawiając takie wymogi nie ogranicza wykonawcom możliwości wyboru urządzeń, jako że na rynku znajdują się urządzenia, które spełniają te i pozostałe wymogi.

Odnosząc się natomiast do zarzutu co do zobowiązania określonego w pkt. 3.5.2 Wzoru Umowy, Zamawiający oświadczył, że intencją jego jest zobowiązanie wykonawcy do świadomego i profesjonalnego oferowania produktów na etapie składania ofert. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że przedmiotowe zamówienie opiewające na ok.

30 000 szt. Urządzeń nie jest zamówieniem, do którego wykonawca przygotowuje się bez prowadzenia wcześniejszych negocjacji z producentem danych urządzeń i odpowiednim zabezpieczeniem możliwości dostarczania Zamawiającemu zaoferowanych Urządzeń przez cały okres obowiązywania Umowy. Zamawiający nie oczekuje, aby zaoferowane urządzenia znajdowały się w oficjalnym kanale sprzedaży.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że cechy funkcjonalne Urządzenia, jak i ich cena, podlegają ocenie i testom na etapie postępowania, w wyniku czego powstaje „lista rankingowa Wykonawców”, dopuszczenie możliwości zmiany bez żadnych konsekwencji urządzeń na etapie realizacji Umowy, nawet już dzień po zawarciu Umowy prowadzić może do patologii i niedozwolonych działań, tym bardziej, gdy zestawimy to jeszcze z żądaniem Odwołującego w zakresie podniesienia wynagrodzenia wykonawcy z związku ze zmianą urządzenia. Zamawiający właśnie w celu zagwarantowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zarówno na etapie postępowania, jak i obowiązywania umowy, wymaga od nich, aby Zamawiający miał możliwość zamawiania w całym okresie obowiązywania umowy urządzenia, które zostały zaoferowane na etapie składania ofert.

Zamawiający zdaje sobie sprawę, że w trakcie obowiązywania w tak długim okresie czasu, mogą wydarzyć się sytuacje awaryjne i niezawinione przez wykonawcę, dlatego przewidział „awaryjną ścieżkę” w pkt W1.35 w OPZ. Stąd też w ocenie Zamawiającego podnoszone przez Odwołującego w zarzucie twierdzenia należy uznać za bezpodstawne. Zamawiający w ramach modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany wymagania W 1.35, jak również zmiany w zakresie kary umownej określonej w pkt 9.1.1.14 Umowy uzależniającej jej wysokość od wolumenu Urządzeń, wychodząc naprzeciw wątpliwościom wykonawców;

b) w pkt 4.1.2 Wzoru Umowy Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany istotnych postanowień Umowy, polegającej na przedłużeniu okresu obowiązywania Umowy o czas niezbędny do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, ale nie dłuższy niż 12 miesięcy - Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 4.1.1 Wzoru Umowy, Umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia przez okres 36 miesięcy od dnia pierwszego uruchomienia Usługi Transmisji Danych lub przez okres do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, natomiast zgodnie z pkt 4.1.2 w przypadku niewykorzystania kwoty Umowy istnieje możliwość przedłużenia okresu obowiązywania Umowy na okres maksymalnie 12 miesięcy na warunkach określonych w ust.

12.1.1. Powyższe postanowienia Umowy są ze sobą skorelowane w taki sposób, że zgodnie z pkt 4.1.1 Wzoru Umowy, określone zostały 2 równorzędne cezury jako wyznaczniki obowiązywania Umowy, tzn. umowa nie wygasa po okresie 36 miesięcy od pierwszego uruchomienia Usługi Transmisji Danych, w przypadku, gdy nie została wyczerpana Wartość Umowy. W takim bowiem przypadku zgodnie z pkt 12.1.1. przedłużenie następuje o czas niezbędny do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, ale nie dłużej niż 12 miesięcy. Celem wprowadzonych rozwiązań jest umożliwienie wykorzystania pełnej Wartości Umowy, a nie zwiększenie wynagrodzenia w przedłużonym okresie obowiązywania umowy.

c) w pkt 4.2.4 Wzoru Umowy, wskazano, że na żądanie Zamawiającego wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć do siedziby Zamawiającego 20 sztuk Zestawów, nie regulując przy tym, w jaki sposób dostawa ta zostanie rozliczona pomiędzy Stronami, w tym, czy Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za dostarczone Zestawy lub dokona ich zwrotu - Zamawiający oświadczył, że nie jest ani nie było jego intencją, aby zamówione na podstawie pkt 4.2.4 Zestawy nie podlegały zasadom rozliczenia i zapłaty wynagrodzenia - jak przy innych zleceniach Zamawiającego - określonych w rozdziale 6 Wzoru umowy. Zgodnie z pkt 6.1.21 wynagrodzenie za dostawę Zestawów płatne jest w wysokości wynikającej z iloczynem cen określonych w Załączniku nr 1a do Formularza Ofertowego i liczby dostarczonych Zestawów na podstawie faktury Zamawiający wyłącza zapłatę wynagrodzenia za dostarczone Zestawy na podstawie pkt. 4.2.4 Wzoru Umowy. Jediną różnicą w tych dostawach jest termin jej realizacji oraz górny limit zamawianych Urządzeń, a mianowicie do 20 sztuk Zestawów. Oznacza to, że liczba 20 sztuk jest zamawiana w ramach ogólnego limitu Urządzeń zamawianych w ramach przedmiotowego zamówienia, stąd też ich wartość (wynagrodzenie należne wykonawcy) stanowi część składową Maksymalnej Wartości Umowy określonej w pkt

6.1.1. Umowy. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny;

d) w pkt 5.3.7 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł, że ma prawo do rezygnacji z korzystania z Usługi Transmisji Danych dla poszczególnych Kart SIM, a ilość wyłączonych Usług nie przekroczy 20 % łącznej puli Usług - Zamawiający w ramach modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. sprecyzował, że łączna pula Usług Transmisji Danych dotyczy całego okresu obowiązywania Umowy. Jednocześnie wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO dopuszcza się, aby zamawiający przewidział w umowie zmniejszenie zakresu zamówienia, lecz „nie można zaakceptować postanowień umowy dających zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zmniejszeniu zakresu dostaw będących przedmiotem zamówienia”. Podkreślił, że z taką dowolnością nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na fakt, iż Umowa zawierana jest na okres 36 miesięcy w tym czasie po stronie Zamawiającego mogą wystąpić zmiany struktury organizacyjnej oraz liczby zatrudnionych

pracowników, stąd Zamawiający musi uelastyczyć zakres, który usprawiedliwiony jest jego potrzebami związanymi z fluktuacją kadry, nie jest nadmierny, jest precyzyjnie określony, uniemożliwiający dowolne ograniczanie przedmiotowych usług.

Zamawiający, dochowując należytej staranności oraz z poszanowaniem interesów wykonawców, jednoznacznie określił maksymalne zmniejszenie zakresu zamówienia (podając wartości procentowe). Mając powyższe na uwadze zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy;

e) w rozdziale 7 ust. 7.5.2 Wzoru Umowy przewidziano, że w przypadku, gdy w Raporcie Miesięcznym stwierdzono Błąd lub Brak, plik zostaje odrzucony, a Zamawiający wzywa wykonawcę do przedstawienia poprawionego danego Raportu Miesięcznego, przy czym sformułowana przez Zamawiającego definicja Błędów w Raporcie i Braku w Raporcie jest niejednoznaczna i nieprecyzyjna, przy jednoczesnym dopuszczeniu możliwości wielokrotnego zgłaszania przez Zamawiającego zastrzeżeń - Zamawiający wskazał, że przedmiotowy zarzut jest bezpodstawny. W ust. 7.5 Wzoru Umowy Zamawiający określił procedurę raportowania i procedurę weryfikacji przedłożonych Raportów Miesięcznych. Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy prawidłowego (zgodnego z wprowadzonymi wzorami) przygotowania i przekazania raportów, które ze swej natury powinny odwzorowywać to, co miało miejsce w danym Okresie Rozliczeniowym. Modyfikacje wprowadzone do postanowień w zakresie raportowania wynikają z dotychczasowego doświadczenia z wykonawcą, który potrafił złożyć za dany okres rozliczeniowy kilka raportów, przy czym każdy był różny, tzn. zawierał nowe pozycje, które nie znajdowały się w pierwotnie przekazywanym raporcie, stąd Zamawiający przewidział możliwość wielokrotnego zgłaszania zastrzeżeń do tego samego Raportu Miesięcznego na wypadek, gdyby wykonawca próbował kreatywnie kształtować rzeczywistość raportową, która ma istotne znaczenie z punktu widzenia naliczania kar umownych i określenia SLA.

W świetle ustanowionych definicji, za Błąd należy uznać każdą rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w przekazywanych Raportach a stanem faktycznym, literówki czy oczywiste omyłki nie mogą być uznane za stan faktyczny. Dodatkowo, określenie zamkniętego katalogu Błędów doprowadzi do nadmiernej kazuistyki, co przy umowie na 36 miesięcy i kreatywności wykonawców ciężko uznać za pożądane działanie. Przez Brak rozumie się natomiast każdorazową wartość Nuli (czyli puste pole) w polu, w którym powinna znajdować się wartość — zgodnie z wzorem, np.: brak nr zgłoszenia z systemu zamawiającego, czy też brak w danych. Stąd też mając powyższe na uwadze, zarzut należy uznać za bezzasadny,

f) Określenie kar umownych:

za opóźnienie a nie zwłokę

W ocenie Zamawiającego, podnoszone argumenty należy uznać za bezpodstawne w zakresie, aby kary umowne były naliczane za zwłokę, a nie opóźnienie. Wskazał, że to wykonawca wskazuje na etapie postępowania gwarantowany termin realizacji dostaw, a zatem Zamawiający może oczekiwać, aby wykonawca realizował dostawy w terminie przez siebie wskazanym i gwarantowanym.

Przedmiotowy zarzut był przedmiotem rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 29 marca 2016 (sygn.. akt KIO 340/16 341/16), która nie dopatrzyła się naruszenia przepisów we wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu zakresie (także wyrok z dnia 28 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 26/19).

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie należy odwołać się do przepisów k.c., które znajdują zastosowanie do czynności zamawiających i wykonawców na podstawie odesłania zawartego w art. 14 Pzp oraz przede wszystkim znajdują generalnie zastosowanie w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 2 pkt 13 Pzp definiującym zamówienia publiczne jako umowy zawierane pomiędzy zamawiającymi, a wykonawcami, a więc stosunki cywilnoprawne, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym rozciągnięciem instytucji i siatki pojęciowej prawa cywilnego na zamówienia publiczne. Podstawą odpowiedzialności kontraktowej, ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 k.c. jest, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zasadnym jest, przy ocenie należytej staranności wykonawcy, odwołanie się do art. 355 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto należy mieć na względzie przepis art. 355 § 2 k.c., definiujący należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Konstrukcja kary umownej przewidzianej w art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Orzecznictwo i piśmiennictwo zgodnie przyjmują, iż kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, zatem przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, z dnia 8 lipca 2004 r. IV CKN 583/03). Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty także w

razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., mająca moc zasady prawnej, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). W razie braku rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jego wina w nieterminowym wykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia o zapłatę kary umownej. Prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2013 roku (sygn. akt II CSK 331/12), w którym podkreślono, że „(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214 (...), z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, niepubl.) (...) Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności”. Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Jednocześnie, dochodząc w takim przypadku kary umownej, wierzyciel nie musi udowadniać, że nieterminowe wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. To dłużnika obciąża dowód braku odpowiedzialności za wskazane zdarzenie. Analogiczne wnioski płyną z wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2016 roku (sygn. akt IV CSK 674/15), w którym zaznaczono, że obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie (zwłokę) powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność”.

Brak jest zatem podstaw do uwzględnienia zarzutu. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, wykonawca będzie mógł zwolnić się z odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że za dane zdarzenie nie ponosi odpowiedzialności. Nie sposób uznać, by tak skonstruowane postanowienia umowne naruszały równowagę kontraktową oraz przepisy ustawy Pzp.

W dniu 17 maja 2019 r. Zamawiający wprowadził do Wzoru Umowy nowe postanowienie, które wprost reguluje możliwość zwolnienia wykonawcy z obowiązku zapłaty kar umownych, w sytuacji gdy wykonawca przedłoży stosowne dowody, że niedochowanie terminu nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Zamawiający przewidział także możliwość żądania uzupełnienia dowodów przez wykonawcę, jeśli uzna je za niewystarczające.

kara za opóźnienie w realizacji Wdrożenia

W ocenie Zamawiającego, zarzut jest bezzasadny, jednocześnie aktualne są argumenty podnoszone przez Zamawiającego przy zarzucie Odwołującego w zakresie terminu i wdrożenia. Odwołujący błędnie zakłada, iż termin na wdrożenie i dostawę jest terminem tożsamym, w takim znaczeniu, że liczącym od tego samego momentu, co oczywiście nie jest prawdą. Zgodnie z wzorem Umowy wykonawca zobowiązany jest do zakończenia wdrożenia w terminie nie dłuższym niż 10 tygodni od dnia zawarcia Umowy lub krótszym w zależności od terminu wskazanego w ofercie (pkt. 4.2.1 Wzoru Umowy i 3.1.5 OPZ), na które składają się czynności określone w pkt. 3.1 OPZ oraz dostawy Zestawów (sukcesywnie na zlecenia Zamawiającego w całym okresie realizacji Umowy) w terminie nie dłuższym niż 10 tygodni lub krótszym w zależności od terminu wskazanego w ofercie od daty przekazania zlecenia do Wykonawcy (pkt 4.2.3.2 i 5.3.1 Wzoru Umowy).

Zamawiający zauważył, że kwestionowane postanowienie ma naruszać art 353¹ i art. 487 § 2 K.c., jednak w odwołaniu próba wykazania, że Zamawiający naruszył wspomniane przepisy, oparta jest na nieprawdziwym założeniu, w związku z tym prowadzi do błędnych konkluzji. Biorąc pod uwagę, iż wdrożenie nie obejmuje dostaw, stąd też termin wdrożenia nie obejmuje w sobie terminu określonego dla dostaw, nie jest możliwe naruszenie jednym zdarzeniem dwóch zobowiązań, a w konsekwencji dwukrotnego nałożenia kary za to samo zdarzenie.

opóźnienie w dostawach w terminie gwarantowanym

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący dokonał błędnej interpretacji pkt 9.1.1.3, w którym Zamawiający postawił znak "P przy określeniu, że naliczy 10 zł za każdy Zestaw/10 zł za każdy Element Zestawu i jednocześnie celowo zamiast pojęcia „Akcesorium” używanego na potrzeby pojęcia „Urządzenie” i „Zestaw” użył pojęcia „Element Zestawu”, który tak samo jak Zestaw może być przedmiotem zlecenia Zamawiającego (jako samodzielny produkt) i dostawy. Prezentowane stanowisko wynika zarówno z jego definicji, jak również pkt 42.3.3 Wzoru Umowy. Zamawiający oświadczył, że nie jest i nigdy nie było jego intencją nakładanie w ramach przedmiotowej Umowy kary umownej mającej na celu kilkukrotne nałożenie kary umownej de facto za to samo.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż nieprecyzyjnie określone zostały okolicznościach i wysokość w jakiej naliczy karę za opóźnienie w terminie gwarantowanym. Jednoznacznie zostało określone, że w przypadku opóźnienia w dostawach względem gwarantowanego terminu dostaw w wysokości 10 zł za każdy Zestaw za każdy dzień opóźnienia oraz 10 zł za każdy Element Zestawu. Stąd też Zamawiający nie może zgodzić się z żądaniem wykreślenia „10 zł za każdy Element Zestawu”, pozostawiając wyłącznie karę umowną za opóźnienie za każdy Zestaw w przypadku, gdy przedmiotem odrębnego

zamówienia może być pojedynczy Element Zestawu (będący osobnym produktem, a nie będący Akcesorium w rozumieniu definicji Zestawu);

- Opóźnienie w Naprawie Wad

Zamawiający wskazał, że w ramach modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. zmniejszeniu uległa wysokość kary umownej za opóźnienie.

Odwolujący błędnie zakłada, iż kara za opóźnienie w naprawie Wad jest karą tożsamą karze za opóźnienie w dostawie Urządzeń Zastępczych, w związku z czym należy ją w ogóle usunąć. Zamawiający pragnie wskazać, iż przedmiotowa kara zabezpiecza zupełnie inny obowiązek niż ten, który podpada pod dyspozycję kary z pkt 9.1.1.13 Wzoru Umowy i wbrew pozorom nie jest obojętne Zamawiającemu czy Wady naprawiane są czy nie są naprawiane w terminie. Celem Zamawiającego nie jest korzystanie z Urządzeń Zastępczych jako takich, celem jest użytkowanie w niezbędnym minimum, najlepiej wyłącznie w przedziale czasowym, który Zamawiający określił dla wykonania naprawy. Stąd też w przypadku, gdy w całości zostanie wyeliminowana kara za nieterminową realizację Napraw Zamawiający nie ma żadnego „mechanizmu przymuszenia”, aby zależało mu na szybkim dokonywaniu Napraw.

Ponadto, Urządzenia Zastępcze jako nie stanowiące składnika majątkowego Zamawiającego nie podlegają pod generalną polisę na urządzenia IT, którą posiada Zamawiający. W takim przypadku, w razie jego zaginięcia, zepsucia nie dość, że Zamawiający nie otrzyma odszkodowania z polisy ubezpieczeniowej, to jeszcze zobowiązany będzie do zapłaty wykonawcy szkody z tytułu zniszczenia/kradzieży urządzenia zastępczego. Należy podkreślić, że im dłuższe użytkowanie w związku z przedłużającą się naprawą, tym większe ryzyko uszkodzeń Urządzeń Zastępczych, a tym samym większe ryzyko ponoszonych przez Zamawiającego szkód.

- Niedostępności kanałów komunikacji

W ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany poprzez doprecyzowanie, kiedy kara umowna nie będzie naliczona, w związku z czym zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy;

- Opóźnienie w dostawie Urządzeń Zastępczych

Zamawiający zauważył, że kwestionowane postanowienie ma naruszać art 353¹ i art. 487 §2 K.c., jednak w odwołaniu nie podjęto nawet próby wykazania, w jaki rzekomo sposób Zamawiający naruszył wspomniane przepisy. Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy kar umownych w związku z opóźnieniem w dostarczeniu Urządzeń Zastępczych i jak długo jest to wykonalne — a tego obowiązku Odwołujący nie zakwestionował - to nie można twierdzić, że treść umowy narusza zasady współżycia społecznego, przepisy Kodeksu cywilnego, czy też nie odpowiada rzeczystwej naturze umowy.

Żądanie Odwołującego de facto sprowadza się do negocjowania wysokości kary umownej ze 100 zł na 10 zł, poprzez stwierdzenie, że aktualna wysokość jest rażąco wygórowana, nie popierając tych twierdzeń żadnymi dowodami. Ustalając wysokość kary za opóźnienie w dostawie urządzeń Zamawiający kierował się efektem skali i wolumenem zamawianych Urządzeń, stąd też nie mógł zbyt wysoko określić stawki za jednostkowe urządzenie, gdyż ostateczna wartość kary z tego tytułu zawsze stanowiłaby iloczyn liczny niedostarczonych w terminie Urządzeń.

Kara z tytułu Opóźnień w dostawach Urządzeń Zastępczych ze swej natury ma charakter incydentalny i jednostkowy, a jednocześnie stanowi zdarzenie awaryjne i nieplanowane przez Zamawiającego, stąd też tak istotna dla Zamawiającego jest terminowa dostawa Urządzeń Zastępczych, aby mógł on realizować na bieżąco również w okresie Naprawy procesy biznesowe nie narażając się na dotkliwe konsekwencje finansowe. Zamawiający jest związany kontraktami z różnymi podmiotami, na podstawie których doręcza ok. 1 mln przesylek dziennie przy wykorzystaniu tabletów.

Obrazując to na przykładzie kontraktu z Sądem Apelacyjnym w Krakowie Zamawiający doręcza ponad 220 tys. przesylek z EPO każdego dnia. W przypadku niemożliwości zrealizowania usługi EPO istnieje możliwość zastąpienia go papierowym Potwierdzeniem Odbioru, ale to wiąże się z koniecznością poniesienia przez Zamawiającego kary w wysokości 2 zł dla każdej przesylki, co oznacza, że przy braku urządzeń Zamawiający ponosiłby karę w wysokości ponad 440 tys. zł dziennie czyli ok. 9 mln miesięcznie.

Nie jest to kara jedyna, zmiana elektronicznego formularza na dokument papierowy jest obciążona bardzo dużym ryzykiem popełnienia błędu przy przepisywaniu danych, a co pokazało dotychczasowe doświadczenie ryzyko „nieczytelnego podpisu”, za które Zamawiający obciążany jest karą 50 zł.

Liczba przesylek z EPO, którą każdego dnia doręcza listonosz jest różna w zależności od rejonu doręczeń, na którym dany listonosz pracuje i waha się od kilkunastu do nawet kilku tysięcy szt. dziennie w przypadku masowych odbiorców. W związku z powyższym karą jaką

zamawiający może ponieść z tytułu jednego dnia niedostępności urządzenia może wynieść od kilkudziesięciu zł do kilku lub kilkunastu a nawet kilkudziesięciu tysięcy zł.

Z uwagi na powyższe kara przewidziana za brak dostarczenia urządzenia zastępczego nie jest karą wygórowaną w stosunku do kar jakie może ponieść Zamawiający w przypadku braku dostępności urządzenia.

Dostarczenie Urządzenia Zastępczego do Lokalizacji Zamawiającego ma na celu zapewnienie ciągłości realizacji procesu biznesowego polegającego na doręczaniu przesyłek z Elektronicznym Potwierdzeniem Odbioru (EPO). Tylko sprawnie działająca flota urządzeń może zapewnić realizację usługi na odpowiednim poziomie jakościowym.

Kara za niezapewnienie zobowiązania określonego w pkt. 3.2.5 Wzoru Umowy

Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany pkt 9.1.1.14 w związku z czym przedmiotowy zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że na urządzeniach, które Zamawiający zamierza zakupić w ramach niniejszego postępowania będzie m.in. realizowany proces doręczania przesyłek z Elektronicznym Potwierdzeniem Odbioru (EPO). Aby proces mógł być realizowany z należytą starannością i na odpowiednim poziomie jakościowym konieczne jest zapewnienie dostępności urządzeń w całym okresie obowiązywania umowy, w takim znaczeniu, że Zamawiający ma mieć możliwość zlecenia realizacji dostaw zaoferowanych urządzeń bez ryzyka zaprzestania ich realizacji przez wykonawcę.

Wprowadzony mechanizm nie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego ani z naturą takiego mechanizmu, bowiem sam ustawodawca w Kodeksie cywilnym przewidział podobne rozwiązanie w art. 493 KC, zgodnie z którym w przypadku, gdy jedno ze świadczeń stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana, druga strona według swego wyboru może żądać albo naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania albo od umowy odstąpić. Kara umowa jak zryczałtowanym odszkodowaniem za niewykonanie lub nienależyte wykonanie określonego zobowiązań.

Pierwotnie określona kara umowna została zmieniona i wprowadzona została gradacja jej wysokości w zależności od wolumenu urządzeń, które zobowiązany był dostarczyć wykonawca, a których nie dostarczy z uwagi na wykonanie zobowiązania określonego w pkt 3.5.2 oraz wymagania W1.35 w OPZ

Wysokość kary umownej za brak zapewnienia ciągłości w całym okresie obowiązywania kontraktu została ustalona na podstawie doświadczeń obecnego kontraktu, w trakcie którego wykonawca po niespełna roku od podpisania umowy przestał do

Zamawiającego pismo z informacją, że z uwagi na zaprzestanie produkcji zaoferowanego modelu przez producenta urządzenia czuje się zwolniony z obowiązku dostarczania kolejnych urządzeń. Poszukiwanie następcy technologicznego trwało prawie rok i dodatkowo wykonawca zażądał wyższej ceny za nowe urządzenia niż to które zaoferował w ramach oferty przetargowej. Powyższe wiązało się z koniecznością poniesienia wyższych kosztów za zakup urządzeń.

Nie można wykluczyć sytuacji, że taka sytuacja wystąpiłaby także w tym postępowaniu. Zamawiający chce zabezpieczyć się przed powtórzeniem sytuacji z poprzedniego kontraktu i dlatego wprowadził wymóg zapewnienia ciągłości dostępności urządzenia lub jego następcy technologicznego w całym okresie obowiązywania umowy w tej samej cenie pod rygorem zapłaty kary umownej na zasadach określonych w zmodyfikowanym pkt 9.1.1.14 Wzoru umowy.

Zamawiający w wyjątkowych sytuacjach niezawinionych przez wykonawcę dopuścił możliwość zastąpienia zaoferowanego urządzenia, poprzez dostarczenie innego urządzenia (spełniającego wymagania OPZ — zgodnie z pkt W1.35 OPZ) i w takim przypadku Zamawiający nie obciąża go karą z pkt 9.1.1.14.

W ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut należy uznać za bezzasadny.

Brak ograniczenia procentowego kar umownych - Zamawiający w ramach modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. wprowadził maksymalny limit odpowiedzialności z tytułu kar umownych na poziomie 50 % Maksymalnej Wartości Umowy określonej w pkt 6.1.1 Umowy. W związku z czym przedmiotowy zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy.

g) Zamawiający nie przewidział procedury reklamacyjnej — Zamawiający w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. wprowadził postanowienie do Wzoru Umowy, zgodnie z którym przed ewentualnym naliczeniem kar umownych z tytułu opóźnienia Zamawiający dopuszcza uprawnienie wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień i dowodów, że opóźnienie nie nastąpiło z jego winy, w związku z czym przedmiotowy zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy.

h) Zamawiający określił prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym albo odstąpienia z zachowaniem prawa do kar umownych

Przedmiotowy zarzut był przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą (por. wyrok z dnia 29 marca 2016 r. sygn. akt KIO 340/16 341/16), która nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przepisów wskazując, że w zakresie postanowień odnoszących się do możliwości jej wypowiedzenia, a więc definitywnego przekreślenia celu, dla którego została zawarta, należy dokonywać przy założeniu racjonalności stron stosunku obligacyjnego. Nie sposób twierdzić zatem, że Zamawiający wykorzysta każdą nadarzającą się sposobność i wypowie umowę obciążając wykonawcę karą umowną, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zawierana w jego następstwie umowa nie mają na celu generowanie u Zamawiającego przychodów z uiszczonych przez wykonawcę kar umownych, a zaspokojenie potrzeb zamawiającego, które niejednokrotnie służą zaspokajaniu potrzeb szerszego kręgu podmiotów. Tym bardziej, że Zamawiający, decydując się na krok ostatecznego zakończenia współpracy, ryzykuje karami umownymi wynikającymi z kontraktu ze Skarbem Państwa reprezentowanym przez Sąd Apelacyjny w Krakowie.

W opinii Zamawiającego, bezprzedmiotowe są wywody odwołania w części dotyczącej przewidzianych w Umowie podstaw odstąpienia lub wypowiedzenia. Argumentacja Odwołującego opiera się wyłącznie na rzekomej niejednoznaczności okoliczności uprawniających Zamawiającego do odstąpienia, chociaż Umowa jest w tym zakresie wyjątkowo precyzyjna. Kwestionowane przesłanki odwołują się do „opóźnienia w realizacji obowiązków wynikających z Umowy przekraczających 30 dni” (przy czym podważane jest opóźnienie, zamiast zwłoki, a nie np. jego termin), „istotne naruszenie przez Wykonawcę postanowień Umowy lub SIWZ” (po czym następuje egzemplifikacja tych naruszeń, która dla Odwołującego jest wciąż niezasadna) czy „rażące i uporczywe naruszanie postanowień Umowy”. We wszystkich tych przypadkach zdaniem Odwołującego zachodzą tak dalekie niejednoznaczności, że uniemożliwiają ustalenie ich rzeczywistego zakresu. Odwołujący nie wskazał jednak w swoich żądaniach, jak należałoby te rzekomo niejasne przesłanki doprecyzować. Szybko okazałoby się, że nie jest możliwe uniknięcie kazuistyki, a i tak nie zostałyby wyczerpująco przewidziane wszystkie dające się przewidzieć przypadki uzasadniające odstąpienie. W odwołaniu zatem proponuje się ich całkowite wykreślenie, przez co oczywiście jest, że zamiarem odwołania jest wyłączna ochrona pozycji wykonawcy, która odbyłaby się jednak szczególnie dużym kosztem uzasadnionego interesu Zamawiającego.

W związku z czym, w ocenie Zamawiającego, zarzut jest bezzasadny.

4) W zakresie naruszenia art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie Załącznika nr 6 do Umowy Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenie Serwisowe, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwiający oszacowanie ceny ofert, a w konsekwencji mogący prowadzić do nieporównywalności ofert w zakresie w jakim:

a) Wykonawca zobowiązany jest do dokumentowania procesu weryfikacji i kwalifikowania zgłoszenia oraz napraw uszkodzenia oraz przekazania lub udostępnienia nagrania video i dokumentacji zdjęciowej z tych czynności Zamawiającemu

W ocenie Zamawiającego, zarzut jest bezzasadny i mający na celu negocjacje z Zamawiającym zakresu obowiązków nałożonych na wykonawcę. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki niby sposób tak ukształtowany obowiązek jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i narusza równe traktowanie wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Nie jest zrozumiałe, dlaczego dokumentowanie naprawy jest nieuzasadnione i nadmierne, jeżeli Odwołujący, jak każdy inny wykonawca za ich realizację otrzymuje wynagrodzenie. Z uwagi na fakt, iż to wykonawca realizujący Umowę decyduje o przypisaniu danej awarii do Usługi Gwarancyjnej czy też Niegwarancyjnej, za którą Zamawiający odrębnie płaci wynagrodzenie, Zamawiający w celu zabezpieczenia swoich interesów, jak również jakości napraw wykonywanych w ramach Usług Serwisowych wprowadził obowiązek dokumentowania procesu kwalifikowania danego zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia, jak również jego wycenę przez cały okres naprawy uszkodzenia. Celem tak wprowadzonego obowiązku jest eliminacja ewentualnych sporów na tle kwalifikacji zgłoszenia, wyceny oraz jakości świadczenia.

Co do zarzutu dotyczącego ochrony wizerunku czy też danych osobowych Zamawiający wskazał, że nie oczekuje utrwalania wizerunku osoby dokonującej naprawy, tylko sam obraz realizowanego procesu, zgodnie z założeniami określonymi w Załączniku nr 6 do Umowy; to wyłącznie od wykonawcy zależy, jak zorganizuje proces nagrywania, tak aby nie przekazywać zamawiającemu wizerunku. Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał modyfikacji kwestionowanych postanowień.

W ocenie Zamawiającego zarzut należy uznać za bezzasadny;

b) Urządzenie Zastępcze przechodzi na własność Zamawiającego, Zamawiający informuje, iż w ramach modyfikacji treści SIWZ usunął ten wymóg, stąd też zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy,

c) Kwalifikacja naprawy w zakresie Akcesorium

Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany w Załączniku nr 1 a do Formularza Rzeczowo — Cenowego dla Dostawy Urządzeń typu tablet z Akcesoriami oraz Usługą Transmisji Danych, poprzez doprecyzowanie, których Akcesoriów dotyczy naprawa. Co do definicji Naprawy Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją Zamawiający dokonał poprawy oczywistej omyłki, poprzez określenie, że naprawa może dotyczyć również Akcesorium, co miało swoje odzwierciedlenie w dalszej części definicji w przykładach.

Opisany przez Zamawiającego - w Załączniku nr 6 do Umowy proces świadczenia Usług Serwisowych dla Akcesoriów wygląda w ten sposób, że w przypadku uszkodzenia Akcesorium Zamawiający przekazuje do Wykonawcy Zgłoszenie Serwisowe. Wykonawca wysyła do lokalizacji Zamawiającego Akcesorium Zastępcze i odbiera Akcesorium uszkodzone, a następnie dokonuje kwalifikacji zgłoszonego uszkodzenia (czy jest to uszkodzenie objęte gwarancją czy nie).

Zgodnie z opisanym procesem, wykonawca dokonuje naprawy, tak jak w przypadku wszystkich innych Zgłoszeń Serwisowych i w przypadku zakwalifikowania Naprawy w ramach Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją otrzyma za nią wynagrodzenie, zgodnie z kwotą określoną w Załączniku nr 1 a do Formularza Rzeczowo — Cenowego dla Dostawy Urządzeń typu tablet z Akcesoriami oraz Usługą Transmisji Danych. Jedyną różnicą polega na tym, że z uwagi na niską wartość Akcesorium, Akcesorium zastępcze jest traktowane jako Akcesorium docelowe, a Akcesorium naprawione trafia do puli Akcesoriów zastępczych Wykonawcy. Przyjęte rozwiązanie podyktowane jest względami ekonomicznymi, a mianowicie tym, że koszty związane z wysyłką mogłyby przewyższyć wartość samego Akcesorium lub jego naprawy.

W ocenie Zamawiającego zarzut należy uznać za bezzasadny;

d) Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego usunięcia Wady/Awarii lub zlecić ich usunięcie osobom trzecim w przypadku nie usunięcia Wady/Awarii po pierwszym Zgłoszeniu.

Zamawiający wskazał, że punkt na który powołuje się Odwołujący w treści odwołania nie istnieje w przywołanej treści, stąd należy go uznać za bezprzedmiotowy. Niezależnie od powyższego, Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. uwzględnił żądanie Odwołującego dokonując stosownej zmiany;

e) podstawą zamknięcia danego zgłoszenia serwisowego jest potwierdzenie przez Zamawiającego Naprawy albo wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM.

f) W przypadku uznania Naprawy Wady lub Awarii w danym zgłoszeniu za nieskutecznie usuniętą powtórna Naprawa liczy się od pierwotnego zgłoszenia.

Zamawiający wniósł o oddalenie obu zarzutów. Wskazał, że w sytuacji, gdy Awaria lub Wada nie została skutecznie usunięta w ramach pierwotnego Zgłoszenia Serwisowego nieuzasadnione jest żądanie, aby zamknięcie danego zgłoszenia serwisowego liczyć od dnia przekazania informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym.

Przedmiotowym zarzutem zajmowała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2199/19 K102206/18), wskazując bezspornie, że nie można znaleźć uzasadnienia dla wysuwanych w tym zakresie żądań Odwołującego, aby czasu usunięcia Awarii lub Wady liczyć od chwili powtórnego Zgłoszenia serwisowego w sytuacji, gdy Awaria lub Wada nie została skutecznie usunięta w ramach pierwotnego Zgłoszenia Serwisowego, a sam Odwołujący znajduje się w stanie nienależytego wykonania zobowiązania. Nie można przyjąć, aby termin 2 Dni Roboczych był terminem przesadnie wydłużonym, tym bardziej, że jest to termin maksymalny i w zależności czego będzie dotyczyło zgłoszenie Zamawiający będzie dokonywał takiego potwierdzenia w terminie krótszym niż termin maksymalny. Dodatkowo, w przypadku, gdy Zamawiający potwierdzi prawidłowość naprawy/wymiany stan należytego wykonania istniał w chwili przekazania takiej informacji Zamawiającemu, natomiast, gdy Zamawiający w wyniku weryfikacji stwierdzi, iż naprawa została dokonana nienależycie to obowiązek naprawy nie został przez wykonawcę zrealizowany i pozostaje w stanie nienależytego wykonania świadczenia i nie ma żadnego uzasadnienia, aby przyjmować odmienne domniemanie.

Zamawiający zauważył, że w odwołaniu nie podjęto nawet próby wykazania, w jaki rzekomo sposób Zamawiający naruszył przepisy art 353¹ w zw. z art. 5 i art. 487 § 2 K.c., a w szczególności czy treść stosunku prawnego, jaki ma powstać w skutek udzielenia zamówienia sprzeciwia się jego naturze, ustawie czy zasadom współżycia społecznego.

Zamawiający ma prawo żądać realizowania zgłoszeń serwisowych w określony przez niego w umowie sposób i jak długo jest to wykonalne — a tego Odwołujący nie zakwestionował

- to nie można twierdzić, że treść umowy narusza zasady współżycia społecznego, przepisy

Kodeksu 1 cywilnego, czy też nie odpowiada rzeczywistej naturze umowy, a już tym bardziej, że uniemożliwia prawidłowe oszacowanie ofert w przedmiotowym zakresie.

W związku z uwzględnieniem części zarzutów przez Zamawiającego Odwołujący cofnął na posiedzeniu zarzuty przedstawione w odwołaniu (pkt III odwołania):

- zarzut nr 1 - podtrzymuje w części, w jakiej Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu;
- zarzut nr 2 - litera a; litera c; litera f; litera i; litera k;
- zarzut nr 3 - litera c; litera h;
- zarzut nr 4 - litera b; litera d.

Zgodnie z treścią pisma Odwołującego z dnia 27 maja 2019 r., po przeanalizowaniu modyfikacji treści SIWZ oraz argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący cofnął również zarzuty w zakresie:

1. pkt III.2 lit. e - dotyczącego stanu aktualizacji i konfiguracji systemu operacyjnego Urzędnika;
2. pkt III.2 lit. l - dotyczącego zastrzeżenia zgodnie z którym Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń w trakcie testów;
3. pkt III. 3 lit. f ppkt 2 - dotyczącego kary umownej za opóźnienie w realizacji Wdrożenia i kary za opóźnienie w dostawach w terminie gwarantowanym;
4. pkt III. 3 lit. f ppkt 3 - dotyczącego kary umownej za opóźnienie w dostawach w terminie gwarantowanym;
5. pkt III. 3 lit. f ppkt 4 - dotyczącego kary umownej za opóźnienie w Naprawie Wad.

KIO 844/19

Wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 483 § 1, art. 484 i art. 353 [1] Kodeksu cywilnego, poprzez określenie jednostronnie w rozdziale 9 pkt 9.1.1.14 wzoru umowy rażąco wygórowanej kary umownej z tytułu niezapewnienia przez wykonawcę zobowiązania określonego w pkt. 3.2.5 wzoru umowy w kwocie 5.000.000 zł, a jednocześnie nieprawidłowe określenie przesłanki uprawniającej Zamawiającego do naliczenia kary.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji w zakresie wzoru umowy poprzez wykreślenie postanowienia rozdziału 9 pkt 9.1.1.14 wzoru umowy.

Zgodnie z brzmieniem pkt III.3 i III.4 SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowe zasady realizacji przedmiotu zamówienia zostały określone we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SIWZ).

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem stanowi podstawowy element SIWZ i jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia.

Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany.

Sporządzając specyfikację istotnych warunków zamówienia, w szczególności wymagania dotyczące realizacji zamówienia (wzór umowy i opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający naruszył przepisy ustawy - warunki realizacji zamówienia wynikające z projektu umowy zostały sformułowane w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty.

W rozdziale 3 pkt 3.2.5 Wzoru Umowy Zamawiający wymaga od wykonawcy cyt.: „zapewnienia dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu spełniających wymagania OPZ

przez cały okres obowiązywania Umowy", zaś w rozdziale 9 pkt 9.1.1.14 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo do naliczenia kary umownej w przypadku cyt.: „niezapewnienia przez Wykonawcę zobowiązania określonego w pkt. 3.2.5 Umowy w kwocie 5.000.000 zł."

Odwolujący podniósł, iż kara umowna w wysokości 5.000.000 zł jest karą rażąco wygórowaną. Wskazuje na ten fakt wysokość kary, a także zaniechanie określenia przez Zamawiającego mechanizmu oceny przesłanek uzasadniających naliczenie kary i sposobu jej naliczenia. Przepis art. 483 § 1 k.c. stanowi, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Tymczasem, zgodnie z brzmieniem kwestionowanego postanowienia wzoru umowy (pkt 9.1.1.14), podstawę naliczenia kary umownej stanowić ma „Niezapewnienie przez Wykonawcę zobowiązania określonego w pkt 3.2.5 Umowy". Nie sposób ustalić, jak należy rozumieć „niezapewnienie przez Wykonawcę zobowiązania" w kontekście niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - przewidzianego w Kodeksie cywilnym, jako podstawy zapłaty kary umownej. Nie sposób też ustalić w oparciu o pozostałe postanowienia wzoru umowy, jak Zamawiający rozumie takie sformułowanie.

Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 19.10.2018 r. sygn. akt I ACa 92/18, wierzyciel dochodzący roszczenia o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Kwestionowane postanowienie nie zawiera wskazania sposobu, w jaki obowiązek powinien zostać naruszony, aby łączył się z obowiązkiem zapłaty przez wykonawcę kary umownej. Wskazana nieprawidłowość w sposobie określenia przesłanki naliczenia kary umownej skutkuje dla wykonawcy znaczną niepewnością co do warunków realizacji zamówienia, co w istotny sposób przekłada się na przygotowanie oferty i wycenę świadczenia.

Zdaniem Odwołującego, wartość tej kary jest niewspółmierna do szkody poniesionej przez Zamawiającego, bez względu na ewentualną winę oraz stopień zawinienia wykonawcy. W wyroku z dnia 20.08.2015 r. sygn. akt I ACa 315/15 Sąd Apelacyjny w Katowicach podkreślił, że kara umowna nie może być źródłem przysporzeń pozostających w znacznej dysproporcji do poniesionej szkody, czy też szerzej rozumianych interesów wierzyciela.

W doktrynie i judykaturze istnieje co prawda spór co do prawidłowej wykładni art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego, gdzie wedle przeważającego stanowiska, zastrzeżenie kary umownej ma jedynie takie znaczenie, że wierzyciel dochodzący tej kary nie musi udowadniać faktu istnienia szkody i jej wysokości. Niemniej jednak przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest także szkoda wyrządzona wierzycielowi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego jeżeli tylko dłużnik zdoła udowodnić zupełny brak szkody wierzyciela, to w konsekwencji wykaże, iż kara umowna nie przysługuje. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 21.09.2017 r. sygn. akt I ACa 259/17 opowiedział się za przyjęciem prezentowanego poglądu wskazując, iż przemawiają za tym trzy istotne argumenty: po pierwsze, ustawodawca- normując kodeksową instytucję kary umownej - nie użył jednoznacznej formuły „wierzyciel może żądać kary umownej, chociażby nie poniósł żadnej szkody", aczkolwiek postąpił tak w zbliżonej sytuacji prawnej w odniesieniu do roszczenia odsetkowego za opóźnienie (art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego); po drugie, z legalnej definicji kary umownej zawartej w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego wynika, że celem tej kary jest „naprawienie szkody", z tego też powodu ujmuje się karę umowną jako surogację odszkodowania; po trzecie zamieszczony w art. 484 § 1 k.c. zdanie pierwsze zwrot „poniesionej szkody" wskazuje na powiązanie kary umownej ze szkodą wierzyciela, a z zestawienia art. 483 § 1 k.c. z art. 484 § 1 k.c. wynika, że dłużnik nie może się uwolnić od zapłaty kary dowodząc, że szkoda nie może być wykazana lub, że jej wysokość jest niższa od wysokości kary.

Kwestionowane postanowienie narusza też zasady wyrażone w art. 353[1] k.c., w szczególności zakaz sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego. Ograniczenie zasady swobody umów może być wprost wyrażone w konkretnym przepisie ustawy, ale również normę zakazującą można wyinterpretować z przepisów prawnych lub rozumowań inferencyjnych. Z zasady swobody umów wynika zatem zakaz zawierania umów, których celem jest obejście prawa. Nie jest zatem dopuszczalne takie ustalenie treści stosunku zobowiązaniowego lub jego celu, wskutek którego dochodziłoby do naruszenia przepisów - m.in. art. 29 ust. 1 Pzp.

Należy mieć na uwadze, iż w art. 353[1] k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Zasady współżycia społecznego należy rozumieć, jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy. Może również zdarzyć się tak, że umowa swoją treścią nie będzie naruszać zasad współżycia społecznego, ale będzie stanowiła nadużycie prawa podmiotowego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 6.06.2018 r. sygn. KIO 980/18.

W myśl art. 484 § 1 k.c., kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. Bardzo ważne jest zatem wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. oraz wykonawca T-Mobile Polska S.A. - zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Obaj wykonawcy wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 17 maja 2019 r., odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego w odwołaniu, wniósł o jego oddalenie. Wskazał, że w dniu 17 maja 2019 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ zmieniając brzmienie kwestionowanego postanowienia. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 483 § 1, art. 484 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez jednostronne określenie w rozdziale 9 pkt 9.1.1.14 wzoru umowy rażąco wygórowanej kary umownej z tytułu niezapewnienia przez Wykonawcę zobowiązania w pkt 3.2.5 wzoru umowy w kwocie 5 000 000 zł, a jednocześnie nieprawidłowe określenie przesłanki uprawniającej Zamawiającego do naliczenia kary, aktualne pozostaje stanowisko Zamawiającego przedstawione w odniesieniu do odwołania Odwołującego T-Mobile, w związku z czym zarzut, zdaniem Zamawiającego, jest bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie o sygn. akt KIO 823/19 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołania o sygn. akt KIO 826/19 i KIO 844/19 podlegają oddaleniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy zgłaszający swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących:

- Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 823/19, KIO 826/19, KIO 844/19,
- Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 826/19,
- IT Business Group Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 826/19,
- T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 844/19,

skutecznie przystąpili do postępowania, tj. stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału III pkt 1 i 2 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń typu tablet z akcesoriami, usług serwisowych

oraz transmisji danych i licencji dla Poczty Polskiej S.A. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

- 1) przygotowanie Projektu Technicznego;
- 2) konfigurację Urządzeń przez Wykonawcę;
- 3) dostawę Zestawów lub zamówionych Elementów Zestawu;
- 4) świadczenie Usługi Transmisji Danych;
- 5) udzielenie Licencji;
- 6) udostępnienie Aplikacji Wsparcia oraz wdrożenia Interfejsu API;
- 7) opracowanie i dostarczenie Dokumentacji;
- 8) obsługę Zgłoszeń Serwisowych;
- 9) świadczenie Usług Serwisowych Gwarancyjnych oraz Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto we wzorze umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ), a szczegółowe zasady realizacji przedmiotu zamówienia zostały określone we wzorze umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ).

Zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu możliwość udzielenia zamówień dodatkowych na zasadach określonych w art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz zastrzegł sobie możliwość skorzystania z prawa opcji na zasadach określonych w Rozdziale 10 Umowy.

Przedmiot zamówienia obejmuje m.in. 20 000 sztuk tabletów z rysikiem z możliwością rozszerzenia dostaw w ramach prawa opcji o dodatkowe 10 000 sztuk.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału IV SIWZ Termin wykonania zamówienia, Zamawiający ustalił, że z zastrzeżeniem postanowień rozdziału 4 ust. 4.1.2 i rozdziału 12 ust. 12.1.1 wzoru umowy, umowa będzie realizowana od dnia jej zawarcia, przez okres 36 m-cy od dnia uruchomienia 1 usługi transmisji danych lub do wyczerpania kwoty wartości umowy.

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 1 i 2 Opisu sposobu obliczania ceny, wykonawca określa cenę oferty poprzez wypełnienie Formularza ofertowego oraz Formularza rzeczowo-cenowego wg wzorów stanowiących Załączniki nr 1 i 1a do SIWZ, przy czym cena oferty brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ.

W rozdziale XIV SIWZ Zamawiający przedstawił Opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający ustalił, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie kierował się następującymi kryteriami:

1. P1 Cena przedmiotu zamówienia z wagą 77% [77 pkt],
2. P2 Funkcjonalność zaoferowanego Urządzenia z wagą 12% [12 pkt],
3. P3 Zwiększenie pakietu transmisji danych dla aktywacji opisanych w OPZ z wagą 1% [1 pkt],
4. P4 Gwarantowany termin Wdrożenia i dostawy Zestawów/Elementów Zestawów do Lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego z wagą 10% [10 pkt].

Zamawiający przedstawił w tym miejscu SIWZ także szczegółowy opis, jak należy rozumieć poszczególne kryteria oraz szczegółowy opis podkryteriów oceny ofert i sposób oceny ofert w ramach ww. kryteriów.

Zgodnie z pkt 4.1 OPZ zamawiane urządzenie typu tablet jest przeznaczone do realizacji przez Użytkowników kluczowych procesów biznesowych związanych z doręczaniem korespondencji. Jednym z podstawowych jego zastosowań będzie odbiór potwierdzania doręczenia przesyłek z użyciem elektronicznego formularza potwierdzenia odbioru opatrywanego odręcznym podpisem składanym na ekranie urządzenia. Ze względu na uwarunkowania prawne wymaga się, by zestaw służący przetwarzaniu elektronicznego potwierdzenia odbioru (tablet + rysik) umożliwiał wpisanie w sposób naturalny bieżącej daty oraz złożenie czytelnego pełnego podpisu (imię i nazwisko).

Urządzenie musi umożliwiać potwierdzenie odebrania przesyłki na warunkach określonych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym (t.j. Dz.U z 2015 r., poz. 1222 ze zm.), a także rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 2014 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz.82).

W pkt 4.2 OPZ Zamawiający opisał Warunki eksploatacji urządzenia, wskazując, że urządzenie wraz z rysikiem oraz akcesoriami dodatkowymi będzie eksploatowane przez Użytkowników podczas wykonywania czynności związanych z doręczaniem korespondencji w miejscach wskazanych przez nadawców. Należy przyjąć, iż w momencie realizacji procesów biznesowych Urządzenie może być wystawione na bezpośrednie działanie czynników atmosferycznych, w szczególności deszczu i śniegu oraz niskich i wysokich temperatur (od - 35 do + 40 stopni Celsjusa).

KIO 823/19 - IT Business Group Sp.z o.o.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, poprzez określenie wymagania dotyczącego procesora o treści „co najmniej czterordzeniowy, taktowanie co najmniej 1.33 GHz” oraz wymagania, aby zaoferowane urządzenie posiadało wbudowany aparat fotograficzny (lub kamerę) z lampą błyskową z obiektywem na tylnej (w stosunku do ekranu) stronie urządzenia o rozdzielczości minimalnej 3Mpx, z autofocus umożliwiającym skanowanie kodów kreskowych/kodów QR Zamawiający uznał za zasadne żądania Odwołującego. Zamawiający uwzględnił powyższe zarzuty oraz dokonał w dniu 17

maja 2019 r. modyfikacji SIWZ, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ co do wymagań dotyczących procesora oferowanego tabletu w zakresie ilości rdzeni - co najmniej dwurdzeniowy (Załącznik nr 2 do SIWZ, Wykaz Oferowanych Parametrów, L.p. W1.9, Kolumna wymagania minimalne Zamawiającego, Procesor - pkt 3 pisma „Modyfikacja SIWZ” z dnia 17 maja 2019 r.) oraz dopuścił poza lampą błyskową także wbudowane źródło światła, które pozwala na skanowanie kodów kreskowych/kodów QR (Załącznik nr 2 do SIWZ, Wykaz Oferowanych Parametrów, L.p. W1.23, Kolumna wymagania minimalne Zamawiającego, Aparat fotograficzny/Kamera - pkt 4 pisma Modyfikacja SIWZ z dnia 17 maja 2019 r.). Powyższe zarzuty zostały cofnięte przez Odwołującego na posiedzeniu, zatem postępowanie odwoławcze w niniejszym zakresie podlegało umorzeniu w związku z czym ww. zarzuty nie były przedmiotem rozpoznania na rozprawie.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, poprzez określenie wymagania dotyczącego rozmiaru matrycy tabletu w przedziale 7-9", Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń typu tablet z akcesoriami i licencji wraz ze świadczeniem usług serwisowych oraz usług transmisji danych na rzecz Zamawiającego, która ma na celu wsparcie działalności Zamawiającego związanej z doręczaniem korespondencji. Jednym z podstawowych zastosowań dostarczanego urządzenia (tablet + rysik) będzie odbiór potwierdzenia doręczenia przesyłek z użyciem elektronicznego formularza potwierdzenia odbioru opatrywanego odręcznym podpisem składanym na ekranie urządzenia. Urządzenie musi zatem między innymi umożliwiać potwierdzenie odebrania przesyłki na warunkach określonych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym, a rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 2014 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym.

Zamawiający aktualnie użytkuje tablety o przekątnej 8,5". W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił urządzenie o przekątnej 9" pomimo, że jak sam wyjaśnił na rynku nie występują tablety o tej przekątnej, a więc faktycznie dopuścił jedynie urządzenia mniejsze, o przekątnej do 8,3" czemu dał jednoznacznie wyraz, dokonując modyfikacji SIWZ w powyższym zakresie w dniu 20 maja 2019 r.

Zamawiający wyjaśnił, że na rynku są dostępne cztery urządzenia spełniające parametry określone w SIWZ, tj. Samsung Galaxy Tab2 Active LTE, Zebra ET55, Getac T800 i Fujitsu Stylistic V535 Industrial. Jak wynika z informacji przedstawionych przez Odwołującego, oprócz tabletu Samsung Galaxy Tab2 Active LTE pozostałe produkty pochodzą z tzw. wyższej półki cenowej (są ok. 3-krotnie droższe) niż tablety, które zostały oszacowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w ramach przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie tego faktu Odwołujący przedstawił oferty cenowe ww. urządzeń. Są to również urządzenia (Zebra ET55, Getac T800) o innym przeznaczeniu, tzw. produkty niszowe na rynku, niededykowane do masowego odbiorcy, tzw. przemysłowe, przeznaczone do zadań specjalnych z „pancerną” obudową, która zwiększa wymiary urządzenia, pomimo posiadania matrycy o wielkości przekątnej spełniającej wymagania Zamawiającego. Urządzenie Fujitsu jest natomiast w ogóle niedostępne na rynku ze względu na zakończenie jego produkcji, co potwierdza informacja uzyskana przez Odwołującego od

producenta z dnia 22 maja 2019 r.

W oparciu o powyższe ustalenia można przyjąć, że Zamawiający określając wielkość przekątnej matrycy tabletu jedynie pozornie umożliwił zachowanie realnej konkurencji w postępowaniu. Nie ma żadnych przesłanek do stwierdzenia, że wykonawcy są rzeczywiście zainteresowani zaoferowaniem w przedmiotowym postępowaniu urządzeń Zebra i Getac. Zamawiający nie wykazał, że przedstawione produkty, oprócz urządzenia Samsung, które jest obecnie dostarczane, są możliwe do zaoferowania w niniejszym postępowaniu. Tymczasem Odwołujący z dużym prawdopodobieństwem wykazał, że w rzeczywistości tak nie jest, a jedynym produktem, który może być zaoferowany ponownie Zamawiającemu jest urządzenie Samsung.

Ponadto, brak określenia przez Zamawiającego w SIWZ wymiarów tabletów, potwierdza, że Zamawiający ograniczając wielkość matrycy nie ograniczył wielkości urządzenia (wraz z obudową), co umożliwiałoby faktycznie zaoferowanie urządzenia znacznie większego, niż maksymalny wymiar matrycy wymagany przez Zamawiającego w SIWZ pierwotnie jako 9". W wyniku zmiany treści SIWZ z dnia 27 maja 2019 r. dokonanej w toku postępowania odwoławczego Zamawiający wprowadził nowy wymagany wymiar matrycy, zmniejszając wielkość przekątnej matrycy do : 7"- 8,3" (L.p. W1.2 Załącznik nr 2 do SIWZ Wykaz oferowanych parametrów) oraz wprowadzając parametry dotyczące wielkości urządzenia (L.p. W1.39.): „Maksymalna długość 229mm, Maksymalna szerokość 152mm, Maksymalna grubość 25mm”.

Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja dotycząca istotnego dla niego parametru - masy urządzenia - nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia treści zarzutu, ponieważ wielkość matrycy nie determinuje zwiększenia wagi urządzenia. Jak wykazał Odwołujący, w przypadku urządzenia Microsoft, przy rozmiarze ekranu 10" waga tego urządzenia jest o połowę niższa niż waga wymagana przez Zamawiającego w OPZ (wymaganie 1.28 i 1.29 OPZ). Zamawiający jednocześnie nie wykazał, że w przypadku innych dostępnych urządzeń tego typu na rynku o wielkości matrycy do 10" waga takich urządzeń przekracza wielkość tego parametru wymaganą w SIWZ.

Zamawiający wskazywał również jako istotną dla niego okoliczność - wzrost liczby uszkodzeń tabletów wraz ze wzrostem wielkości matrycy. Okoliczność ta nie została jednak przez Zamawiającego wykazana. Zamawiający nie przedstawił dowodu potwierdzającego zależność pomiędzy wielkością matrycy urządzenia a wzrostem ilości uszkodzeń takich urządzeń. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że większość uszkodzeń dotyczących użytkowanych obecnie przez Zamawiającego tabletów powstaje na skutek upuszczenia urządzenia lub niewłaściwego użytkowania (zbyt dużego nacisku przy składaniu podpisu), co potwierdza, że notowane uszkodzenia ww. urządzeń nie mają bezpośredniego związku z rozmiarem matrycy. Zamawiający nie wykazał, że urządzenie o większej o ok. 1- 1,5 cala matrycy będzie w większym stopniu narażone na upuszczenie przez doręczyciela korespondencji. Takie założenie należy uznać za jedynie hipotetyczne, gdyż żadne dowody w tym zakresie nie zostały przeprowadzone. Jeśli chodzi o nieprawidłowe użytkowanie urządzenia, to tym bardziej zależności uszkodzeń w stosunku do wymiaru matrycy nie sposób w danym stanie faktycznym stwierdzić.

Dodatkowo jedynie należy wskazać, że prawidłowe posługiwanie się i manipulowanie tabletem przy doręczaniu korespondencji można zabezpieczyć, poprzez wzmocnienie i ergonomię mocowań urządzenia, pozwalających na użycie tabletu bez wypinania z zabezpieczającej go osłony oraz bezpiecznego sposobu transportowania urządzenia. Odwołujący wyjaśnił, że korzystanie z urządzenia Microsoft nie wymaga wyjmowania tego urządzenia z etui, zamocowanego na pasku, zatem urządzenie jest dobrze zabezpieczone przed uszkodzeniem przez jego upuszczenie. W ocenie Izby, przedstawiona przez Zamawiającego opinia zawarta w korespondencji elektronicznej z dnia 14 maja 2019 r. złożonej przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie, w której stwierdzono obawy dot. nieporęczności, możliwości większej ilości uszkodzeń mechanicznych, większej wagi urządzenia lub krótszego czasu pracy baterii przy większym ekranie nie znajduje realnego potwierdzenia, co świadczy o subiektywnym charakterze tej opinii. Odnosząc się do oświadczenia Związku Zawodowego Poczty w Bielsku Białej, należy wskazać, że pomimo tego, że w piśmie tym wskazano jako optymalną wielkość matrycy urządzenia 8 cali, to jednak Zamawiający dopuścił urządzenia 9 calowe w pierwotnym brzmieniu SIWZ, a tym samym urządzenia większe niż użytkowane dotychczas.

Nie budzi wątpliwości Izby fakt, że zamawiający nie ma obowiązku takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który umożliwi każdemu wykonawcy funkcjonującemu w danym sektorze rynku ubieganie się o udzielenie danego zamówienia. Restrykcyjne wymogi stawiane przedmiotowi zamówienia nie uzasadniają same w sobie twierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego reguł wynikających z art. 29 Pzp, o ile znajdują oparcie w jego uzasadnionych potrzebach. W każdym jednak przypadku opis przedmiotu zamówienia musi być sformułowany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, zrozumiały i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przeciwnym razie dojść może nie tylko do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, ale również do złożenia ofert, których porównanie będzie niemożliwe, co uniemożliwi w konsekwencji Zamawiającemu dokonanie prawidłowej oceny ofert.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie natomiast z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w tym równego dostępu do zamówienia), o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może wynikać z bezpośredniego (wprost) wskazania przez zamawiającego nazwy własnej wskazujące na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt lub też pośredniego opisu szczegółowych parametrów, które wskazują na konkretny produkt. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nieuzasadnione rzeczywistymi (obiektywnymi) potrzebami zamawiającego zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia, które prowadzą jedynie do ograniczenia kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie dla wykazania naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najważniejszych czynności w postępowaniu, która decyduje w istotnym stopniu o przebiegu postępowania, determinuje cel postępowania i wpływa na jego wynik. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć na uwadze zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia wpływają na zmniejszenie liczby wykonawców biorących udział w postępowaniu a tym samym liczbę złożonych ofert.

Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp jeśli wykaze, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję. Opis wymagań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia nie może tworzyć sztucznych barier do otwarcia danego postępowania na rzeczywistą konkurencję.

Biorąc pod uwagę powyższe, w danym stanie faktycznym Izba uznała zarzut za zasadny. Zamawiający nie wykazał bowiem, że rozmiar matrycy w zakresie określonym w

SIWZ (pomniejszony dodatkowo w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 20 maja 2019 r.) wynika z uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego, wynikających w szczególności z obiektywnych potrzeb użytkowników zamawianych urządzeń lub też z wymagań postawionych przez klientów Zamawiającego w zakresie świadczonych usług doręczania przesyłek pocztowych, w szczególności Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru, w tym z wymogów Ministerstwa Sprawiedliwości w zakresie doręczania przesyłek sądowych, co podnosił Zamawiający. Wręcz przeciwnie z wymagań tych wynika, że przy realizacji ww. usług występuje potrzeba jak najbardziej naturalnego sposobu złożenia podpisu przez odbiorcę przesyłki, umożliwiającego złożenie podpisu czytelnego, a zatem, urządzenie powinno umożliwiać swobodne oparcie ręki i złożenie podpisu, co w ocenie Izby jest nawet łatwiejsze do wykonania na tablecie o większym rozmiarze matrycy. Większy rozmiar matrycy nie powoduje także większej szkodowości zamawianych urządzeń - takiej zależności Zamawiający nie wykazał. Rozmiar matrycy przy zachowaniu pozostałych wymaganych przez Zamawiającego parametrów (wagi, czasu pracy, szczelności, itp.) nie wpływa negatywnie na ergonomię pracy doręczycieli. Ponadto, dopuszczenie większego rozmiaru matrycy tabletu spowoduje dopuszczenie większego wachlarza urządzeń, co w lepszym stopniu zabezpieczy Zamawiającego przed ryzykiem braku dostępności na rynku w trakcie realizacji umowy urządzenia stanowiącego następcę technologicznego zaoferowanego urządzenia, spełniającego wymagania SIWZ, na wypadek wycofania z produkcji modelu tabletu zaoferowanego Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu.

Rozszerzenie dopuszczalnej wielkości przekątnej matrycy do 10" nie ograniczy, w ocenie Izby, funkcjonalności urządzenia, określonej przez Zamawiającego w SIWZ w ramach wymaganych parametrów technicznych. Zwiększenie dopuszczalnej wielkości matrycy nie spowoduje utrudnienia w korzystaniu z urządzeń, a jednocześnie pozwoli na zwiększenie konkurencyjności postępowania, umożliwiając m.in. zaoferowanie urządzenia firmy Microsoft, które spełnia pozostałe wymagania SIWZ, co nie było kwestionowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu opis sporządzony przez Zamawiającego w zakresie wielkości matrycy narusza wskazane przepisy art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Odwołujący wykazał z bardzo dużym prawdopodobieństwem, że kwestionowany przez Odwołującego parametr techniczny przekątnej matrycy tabletu ogranicza konkurencyjność przedmiotowego postępowania, a Zamawiający nie wykazał, że parametr ten jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego związanymi z przeznaczeniem i sposobem użytkowania urządzenia. W

związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 nakazując Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

KIO 826/19 - T-Mobile Polska S.A.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego części zarzutów oraz dokonaniem zmiany treści postanowień SIWZ w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. i 27 maja 2019 r. Odwołujący cofnął na posiedzeniu oraz pismem z dnia 27 maja 2019 r. zarzuty przedstawione w odwołaniu (pkt III odwołania):

- zarzut nr 1 - podtrzymał w części, w jakiej Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu;
- zarzut nr 2 - litera a; litera c; litera e; litera f; litera i; litera k; litera l
- zarzut nr 3 - litera c; litera h; litera f ppkt 2, 3, 4;
- zarzut nr 4 - litera b; litera d.

W zakresie powyższych zarzutów postępowanie odwoławcze zostało umorzone, zatem nie były one przedmiotem rozpoznania na rozprawie.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie pozostałych zarzutów, jak poniżej, wskazanych zgodnie z systematyką zarzutów przedstawioną w odwołaniu..

W zakresie badania postanowień wzoru umowy w ramach postępowania odwoławczego należy wskazać na wstępie, że stosunki obligacyjne pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na gruncie Prawa zamówień publicznych ukształtowane są na zasadzie nierówności stron, w zakresie w jakim ustawa Pzp ma pierwszeństwo przed zasadami ogólnymi wynikającymi z przepisów Kodeksu cywilnego. Zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotowi prowadzącemu postępowanie i konstruującemu wzór umowy, bądź jej istotne postanowienia przysługuje silniejsza pozycja, ponieważ to zamawiający kształtuje de facto treść umowy z wykonawcą. Jednakże także i w tym zakresie zamawiającemu nie przysługuje całkowita swoboda kształtowania treści przyszłej umowy, przy czym kontrola Izby dokonywana jest zarówno przez pryzmat przepisów Kodeksu cywilnego (nie wyłączając art. 353¹ K.c., mimo iż jego zastosowanie doznaje istotnych ograniczeń), jak i Pzp. Trzeba jednocześnie pamiętać o tym, że wykonawca podający w wątpliwość postanowienia wzoru umowy nie może pod pretekstem stwierdzonych naruszeń przepisów zmierzać do ukształtowania postanowień wzoru umowy w sposób bardziej korzystny dla siebie. Konieczne jest wykazanie przez wykonawcę takiego naruszenia przepisów, które uniemożliwia mu lub utrudnia dostęp do zamówienia na zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nr 1. Termin zakończenia Wdrożenia.

Zarzut naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu

przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie Załącznika nr 7 do SIWZ Wzoru Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim wykonawca w zależności od ilości tygodni podanej w formularzu ofertowym, zobowiązany jest do zakończenia Wdrożenia w terminie nie dłuższym odpowiednio niż 8, 7, 6, 5, 4 lub mniej tygodni od daty podpisania Umowy (rozdział 4 ust. 4.2.1 Wzoru Umowy), przy czym, jak wynika z punktacji przyznawanej przez Zamawiającego w tym zakresie w ramach kryterium oceny ofert, pożądanym przez Zamawiającego terminem jest termin 4 tygodni lub mniej.

Zamawiający określił w SIWZ (rozdział 4 ust. 4.2.1 Wzoru Umowy) termin maksymalny zakończenia Wdrożenia oraz maksymalny termin realizacji dostaw na 8 tygodni, przy czym w ramach kryterium oceny ofert najwyższe punktowane przez Zamawiającego jest termin 4 tygodni lub mniej.

W ramach modyfikacji treści SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany w powyższym zakresie, wydłużając maksymalny termin dla wdrożenia i maksymalny termin dla realizacji dostaw z 8 do 10 tygodni oraz uzupełnił dokumentację o załącznik nr 20 do SIWZ - Szacowany harmonogram zamówień Zestawów, w którym podał szacowane

terminy dostaw i szacowane liczby Zestawów zamawiane w poszczególnych terminach. Jak wyjaśnił Zamawiający, czas realizacji Wdrożenia i dostaw ma dla niego kluczowe znaczenie, co potwierdza fakt, że termin maksymalny jest punktowany w ramach kryteriów oceny ofert (kryterium P4 z wagą 10%).

W Załączniku nr 2 do Wzoru Umowy — Opis przedmiotu zamówienia, ust. 3 pkt 3.1 ppkt 3.1.5 Zamawiający postanowił, że „Termin Wdrożenia nie może być dłuższy niż 10 tygodni” natomiast w Rozdziale XIV ust. 2 tabela nr 2, wiersz P4 Zamawiający wprowadził nowe brzmienie: „Gwarantowany termin Wdrożenia i dostawy Zestawów/Elementów Zestawów do Lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego: 10 — 9 tygodni — 0 pkt, 8 tygodni — 2 pkt; 7 tygodni — 3 pkt; 6 tygodni — 5 pkt; 5 tygodni — 7 pkt; 4 tygodni lub mniej — 10 pkt. Najdłuższy możliwy do zadeklarowania przez Wykonawcę termin Wdrożenia i dostawy wynosi 10 tygodni”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał nierealności terminu i niemożliwości świadczenia w terminie określonym przez Zamawiającego jako maksymalny, niezależnie od tego czy termin maksymalny będzie wynosił 8 czy też 10 tygodni. Odwołujący nie wykazał także, że nie jest możliwe wykonanie Wdrożenia w terminie krótszym niż 10 tygodni od dnia zawarcia umowy. Zauważyć należy, że w ramach zgłoszonego w odwołaniu żądania Odwołujący określił termin 10 tygodni jako minimalny, co potwierdza, że de facto sam Odwołujący traktuje ten termin jako realny i możliwy do zrealizowania.

Jak wynika z aktualnej na dzień orzekania treści Wzoru Umowy, wykonawca musi zakończyć Wdrożenie w zaoferowanym terminie od 4 do maksymalnie 10 tygodni (pkt 4.2.1

Wzoru Umowy i pkt 3.1.5 OPZ), liczonym od dnia zawarcia umowy, na które składa się, zgodnie z pkt 3.1 OPZ:

- przygotowanie Projektu Technicznego,
- udostępnienie kanałów komunikacji umożliwiających kontakt Koordynatorów Umowy z dedykowanym konsultantem,
- wdrożenie i skonfigurowanie interfejsu API dla Zamawiającego,
- udostępnienie Aplikacji Wsparcia.

Dostawa Zestawów, która będzie realizowana sukcesywnie na zlecenia Zamawiającego w całym okresie realizacji Umowy, musi być zrealizowana przez wykonawcę w terminie nie dłuższym niż 10 tygodni lub krótszym (w zależności od terminu wskazanego w ofercie), przy czym termin ten będzie liczony od dnia przekazania przez Zamawiającego zlecenia do wykonawcy, co wynika z pkt 4.2.3.2 i 5.3.1 Wzoru Umowy. Nie jest zatem uzasadnione twierdzenie Odwołującego zawarte w odwołaniu, że „(...) niemożliwym jest dokonanie wszystkich czynności związanych z dostawą w ciągu 1 tygodnia.”

Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie narzucił wykonawcom sztywnego terminu zakończenia Wdrożenia ale określił ten termin maksymalny, co umożliwia wykonawcom dokonanie oceny ich własnych możliwości organizacyjnych i logistycznych oraz zaproponowanie w ofercie terminu optymalnego z ich punktu widzenia, z ewentualnym uwzględnieniem preferencji Zamawiającego odnośnie zaoferowania terminu możliwie najkrótszego, punktowanego dodatkowo w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający pozostawił zatem decyzję w powyższym zakresie wykonawcom.

Nie ma słuszych podstaw, aby przyjąć z góry założenie, że Projekt Techniczny nie zostanie przygotowany przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami SIWZ w terminie krótszym niż maksymalny termin 10 dni roboczych oraz że Projekt Techniczny nie zostanie odebrany przez Zamawiającego w terminie określonym w SIWZ lub krótszym, co podnosił Odwołujący. Wszystkie terminy związane z procedurą odbioru Projektu Technicznego zostały określone przez Zamawiającego jako graniczne, a zatem jest możliwe zrealizowanie poszczególnych czynności w czasie krótszym, niż maksymalny. Nieuzasadnione jest także przyjęcie założenia, że Zamawiający będzie przedłużał odbiór Projektu Technicznego w wyniku zgłaszania nieuzasadnionych lub błahych zastrzeżeń w przypadku, gdy Projekt Techniczny zostanie opracowany przez wykonawcę w pełni zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jest to założenie całkowicie sprzeczne z celem prowadzonego postępowania. Z tego względu przedstawione przez Odwołującego wyliczenia odnośnie przewidywanego czasu trwania czynności do momentu Odbioru Projektu Technicznego są nieuzasadnione i oparte na błędnych założeniach sprzecznych z treścią zobowiązań stron wynikających z Umowy.

Postanowienie, że termin zakończenia Wdrożenia rozpoczyna bieg w od dnia dokonania przez Zamawiającego Odbioru Projektu Technicznego, a nie od dnia zawarcia umowy zwalniałoby wykonawcę od obowiązku dotrzymania terminów zagwarantowanych przez niego w ofercie, co w rzeczywistości czyniłoby bezprzedmiotowym takie zobowiązanie. Zauważyć należy, że nieodebranie przez Zamawiającego Projektu Technicznego może wynikać wyłącznie z niedotrzymania przez wykonawcę wszystkich wymagań, które Projekt Techniczny, zgodnie z SIWZ musi spełniać. Żądania wydłużenia terminu zakończenia

Wdrożenia do maksymalnie 20 tygodni (ok. 5 miesięcy) nie może uzasadniać założenie, że w przypadku niewywiązania się przez wykonawcę z obowiązków wynikających z zawartej umowy w zakresie przedłożenia Projektu Technicznego nie będzie on w stanie dotrzymać terminu zakończenia Wdrożenia i realizacji dostaw sprzętu.

Należy też mieć na uwadze, że Zamawiający jest związany umowami o świadczenie usług na rzecz swoich klientów, w tym m.in. usługi Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru świadczoną na terenie całego kraju, przy czym nieprawidłowe jej wykonywanie pociąga za sobą obciążenie Zamawiającego wysokimi karami umownymi na rzecz jednostek Skarbu Państwa. Świadczenie to jest realizowane w interesie publicznym, zatem bardzo istotna jest wysoka jakość świadczonych usług, co jest możliwe do osiągnięcia poprzez niezakłócone zagwarantowanie dostępności urządzeń w całym okresie obowiązywania umowy. Nie do przyjęcia jest, w świetle zobowiązań Zamawiającego oraz realizowanych ilości doręczeń każdego dnia, termin 5 miesięcy na realizację wdrożenia i dostaw urządzeń, podczas gdy aktualnie realizowane zamówienie było realizowane w rygorze terminu 4 tygodni.

W ocenie Izby, powyższe okoliczności świadczą o tym, że Zamawiający określając termin 10 tygodni jako maksymalny dla Wdrożenia i dostaw nie naruszył przepisów art. 353¹ k.c. i art. 487 §2 k.c., w szczególności nie ma podstaw by stwierdzić, że w wyniku powyższych postanowień stosunek prawny pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą będzie sprzeciwiał się jego naturze, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Zamawiający nie naruszył też art. 487 § 2 k.c., który definiuje wzajemność świadczeń. Zamawiający udzielając zamówienia publicznego jest uprawniony do określenia terminów spełniających jego uzasadnione potrzeby, chyba że dany termin jest niemożliwy do dotrzymywania, co nie zostało wykazane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Wobec powyższego, Izba uznała zarzut za niezasadny w zakresie, w którym nie został uwzględniony przez Zamawiającego w ramach dokonanej modyfikacji SIWZ.

Zarzut nr 2 Zarzuty dotyczące SIWZ, OPZ i załączników do OPZ

Zarzut naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim w SIWZ, w Załączniku nr 2 do Umowy stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia oraz w załącznikach do SIWZ i OPZ

Lit. b) Pozycja „Inne”

Zarzut dotyczy wymagania, aby w poz. 16 Inne tabeli Cennik szczegółowy oraz w poz. 16 Usługa Serwisowa Nieobjęta Gwarancją Urządzeń - Naprawa/Wymiana Inne tabeli Szacowany koszt realizacji napraw nieobjętych gwarancją w trakcie trwania umowy zawartych w Załączniku nr 1 a do Formularza Ofertowego Formularzu rzeczowo-cenowym wykonawca podał ryczałtową cenę wszelkich elementów/napraw nie ujętych w cenniku, co powoduje, że kategoria ta ma charakter otwarty i może być dowolnie interpretowana na etapie realizacji zamówienia, a w efekcie wykonawca nie jest w stanie oszacować ryzyka i kosztów związanych z koniecznością dokonywania napraw lub wymiany elementów, które mogą zostać do niej zakwalifikowane.

Zamawiający dokonał w dniu 17 maja 2019 r. modyfikacji Załącznika nr 1a do Formularza Ofertowego, pozostawiając kategorię „inne” wyłącznie w odniesieniu do urządzenia oferowanego przez wykonawcę. Dokonana przez Zamawiającego zmiana w powyższym zakresie powoduje, że ww. pozycja dotyczy wyłącznie napraw, które nie zostały wyszczególnione przez Zamawiającego w cenniku i urządzenia, które zaoferuje dany wykonawca. To wykonawca powinien posiadać wiedzę na temat oferowanego urządzenia i jego serwisu, umożliwiającą wycenę kategorii napraw nieobjętych katalogiem napraw wskazanych, której to wiedzy Zamawiający w takim stopniu nie posiada w odniesieniu do wszystkich urządzeń możliwych do zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu. Biorąc pod uwagę katalog napraw oznaczonych przez Zamawiającego, wykonawca powinien być w stanie ocenić i oszacować, jakie dodatkowo naprawy są możliwe w ramach kategorii „inne”. Nie sposób uznać, że Zamawiający jest zobowiązany wyszczególnić i zawrzeć w SIWZ wszelkie możliwe naprawy urządzeń, które mogą być zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu. To wykonawca powinien mieć wiedzę na temat oferowanego sprzętu w zakresie występującej szkodowości danego urządzenia i możliwych potencjalnych napraw, która to wiedza z pewnością umożliwia mu wycenę tej pozycji.

Lit. d) Projekt Techniczny

Zarzut dotyczy obowiązku wykonawcy do przygotowania i dostarczenia Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem w terminie 10 Dni Roboczych od dnia zawarcia umowy, w sytuacji gdy szereg danych zostanie przekazanych przez Zamawiającego dopiero na etapie przygotowania Projektu Technicznego (brak dokładnego sprecyzowania kiedy to nastąpi), a sama procedura zatwierdzenia Projektu Technicznego nie jest ograniczona terminem lub ilością zgłoszeń, w ramach których Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia, a jednocześnie Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę za opóźnienie w dostarczeniu Projektu Technicznego (Rozdział 4 ust. 4.2.3.1 Wzoru Umowy, Rozdział 5 ust.

5.1.2 Wzoru Umowy oraz pkt 3.2 i pkt 3.3 OPZ).

W dniu 17 maja 2019 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, w ramach której w pkt 4.2.3.1 Wzoru umowy określił, że termin 10 dni roboczych na przygotowanie i dostarczenie

Projektu Technicznego będzie liczony od dnia przekazania przez Zamawiającego informacji i dokumentów zgodnie z pkt 3.5 OPZ, a nie od zawarcia umowy. W Załączniku nr 7 do SIWZ Wzór Umowy, Rozdział 4, ust. 4.2, pkt 4.2.3, ppkt 4.2.3.1 Zamawiający postanowił, że wykonawca jest zobowiązany do „przygotowania i dostarczenia Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem w terminie 10 Dni Roboczych od dnia protokolarnego przekazania przez Zamawiającego informacji i dokumentów zgodnie z pkt 3.5 OPZ”. Jednocześnie Zamawiający zobowiązał się, zgodnie z postanowieniem wprowadzonym do Załącznika nr 2 do Wzoru Umowy — Opis przedmiotu zamówienia, ust. 3 pkt 3.5 w brzmieniu: „Zamawiający w ciągu 3 Dni Roboczych od podpisania Umowy przekaże Wykonawcy wszystkie informacje oraz

dokumenty przewidziane w umowie wymagane do przygotowania przez niego Projektu Technicznego.” Zarzut zatem, że termin ten jest zbyt krótki, biorąc pod uwagę fakt, że szereg danych mających istotny wpływ na jego sporządzenie zostanie przekazanych przez Zamawiającego lub uzgodnionych pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą dopiero na etapie

przygotowania Projektu Technicznego należy uznać za bezprzedmiotowy wobec wyeliminowania przez Zamawiającego nieprecyzyjnych i utrudniających wycenę oferty postanowień SIWZ.

W zakresie procedury zatwierdzenia Projektu Technicznego nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że procedura zatwierdzenia Projektu Technicznego powinna być ograniczona terminem lub ilością zgłoszeń, w ramach których Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia. Umowa nie może bowiem ograniczać Zamawiającego w realizowaniu jego prawa do uzyskania Projektu Technicznego spełniającego wymagania Zamawiającego, wynikające z treści SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że dostarczenie Projektu to złożenie Zamawiającemu ww. dokumentu spełniającego wszystkie wymagania SIWZ. Jeśli zatem Projekt Techniczny nie sprostą tym wymaganiom, to będzie oznaczało, że Projekt (prawidłowy) nie został złożony, co będzie generowało bieg terminu do naliczania kar umownych. Złożenie Projektu niespełniającego wymagań SIWZ terminu będzie skutkowało zgłoszeniem zastrzeżeń przez Zamawiającego, a w konsekwencji, w przypadku przekroczenia terminu - naliczeniem kar umownych. Podkreślić należy, że najpierw w ofercie a następnie w umowie wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Z tych zobowiązań wykonawca musi się wywiązać przy realizacji umowy, zatem nie może oczekiwać, że procedura Odbioru Projektu Technicznego będzie sankcjonowała możliwość złożenia Projektu niespełniającego wymagań, ewentualnie będzie ograniczała Zamawiającego w zakresie możliwości zgłaszania zastrzeżeń do tego dokumentu. W wyniku dokonanej modyfikacji SIWZ Zamawiający zobowiązał się do dostarczenia

wykonawcy wszystkich koniecznych informacji do opracowania Projektu Technicznego, przewidzianych w SIWZ w terminie 3 dni od zawarcia umowy, a dodatkowo wyjaśnił, że może udzielić wykonawcy również innych informacji, o które zwróci się wykonawca, nawet przed

zawarciem umowy. W tych okolicznościach zarzut należało uznać za niezasadny, w zakresie w jakim nie został uwzględniony przez Zamawiającego.

Lit. g) Liczba baterii

Zarzut dotyczył nieprecyzyjnego i niejednoznacznego wskazania liczby baterii, które w okresie Umowy wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć w przypadku zaoferowania rysików zasilanych bateryjnie, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (Tabela nr 1 Wymagania techniczne dla Urządzenia, W. 1.14 i W. 1.27 OPZ).

Przy określeniu postanowienia W. 1.14 - wymagania techniczne dla rysików - Zamawiający określił wymagania dotyczące rysików, poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych oczekiwanych w ramach konkretnych procesów biznesowych. Zamawiający wyjaśnił, że dostępne na rynku rysiki wykorzystują baterie o różnej pojemności i charakteryzują się różnym poborem prądu. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania rysików zasilanych z urządzenia, z baterii i wbudowanych akumulatorów, wobec czego to wykonawca zdecyduje, jaki rodzaj rysika zaoferuje. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający preferuje rysiki niezasilane baterią, które pobierają energię elektryczną z urządzenia (tabletu), co znalazło odzwierciedlenie w ramach kryterium pozacenowego P2.5.

Lbza podzieliła stanowisko Zamawiającego, że obecna na rynku różnorodność baterii wykorzystywanych do rysików uniemożliwia Zamawiającemu określenie ilości baterii niezbędnych do wykorzystania w danym konkretnym urządzeniu, które zostanie wskazane przez wykonawcę dopiero w ofercie. Taką wiedzę powinien posiadać natomiast wykonawca. Skoro w SIWZ została określona przez Zamawiającego funkcjonalność zamawianego

urządzenia, to wykonawcy posiadają możliwość wyboru, jaki wariant rysików zaoferują, aby zapewnić spełnienie wymagań Zamawiającego. Zdaniem Izby, rozsądne jest oczekiwanie Zamawiającego, aby biorąc pod uwagę jednoznacznie określoną funkcjonalność i okres, przez który ma być ona zapewniona wykonawca samodzielnie ustalił liczbę baterii do rysików, które będą potrzebne do prawidłowego ich działania. Wykonawca, w przeciwieństwie do Zamawiającego, powinien mieć pełne rozeznanie na rynku oferowanych urządzeń, w tym odnośnie żywotności baterii zasilających oferowane przez wykonawcę rysiki. Zamawiający określając wymaganą ilość baterii musiałby też określić parametry techniczne baterii, co jest niemożliwe w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma wiedzy, jakie rysiki będą przez poszczególnych wykonawców zaoferowane. Dlatego to wykonawca może oszacować liczbę baterii potrzebnych do zapewnienia prawidłowej pracy rysików, które zaoferuje i dokonać ich wyceny w złożonej ofercie. Zarzut powyższy Izba uznała za bezzasadny.

Lit. h) Zapewnienie ciągłości dostępności Urządzenia

Zamawiający wymaga zapewnienia przez wykonawcę ciągłości dostępności urządzenia w okresie obowiązywania gwarancji, a w przypadku braku dostępności urządzenia z przyczyn niezależnych od wykonawcy dopuszcza zastąpienie urządzenia innym urządzeniem, które musi spełniać wymagania określone w wymogu W. 1.35 OPZ, przy jednoczesnym braku dopuszczenia w takiej sytuacji możliwości zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

Zgodnie z wymogiem W. 1.35 OPZ Zamawiający wymaga, aby wykonawca zagwarantował dostępność Urządzenia w okresie obowiązywania Umowy. W przypadku braku dostępności Urządzenia niezawinionej przez Wykonawcę dopuszczalne jest zastąpienie Urządzenia innym urządzeniem, które będzie:

- a) spełniało wymagania Umowy w zakresie wymagań Zamawiającego;
- b) posiadało parametry oceniane w kryterium oceny ofert P2 co najmniej takie, jak zaoferowane Urządzenie;
- c) zapewniało poprawność funkcjonowania oprogramowania użytkowego Zamawiającego korzystającego z API systemu operacyjnego oraz ewentualnych dodatkowych komponentów służących do rejestracji danych biometrycznych odręcznego podpisu w zakresie rekomendowanym przez normę ISO/IEC 19794-7.

Wymaganie obejmuje również wszystkie Akcesoria oraz rysik wraz z technologią zapewniającą integrację z Urządzeniem.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego możliwe oszacowanie przez wykonawcę do kiedy będzie on zobowiązany do zagwarantowania realizacji powyższego obowiązku umownego, pomimo dokonywania napraw i wymiany poszczególnych urządzeń w okresie gwarancji, w oparciu o oferowane warunki gwarancji udzielanej na każde dostarczone Zamawiającemu urządzenie. Powyższe wymaganie zapewnia Zamawiającemu możliwość otrzymania urządzenia spełniającego określone w postępowaniu wymagania, w odniesieniu do urządzeń, na które okres gwarancji będzie trwał nadal po zakończeniu umowy. Uzasadniona jest zatem taka regulacja, w której ryzyko wymiany urządzenia w okresie gwarancji będzie ponosił dostawca (producent). Z reguły wykonawca posiada możliwość zawarcia porozumienia z producentem odnośnie sposobu realizacji tych zobowiązań, co pozwoli na oszacowanie kosztów w powyższym zakresie.

Zamawiający, wymagając zapewnienia dostępności urządzenia w okresie obowiązywania umowy, nie dopuścił jednocześnie możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany dostarczonego urządzenia, zgodnie z wymogiem W1.35 OPZ, co nie narusza przepisów ustawy Pzp ani K.c. Dopuszczenie w umowie zmiany wynagrodzenia w związku z postanowieniem W1.35 OPZ, mogłoby prowadzić wprost do obejścia przepisów ustawy Pzp, w tym do pozorności czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, gdyby wykonawca po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, tuż po podpisaniu umowy dokonałby zmiany zaoferowanego urządzenia na inne. Zamawiający musiałby ponieść wówczas nieuzasadnione koszty, które nie wynikałyby

ze złożonej w postępowaniu oferty.

Ponadto, żądanie Odwołującego, aby zmiana wynagrodzenia obejmowała różnicę pomiędzy ceną rynkową urządzenia uwzględnionego w ofercie i nowego urządzenia nie jest uzasadnione, gdyż faktem notoryjnym jest, że wykonawcy działający zawodowo w danej branży nie posługują się w transakcjach handlowych cenami rynkowymi, lecz uzyskują specjalne rabaty - ceny transakcyjne zwykle podlegają negocjacjom pomiędzy wykonawcą (dostawcami) i producentem danych urządzeń.

W powyższych okolicznościach zarzut należało uznać za niezasadny.

Lit. j) Zapewnienie stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych na terenie

placówek Zamawiającego.

W przypadku braku możliwości zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych na terenie placówek Zamawiającego, wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia jednego ze wskazanych przez Zamawiającego rozwiązań technicznych, bez jednoczesnego określenia listy placówek Zamawiającego, na terenie których mogą występować problemy z zapewnieniem stabilnego zasięgu tej usługi (brak informacji o liczbie takich placówek, potencjalnych powodach takich trudności jak np. materiał z którego został wykonany budynek, jego usytuowanie), co uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty (pkt 6.1.6 OPZ oraz pkt 2.3 i 2.4 Załącznika nr 6 do Umowy, Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe).

Na wstępie należy zwrócić uwagę na okoliczność, że Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób brak informacji odnośnie placówek Zamawiającego w których są problemy z zasięgiem Usługi Transmisji Danych uniemożliwia mu należyte oszacowanie kosztów zapewnienia dostępności, zważywszy, że to właśnie Odwołujący świadczy obecnie tę usługę i w związku z tym ten wykonawca dysponuje najlepszą wiedzą odnośnie placówek Zamawiającego, w których zasięg Usługi Transmisji Danych jest utrudniony. W ramach trzyletniego okresu realizacji umowy na rzecz Zamawiającego Odwołujący powinien posiadać wszelkie informacje na ten temat, zatem w przypadku tego wykonawcy zarzut należałoby uznać za całkowicie nieuprawniony. Odwołujący musi zdać sobie sprawę z tego, że określenie przez Zamawiającego takich placówek, na podstawie dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego, opartego na wykonywaniu usług przez Odwołującego, będzie prowadziło do zaburzenia uczciwej konkurencji wobec innych wykonawców (operatorów), ponieważ nie będą to informacje w równym stopniu aktualne dla innych wykonawców.

Wskazać należy, że możliwość stabilnego zasięgu Usługi Transmisji Danych zależy od wielu czynników, w tym od mocy sygnału, od architektury sieci danego operatora, przeszkód architektonicznych w terenie, warunków atmosferycznych itp. Gdyby Zamawiający określił placówki z niestabilnym zasięgiem na podstawie doświadczenia w świadczeniu tej usługi przez

Odwołującego z trzech ostatnich lat, to de facto dotyczyłoby to tych placówek, w których utrudnienia w zasięgu są związane z warunkami dotyczącymi tego wykonawcy. Informacja taka mogłaby wprowadzać pozostałych wykonawców w błąd, ponieważ utrudnienia z zasięgiem w danym miejscu nie muszą dotyczyć innych wykonawców, w takim samym stopniu jak obecnego wykonawcę usług. Wykonawcy, jako operatorzy usług Transmisji Danych posiadają doskonałą wiedzę na temat własnej mapy zasięgu na obszarze całego kraju, w tym na temat posiadanej infrastruktury umożliwiającej zapewnienie stabilnego zasięgu Usługi Transmisji Danych. Każdy wykonawca powinien zatem posiadać wiedzę odnoszącą się do warunków którymi dysponuje w celu zapewnienia Usługi Transmisji Danych.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zapewnił wykonawców, że w każdym przypadku zgłaszanych przez nich wątpliwości w powyższym zakresie jest możliwe przeprowadzenie wizji lokalnej w poszczególnych placówkach Zamawiającego, które Zamawiający udostępni na wniosek wykonawcy.

Podkreślić też należy, że aktualny Wykaz placówek Zamawiającego na terenie kraju jest powszechnie dostępny na stronie internetowej Zamawiającego, wobec czego nie ma potrzeby, aby Zamawiający dołączał taką listę dodatkowo do dokumentacji przetargowej. Placówki nowe, które prawdopodobnie powstaną w ciągu trzech lat obowiązywania umowy nie są natomiast w chwili obecnej znane nawet Zamawiającemu. Z tego względu nie jest możliwe ich wskazanie w SIWZ ani opisanie pod względem spełniania warunków dla zapewnienia stabilnego zasięgu usługi transmisji danych.

Z powyższych względów izba stwierdziła, że zarzut nie jest uzasadniony.

Zarzut nr 3 Zarzuty dotyczące Wzoru Umowy.

Zarzut dotyczy naruszenia przepisów art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 K.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie Załącznika nr 7 do SIWZ Wzoru Umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego w zakresie, w jakim:

Lit. a) zgodnie z rozdziałem 3 ust. 3.5.2. Wzoru Umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu spełniających wymagania OPZ przez cały okres obowiązywania umowy, a niezapewnienie tego zobowiązania obwarowane jest karą umowną w kwocie 5.000.000 zł (Rozdział 9, ust. 9.1.1.14 Wzoru Umowy), przy czym Zamawiający wymaga dostarczenia Urządzeń fabrycznie nowych i nie dopuszcza składania ofert opartych na urządzeniach prototypowych (pkt 1.4.8 i 1.4.9 OPZ), co powoduje, że Zamawiający istotnie ogranicza wykonawcom możliwość wyboru urządzenia, a postawione

przez niego wymagania są oderwane do realiów rynkowych, gdyż nie uwzględniają długości życia i zapewnienia wsparcia producenta dla tego typu produktów.

Zamawiający jest w pełni uprawniony do zakupu urządzeń nowych i przetestowanych, produkowanych seryjnie, które gwarantują, w przeciwieństwie do prototypów lub urządzeń

używanych, prawidłowe działanie w ramach realizacji usług świadczonych przez Zamawiającego. Bezporne jest, że urządzenia prototypowe lub używane takiej gwarancji nie dają, co wiązałoby się z ponoszeniem przez Zamawiającego ryzyka nienależytego wykonywania przez niego świadczeń, obniżenia jakości świadczonych usług, a w konsekwencji ponoszenia znacznych kosztów w postaci kar umownych wynikających z zawartych umów. Specyfika świadczonych przez Zamawiającego usług i ich zakres całkowicie uzasadnia potrzebę zakupu urządzeń nowych, zwłaszcza przy tak znacznym wolumenie urządzeń objętych przedmiotem zamówienia, a także trzyletnim okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia.

Z uwagi na duże prawdopodobieństwo zakończenia produkcji zaoferowanego przez wykonawcę urządzenia w okresie realizacji umowy, Zamawiający dopuścił możliwość zastąpienia urządzenia zaoferowanego przez wykonawcę urządzeniem będącym następcą technicznym (pkt W.1.35 OPZ), co zabezpiecza Zamawiającego, aby umowa została zrealizowana przez wykonawcę, ale także zabezpiecza wykonawcę przed konsekwencjami niewywiązania się z zawartej umowy. Biorąc pod uwagę powyższe postanowienie nie można Zamawiającemu postawić zarzutu, że nie uwzględnił w warunkach zamówienia czasu życia i dostępności zamawianych produktów, takich jak tablety, który w ocenie Odwołującego wynosi średnio ok. 24 miesięcy.

W ramach modyfikacji treści SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowienia zawartego w Rozdziale 9, ust. 9.1.1.14 Wzoru Umowy, poprzez wprowadzenie gradacji kar umownych z tytułu niezapewnienia dostępności określonego wolumenu urządzeń. Wobec dokonania powyższej zmiany, niejednoznaczność tego postanowienia została usunięta, a kara w wysokości 5 min zł nie może być uznana za wygórowaną, wobec odniesienia jej do przypadku niedostarczenia przez wykonawcę ilości przewyższającej 10 tys. sztuk urządzeń. Należy podkreślić, że wartość zamówienia opiewa na kwotę ok 100 mln. zł, na co wskazywał sam Odwołujący, podnosząc, że skala tego zamówienia jest nieporównywalna do innych podobnych zamówień na rynku. Biorąc pod uwagę wartość urządzeń w takiej ilości (cenę urządzenia Odwołujący szacował na ok. 2 tys. zł) należy uznać, że kara umowna nie wykracza poza funkcję odszkodowawczą za straty możliwe do poniesienia przez Zamawiającego.

Postanowienia Wzoru Umowy kształtujące stosunki umowne Zamawiającego i wykonawcy w zakresie zakwestionowanym w odwołaniu w ramach niniejszego zarzutu, nie są niezgodne z obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego, w szczególności z art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Izba uznała zatem powyższy zarzut za niezasadny, w części, w której Zamawiający nie uwzględnił żądania Odwołującego dotyczącego usunięcia tego postanowienia.

Lit. b) Przedłużenie okresu obowiązywania umowy.

Zarzut, iż w rozdziale 4 ust. 4.1.2 oraz ust. 4.1.3 i w rozdziale 12 ust. 12.1.1 Wzoru Umowy, Zamawiający dopuścił możliwość dokonania zmiany istotnych postanowień Umowy, polegającej na przedłużeniu okresu obowiązywania Umowy o czas niezbędny do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, ale nie dłuższy niż 12 miesięcy bez możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu świadczenia usług w przedłużonym okresie obowiązywania Umowy.

Jak wynika z postanowień Wzoru Umowy, zawarta na okres 36 miesięcy Umowa nie wygasa w zakresie, w jakim nie została w tym okresie wyczerpana kwota stanowiąca Wartość Umowy. Zamawiający dopuścił możliwość przedłużenia Umowy o okres maksymalny 12 miesięcy, co jest racjonalnym i obiektywnie uzasadnionym wymaganiem Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że środki finansowe przeznaczone na sfinansowanie poszczególnych usług w czasie 36 miesięcy mogą nie zostać w pełni wyczerpane. Logiczne i racjonalne jest dopuszczenie możliwości wykorzystania tych środków w ramach tej samej umowy, która zostanie odpowiednio przedłużona o czas niezbędny do wyczerpania niewykorzystanej kwoty Wartości Umowy.

Odwołujący błędnie przyjął, że przedłużenie okresu obowiązywania umowy wpłynie na koszty świadczenia usług, a w związku z tym umowa powinna w takim przypadku zakładać zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Koszty świadczenia usług nie rosną wraz z upływem okresu obowiązywania Umowy lub w wyniku samego faktu przedłużenia Umowy. W przypadku niewyczerpania kwoty Wartości Umowy w określonym zakresie usług objętych umową przedłużenie okresu obowiązywania Umowy o czas, w którym Umowna Wartość zostanie wykorzystana nie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego ani z

naturą tej umowy. Przedłużenie umowy ma w tym przypadku za cel zrealizowanie Umowy w pełnym zakresie wzajemnych świadczeń określonych w ramach zawartej Umowy, co nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego.

Lit. d) Uprawnienie do rezygnacji z korzystania z Usługi Transmisji Danych

W rozdziale 5 ust. 5.3.7 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł, że ma prawo do rezygnacji z korzystania z Usługi Transmisji Danych dla poszczególnych Kart SIM, a ilość wyłączonych Usług nie przekroczy 20% z łącznej puli Usług Transmisji Danych, bez jednoczesnego dookreślenia jakiego okresu dotyczy próg 20%, czy całego okresu obowiązywania umowy czy też poszczególnych Okresów Rozliczeniowych.

Zamawiający w ramach modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. dokonał doprecyzowania kwestionowanego przez Odwołującego postanowienia, przez wskazanie, że łączna pula Usług Transmisji Danych dotyczy całego okresu obowiązywania Umowy. W załączniku nr 7 do SIWZ Wzór Umowy, Rozdział 5, ust. 5.3, pkt 5.3.7 Zamawiający wprowadził postanowienie o

następującym brzmieniu: „Zamawiający ma prawo do rezygnacji z korzystania z Usługi

Transmisji Danych dla poszczególnych Kart SIM. W takim przypadku Wykonawcy nie

przysługuje Wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usługi Transmisji Danych dla w/w Kart SIM od początku następnego Okresu Rozliczeniowego. Przy czym ilość wyłączanych w/w Usług nie przekroczy 20% z łącznej puli Usług Transmisji Danych w całym okresie obowiązywania Umowy ”

Wskazanie poziomu, do jakiego Zamawiający ma prawo zrezygnować z usług, jest wystarczająco precyzyjnym i jednoznacznym określeniem okoliczności pozwalających na niezrealizowanie zamówienia na określone usługi. Stanowisko Zamawiającego w powyższym zakresie wyklucza dowolność w ograniczeniu zamawianych usług objętych umową. Przy czym takie rozwiązanie należy uznać za dopuszczalne, biorąc pod uwagę trzyletni okres realizacji Umowy i możliwość wystąpienia zmian organizacyjnych i kadrowych wpływających w sposób istotny na zmniejszenie potrzeb Zamawiającego. Jednoznaczne określenie maksymalnego zmniejszenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego jest także wyrazem poszanowania interesów wykonawcy, którzy mają możliwość uwzględnienia takiego ryzyka w wycenie oferty.

Z uwagi na powyższe zarzut należało uznać za niezasadny w takim zakresie, który nie został uwzględniony przez Zamawiającego w ramach dokonanej modyfikacji SIWZ.

Lit. e) Odrzucenie raportu.

W Rozdziale 7 ust. 7.5.2 Wzoru Umowy, przewidziano, że w przypadku gdy w Raporcie Miesięcznym stwierdzono Błąd lub Brak, plik zostaje odrzucony, a Zamawiający wzywa Wykonawcę do przedstawienia poprawionego danego Raportu Miesięcznego, przy czym sformułowana przez Zamawiającego definicja Błędu w Raporcie i Braku w Raporcie jest, zdaniem Odwołującego, niejednoznaczna i nieprecyzyjna (Definicje, załącznik nr 1 do Umowy), a jednocześnie dopuszczono możliwość wielokrotnego zgłaszania przez Zamawiającego zastrzeżeń do tego samego Raportu Miesięcznego (Rozdział 7 ust. 7.5.3 Wzoru Umowy), a za dzień otrzymania Raportu Miesięcznego uważa się dzień przekazania przez Wykonawcę Raportu Miesięcznego, do którego Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń (ust. 7.5.5 Wzoru Umowy).

Zamawiający określił procedurę raportowania i weryfikacji raportów miesięcznych w ust. 7.5 Wzoru Umowy. Zamawiający zdefiniował jednoznacznie zarówno pojęcie błędu w raporcie, jak i braku w raporcie. Za „brak” Zamawiający uznaje puste pole - co nie wymaga jakiegokolwiek interpretacji. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, definicja błędu, za który uznaje się każdą rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w przekazywanych przez wykonawcę raportach a stanem faktycznym, wyklucza możliwość uznania literówki lub oczywistej omyłki w raporcie za błąd. Jednocześnie nie jest możliwe i nie jest wręcz potrzebne wyspecyfikowanie wszystkich możliwych rodzajów błędów w raporcie w treści Umowy.

Możliwość wielokrotnego zgłaszania zastrzeżeń do raportu miesięcznego ma

niewątpliwie na celu zapewnienie Zamawiającemu ustalenie rzeczywistego stanu faktycznego który miał miejsce w danym okresie rozliczeniowym. Jak wyjaśnił Zamawiający powyższe regulacje uwzględniają doświadczenie wynikające z realizacji dotychczasowej umowy z wykonawcą. Oba stronom Umowy powinno zależeć na tym, aby te ustalenia były jak najbardziej rzetelne. Z punktu widzenia Zamawiającego Raporty Miesięczne mają istotne znaczenie dla możliwości naliczania kar umownych. Oczywistym jest, że przekazanie raportu następuje w momencie gdy raport ten jest prawidłowy i nie wymaga korekty. Zgłoszenie zastrzeżeń przez Zamawiającego do raportu musi podlegać wyjaśnieniu z wykonawcą do momentu ustalenia prawidłowego stanu faktycznego.

W ocenie Izby, nieuprawnione jest założenie przyjęte przez Odwołującego, że z blahych powodów Zamawiający będzie odrzucał raporty, co może prowadzić do nakładania na wykonawcę kary umownej przewidzianej w ust. 9.1.1.11 Wzoru Umowy w kwocie 500 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Takie działanie Zamawiającego należałoby uznać za nadużycie prawa, jednak prawdopodobieństwo takiego działania Zamawiającego nie znajduje podstaw w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie.

Lit. f) Kary umowne.

W rozdziale 9 Wzoru Umowy, Zamawiający przewidział kary umowne:

ppkt 1. za opóźnienie, a nie za zwłokę

Wykonawca określa w ofercie terminy dostaw, których dotrzymanie gwarantuje oświadczeniem złożonym w ofercie, a następnie w zawartej Umowie. W oparciu o art. 471 k.c. wykonawca jest odpowiedzialny za naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania ciężącego na nim zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie wynikało z okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie z art. 355 k.c., wykonawca jest obowiązany do należytej staranności w wykonywaniu umowy, przy uwzględnieniu jej zawodowego charakteru. Konstrukcja kary umownej przewidzianej w art. 483 §1 k.c. oparta na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej odszkodowawczej, które określają przesłanki jej wymagalności, zatem w przypadku braku umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jego wina jest podstawową przesłanką roszczenia o zapłatę kary umownej, co potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r. sygn. akt I CKN 791/98, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2004 r. sygn. akt IV CKN 583/03). Kary umowne z tytułu opóźnienia świadczenia nie mogą być egzekwowane w przypadku gdy wykonawca wykaże, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia nastąpiło w wyniku okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Tak skonstruowane postanowienia umowne w zakresie kar umownych nie naruszają zasady równowagi stron umowy ani przepisów ustawy Pzp. Kary umowne za opóźnienie, a nie za zwłokę, jak oczekuje Odwołujący, należy uznać za dopuszczalne w danych okolicznościach, ze względu na uzasadnioną potrzebę Zamawiającego, wynikającą w szczególności z kluczowych zobowiązań Zamawiającego wobec Skarbu Państwa, tj. m.in. z kontraktu z Sądem Apelacyjnym w Krakowie.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, sposób ukształtowania kar umownych w postępowaniu nie zamyka Odwołującemu możliwości kwestionowania ich wysokości w konkretnym przypadku ich nałożenia, jeżeli powstanie w tym zakresie spór z Zamawiającym, który będzie podlegał rozstrzygnięciu przez sąd powszechny.

ppkt 5. niedostępność kanałów komunikacji

Zarzut dotyczył ustanowienia kary umownej za niedostępność kanałów komunikacji w rażąco wygórowanej wysokości aż 20 000 zł za każdy rozpoczęty dzień niedostępności, bez określenia czy kara ta zostanie nałożona za niedostępność wszystkich kanałów jednocześnie czyli za brak możliwości kontraktu z wykonawcą, czy też za niedostępność przynajmniej jednego z tych kanałów oraz bez przyjęcia jakichkolwiek mechanizmów dyscyplinujących umożliwiających wyegzekwowanie przez wykonawcę dostępności kanałów komunikacji po stronie Zamawiającego (ust. 9.1.1.5).

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części powyższego zarzutu Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał doprecyzowania postanowienia, poprzez określenie dwóch kanałów komunikacji, które mają kluczowe znaczenie dla Zamawiającego, co wyczerpuje w części żądanie Odwołującego o doprecyzowanie ilości kanałów komunikacji, za niedostępność których Zamawiający przewidział kary umowne. Zamawiający nadał postanowieniu zawartemu w Załączniku nr 7 do SIWZ Wzór Umowy, Rozdział 9 pkt 9.1.1, ppkt 9.1.1.5 nowe brzmienie: „niedostępności kanałów komunikacji, o których mowa w Rozdziale 14 ust 14.2.2, skutkującej brakiem możliwości dokonania Zgłoszenia Serwisowego — w wysokości 20 000 zł za każdy rozpoczęty dzień niedostępności. Kara nie będzie nalicza w przypadku, gdy jednocześnie dostępne są co najmniej kanały komunikacji: Interfejs API i Aplikacja Wsparcia.”

W świetle powyższego postanowienia zwrócić należy uwagę na możliwość wykazania przez wykonawcę braku odpowiedzialności po jego stronie za niedostępność kanałów komunikacji. Żądanie Odwołującego co do obniżenia kary do 2 tys. złotych nie zostało uzasadnione, podobnie jak żądanie określenia kary w stosunku do niezapewnienia wyłącznie wszystkich kanałów komunikacji. Z treści uzasadnienia tego zarzutu zawartego w odwołaniu wynika jedynie, że Odwołujący kwestionuje brak precyzyjnego określenia ilości kanałów. Zatem uszczegółowienie tej kwestii przez Zamawiającego w ramach modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r., czyni powyższy zarzut bezprzedmiotowym, biorąc pod uwagę aktualną w momencie orzekania treść SIWZ. Zwrócić też należy uwagę na okoliczność, że Odwołujący nie wykazał również w ramach tego zarzutu, w jakim zakresie postanowienie zawarte w

Rozdziale 14 ust. 14.2.6 Wzoru Umowy, narusza jego prawa wynikające z przedmiotowej Umowy. W tych okolicznościach zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

ppkt 6. opóźnienie w dostarczeniu Urządzenia Zastępczego

Zarzut, iż kara umowna za opóźnienie w dostarczeniu Urządzenia Zastępczego (wraz z Kartą SIM), Akcesorium Zastępczego została określona w rażąco wygórowanej wysokości tj. w kwocie 100 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia osobno dla każdego Urządzenia Zastępczego lub Akcesorium Zastępczego, bez jednoczesnego wprowadzenia mechanizmu dyscyplinującego umożliwiającego wykonawcy wyegzekwowanie od Zamawiającego zwrotu Urządzenia Zastępczego lub Akcesorium Zastępczego (ust. 9.1.1.13).

Twierdzenie Odwołującego, że kara umowna za opóźnienie w dostarczeniu Urządzenia Zastępczego (wraz z Kartą SIM), Akcesorium Zastępczego w kwocie 100 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia jest rażąco wygórowana nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy. Odwołujący nie wykazał okoliczności, na jakiej podstawie dokonał takiej oceny zastrzeżonej w tym przypadku kary umownej. Jak już wskazywano powyżej, kara umowna ma na celu dyscyplinowanie wykonawcy zwłaszcza w sytuacjach incydentalnych i awaryjnych w zakresie zobowiązań, które mają istotne lub kluczowe znaczenie dla Zamawiającego. Z punktu widzenia charakteru działalności Zamawiającego i doniosłości publicznej świadczonych przez niego usług, możliwość korzystania z urządzeń zastępczych w przypadku awarii urządzenia ma niewątpliwie kluczowe znaczenie. Jak wyjaśnił Zamawiający, wysokość kar umownych obciążających Zamawiającego za jeden dzień nieprawidłowo świadczonych usług EPO wielokrotnie przekracza wysokość kary określonej dla wykonawcy, co w pełni uzasadnia potrzebę Zamawiającego w zakresie zabezpieczenia przed negatywnymi skutkami nieterminowego dostarczania urządzeń zastępczych przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, ponieważ Odwołujący nie sprecyzował w żaden sposób żądania obciążenia Zamawiającego karą umowną za niezwracanie przez niego urządzeń zastępczych na rzecz wykonawcy, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu. Odwołujący nie wykazał, w jakiej skali takie zjawisko występuje na gruncie realizowanej aktualnie umowy, jakiej wielkości szkodę powoduje dla wykonawcy, co mogłoby stanowić podstawę do ustalenia ewentualnej kary umownej. Odwołujący nie wykazał jednak powyższych okoliczności, wobec czego należało uznać zarzut za nieuzasadniony.

ppkt 7. za niezapewnienie przez wykonawcę zobowiązania określonego w pkt 3.2.5 Wzoru Umowy w rażąco wygórowanej wysokości 5 000 000 zł (ust. 9.1.1.14 Wzoru Umowy)

W wyniku dokonania modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający dokonał

zmiany brzmienia przedmiotowego postanowienia, poprzez określenie gradacji wysokości kary w zależności od wolumenu urządzeń, których dostępność nie została zapewniona przez wykonawcę w trakcie realizacji Umowy. Wysokość kary umownej na poziomie 5 mln. zł dotyczy aktualnie wolumenu urządzeń przekraczającego 10 tys. sztuk, co stanowi ponad 1/2 całego zakresu dostaw urządzeń objętego umową. Z uwagi na powyższe oraz znaczną wartość zamówienia (ok. 100 mln zł) wskazywaną przez Odwołującego nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia do powyższej tezy, w szczególności nie odniósł wysokości tej kary do wartości 10 tys. sztuk urządzeń, co mogłoby mieć istotne znaczenie dla oceny czy kara została określona nieodpowiednio do możliwej szkody poniesionej przez Zamawiającego w przypadku niezapewnienia dostępności urządzeń w powyższej ilości. Odwołujący, uzasadniając tezę o rażącym wygórowaniu kary odniósł wysokość tej kary do warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na poziomie 3 mln złotych. Odwołujący jednocześnie nie przedstawił i nie wykazał żadnego związku pomiędzy powyższymi okolicznościami, który mógłby w jakikolwiek sposób potwierdzać zasadność zarzutu.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. wyeliminował niejednoznaczność postanowienia zawartego w pkt 9.1.1.14 Wzory Umowy, zarzut, w zakresie w jakim nie został uwzględniony przez Zamawiającego podlegał oddaleniu jako niezasadny. Podkreślić należy, że Odwołujący wnosil o wykreślenie tego postanowienia z Wzoru Umowy, co w ocenie nie jest zasadne w okolicznościach, w których występuje duże ryzyko, że w trakcie realizacji trzyletniej umowy urządzenia zaoferowane przez wykonawcę nie będą produkowane, co mogłoby skłaniać wykonawcę do zaprzestania realizacji dostaw.

ppkt 8. brak ograniczenia kar umownych.

Brak wprowadzenia ograniczenia procentowego co do wysokości kar umownych, jakie

mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy;

Zamawiający w pierwotnym brzmieniu Wzoru Umowy nie przewidział żadnego ograniczenia procentowego, co do wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy. Brak takiego ograniczenia mógłby prowadzić do nierówności stron umowy i stanowić podstawę do stwierdzenia nadużycia pozycji Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku zastrzeżonych w Umowie licznych kar umownych, dla zachowania równości stron umowy uzasadnione jest wprowadzenie ograniczenia wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę w ramach realizowanej umowy.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom ze strony wykonawcy w powyższym zakresie, Zamawiający w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dokonał zmiany SIWZ

wprowadzając 50% limit dla naliczonych kar umownych w stosunku do Maksymalnej Wartości Umowy. W Załączniku nr 7 do SIWZ Wzór Umowy, Rozdział 9, Zamawiający wprowadził dodatkowe postanowienie pkt 9.1.8 w brzmieniu: „9.1.8 Całkowity łączny limit w zakresie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych w związku z realizacją Umowy jest ograniczony i nie może przekroczyć 50% maksymalnej Wartości Umowy, wskazanej w pkt. 6.1. 1 Umowy.”

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia żądania zawartego w odwołaniu w zakresie wprowadzenia wskaźnika 20% ograniczającego maksymalny limit kar umownych nałożonych na wykonawcę w ramach niniejszej umowy, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego żądania jako zasadnego. Izba uznała jednocześnie, że przywołany przez Odwołującego fakt, że pozostaje on w sporze z Zamawiającym co do zasadności nałożenia kar umownych i wysokości, w jakiej zostały one nałożone w ramach aktualnie realizowanej umowy, nie dowodzi w żadnym stopniu zasadności żądania wprowadzenia limitu kar w wysokości 20%. Zarzut należało uznać zatem za niezasadny w zakresie, w jakim żądanie Odwołującego z odwołania nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego, tj. co do wysokości określonego limitu kar.

Litera g) brak procedury reklamacyjnej

Zarzut braku określenia procedury reklamacyjnej w przypadku nałożenia przez Zamawiającego kar umownych, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia kary umownej (rozdział 9 ust. 9.1.4 i ust. 9.1.5 Wzoru Umowy).

Zamawiający w ramach dokonanej modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. wprowadził postanowienie do Wzoru Umowy, umożliwiające zgłoszenie przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów na okoliczność, że opóźnienie nastąpiło nie z winy wykonawcy, jako procedurę reklamacyjną w przypadku nałożenia przez Zamawiającego na wykonawcę kar umownych z tytułu opóźnienia, zważywszy, że nie jest możliwe naliczenie kary umownej, gdy wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności, które spowodowały opóźnienie (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania). W Załączniku nr 7 do SIWZ Wzór Umowy, Rozdział 9 Zamawiający wprowadził postanowienie pkt 9.1.7 w brzmieniu: „Ileżkolwiek Umowa zastrzega prawo Zamawiającego do naliczenia kary umownej w razie niedochowania terminu realizacji obowiązków wynikających z Umowy, Zamawiający przed ewentualnym naliczeniem kar dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, że powyższe niedochowanie terminu nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi winy. W razie uznania dowodów przedłożonych przez Wykonawcę za niewystarczające, Zamawiający ma prawo żądać ich uzupełnienia przez Wykonawcę. Stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami Wykonawca przekazuje w dniu realizacji opóźnionych obowiązków wynikających z Umowy, przy czym Wykonawca w przypadku powzięcia wiadomości o możliwości wystąpienia opóźnienia informuje niezwłocznie (nie później niż w przeciągu 48 godzin) o tej okoliczności Zamawiającego”.

W ocenie Izby, powyższa procedura reklamacyjna nie ma charakteru iluzorycznego, lecz umożliwia wykonawcy wykazanie okoliczności, które legły jako przyczyna opóźnienia w spełnieniu określonego zobowiązania. W momencie wykonania opóźnionych obowiązków wykonawca posiada wiedzę o przyczynie z jakiej opóźnienie nastąpiło, co umożliwia jednocześnie przekazanie Zamawiającemu takiej informacji, w celu wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie kar umownych. Z powyższych względów zarzut nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie w jakim Zamawiający uregulował procedurę reklamacyjną.

Zarzut nr 4 Zarzuty dotyczące Załącznika nr 6 do Umowy

Zarzut naruszenia przepisów art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 k.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie Załącznika nr 6 do Umowy Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwiający oszacowanie ceny oferty, a w konsekwencji mogący

prowadzić do nieporównywalności ofert w następującym zakresie:

Lit. a) Dokumentowanie procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia.

Wykonawca został zobowiązany przez Zamawiającego do dokumentowania procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia oraz przekazania lub udostępniania nagrania video i dokumentacji zdjęciowej z tych czynności Zamawiającemu (pkt 1.11 i 1.23 Załącznika nr 6 do Umowy).

W pkt 1.11 Załącznika nr 6 do Umowy, wskazano że wykonawca realizujący Naprawy Serwisowe Gwarancyjne zobowiązany jest do dokumentowania procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia. W skład dokumentacji wchodzi nagranie video obejmujące proces od momentu otrzymania przesyłki z urządzeniem do momentu zakończenia naprawy urządzenia, makro-zdjęcia uszkodzeń o rozdzielczości min. 15 Mpx. w formacie jpg oraz logi z programu informatycznego wykorzystywanego do diagnostyki uszkodzonych urządzeń. Materiały muszą być dostępne dla uprawnionych pracowników Zamawiającego pod wskazanym adresem www przez okres trwania Umowy. Adres strony www zostanie określony w Projekcie Technicznym.

Analogicznie w pkt 1.23 Załącznika nr 6 do Umowy wskazano, że w przypadku stwierdzenia, iż zgłoszona Wada/Awaria nie jest objęta udzieloną gwarancją, Wykonawca mailowo poinformuje o tym Zamawiającego, przekazując jednocześnie uzasadnienie swojego stanowiska, tj. ekspertyzę przygotowaną przez autoryzowany serwis producenta (zgodnie z pkt 1.25 poniżej), dokumentację fotograficzną (makro-zdjęcie uszkodzenia o rozdzielczości

min. 15 Mpx w formacie jpg), adres strony www, na której dostępne jest nagranie Video obejmujące proces oceny i kwalifikacji uszkodzenia oraz wycenę Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją danej Wady/Awarii i zgodnie z cennikiem stanowiącym Załącznik 1a do Formularza Ofertowego w terminie 1 Dnia Roboczego od dnia otrzymania uszkodzonego Urządzenia/Akcesorium.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek kosztów, na które się powoływał w ramach tego zarzutu, podnosząc stanowczo, że są one niewspółmierne do rezultatów, jakie Zamawiający chce osiągnąć za pomocą wymaganych nagrań. W związku z powyższym Odwołujący nie wykazał niewspółmierności tych kosztów do oczekiwanych przez Zamawiającego rezultatów przyjętej procedury rejestracji procesu weryfikacji, kwalifikacji zgłoszeń i napraw. Wymaganie Zamawiającego w zakresie dokumentowania przez wykonawcę procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia wykonawca powinien wycenić i skalkulować w cenie oferty, jako jeden z elementów przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. dodatkowo doprecyzował powyższe postanowienie. Zamawiający w Załączniku nr 6 do Wzoru Umowy, ust. I pkt 1.11, nadał postanowieniu nowe brzmienie: „1.11 Wykonawca realizujący Naprawy Serwisowe Gwarancyjne zobowiązany jest do dokumentowania procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia. W skład dokumentacji wchodzi nagranie video obejmujące proces od momentu otrzymania przesyłki z Urządzeniem do momentu zakończenia naprawy Urządzenia, makro-zdjęcia uszkodzeń o rozdzielczości min. 15 Mpx. w formacie jpg oraz logi z programu informatycznego wykorzystywanego do diagnostyki uszkodzonych Urządzeń Materiały dotyczące zmiany kwalifikacji Naprawy Serwisowej Gwarancyjnej na Naprawę w ramach Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją, jak i samych Napraw Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją, muszą być dostępne dla uprawnionych pracowników Zamawiającego pod wskazanym w Projekcie Technicznym adresem strony www przez okres 12 m-cy od daty zamknięcia zgłoszenia, ale nie dłużej niż do 30 dnia od terminu zakończenia Umowy.”

Wymóg dokumentowania procesu kwalifikacji napraw i ich wykonywania jest uzasadniony z punktu widzenia eliminacji ewentualnych sporów pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym wynikających na tle realizowanych usług serwisowych. Procedura rejestracyjna ma na celu zabezpieczenie interesów Zamawiającego, ale także i wykonawcy, czego Odwołujący zdaje się nie zauważać. Wykonawca będzie mógł jednoznacznie wykazać za pomocą nagrania rzeczywiste okoliczności wpływające np. na kwalifikację napraw jako gwarancyjnych lub niegwarancyjnych, co jak wynika ze stanowiska Odwołującego było utrudnione w ramach realizowanej dotychczas umowy.

Zarzut powyższy jest niezasadny, uwzględniając zakres dokonanej przez

Zamawiającego modyfikacji doprecyzowującej procedurę rejestracji procesu weryfikacji i kwalifikacji zgłoszenia oraz naprawy uszkodzenia.

Lit. c) Wymiana Akcesorium.

Zarzut dotyczy obowiązku faktycznej wymiany Akcesorium niezależnie od tego, czy Wada zostanie zakwalifikowana do Naprawy w ramach Gwarancji czy do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją, gdyż po dokonaniu Naprawy Akcesorium, Akcesorium zastępcze przekazane do placówki staje się Akcesorium docelowym, co w sytuacji braku realnej możliwości wykazania przez wykonawcę, że Wada powinna być zakwalifikowana do Naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją powoduje, że wszelkie Wady będą kwalifikowane do Naprawy w ramach gwarancji, a zatem do Naprawy za którą wykonawca nie otrzymuje dodatkowego wynagrodzenia, co w efekcie powoduje, że wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z wykonywaniem Napraw Akcesoriów w ramach gwarancji i uwzględnienia ich w cenie oferty (pkt 5.3 Załącznika nr 6 do Umowy, Gwarancja, Usługi Serwisowe Gwarancyjne, Usługi Serwisowe Nieobjęte Gwarancją i Zgłoszenia Serwisowe).

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący zgłosił żądanie doprecyzowania, jak należy kwalifikować rysik na potrzeby procesu obsługi zgłoszeń serwisowych jako Akcesorium i stosować do niego proces obsługi jak dla Akcesorium niezależnie od tego czy został on dostarczony z tabletem czy zamówiony oddzielnie przez Zamawiającego, czy inaczej w sytuacji gdy stanowił on zestaw w tabletem (proces obsługi jak dla Urządzenia), a inaczej jak został zamówiony oddzielnie (proces obsługi jak dla Akcesorium).

Zamawiający doprecyzował przedmiotowe postanowienie w ramach modyfikacji z dnia 17 maja 2019 r. uwzględniając zasadność zgłoszonych przez Odwołującego odnośnie tego, jakie elementy zestawu należy zakwalifikować jako Akcesoria. Zamawiający doprecyzował, że Naprawa Usług Serwisowych Nieobjętych Gwarancją może dotyczyć także Akcesorium.

W ramach przewidzianej procedury nie budzi wątpliwości treść postanowienia, z które jasno wynika, że to wykonawca kwalifikuje naprawę Akcesorium jako gwarancyjną lub niegwarancyjną. Zgodnie z przedstawionym w Załączniku nr 6 do Umowy procesem obsługi zgłoszeń serwisowych w zakresie Akcesoriów - wykonawca weryfikuje poprawność działania odebranego Akcesorium oraz określa tryb Naprawy: Usługa Serwisowa Gwarancyjna lub Usługa Serwisowa Nieobjęta Gwarancją.

W ocenie Izby, w pełni uzasadnione, z punktu widzenia ekonomicznego i organizacyjnego, jest rozwiązanie wprowadzone przez Zamawiającego, aby akcesorium zastępcze stawało się akcesorium docelowym w sytuacji naprawy akcesorium w ramach napraw niegwarancyjnych ze względu przede wszystkim na niewielką wartość akcesoriów, w porównaniu do kosztów ponownej (zwrotnej) jego wymiany po dokonanej naprawie.

Odwołujący nie wykazał w przedmiotowym postępowaniu, że nie jest możliwe rozgraniczenie tych dwóch rodzajów napraw: objętych gwarancją i nieobjętych gwarancją, w odniesieniu do akcesoriów. Fakt, że w obu przypadkach naprawione akcesorium trafia do puli serwisowej wykonawcy nie przesądza o tym, że wymiana akcesorium w obu przypadkach będzie bezpłatna. Odwołujący nie wykazał, że definicja Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją oraz specyfika tego typu usterek powoduje, że wykonawca nie ma realnej możliwości wykazania, że wada powinna być zakwalifikowana do naprawy w ramach Usługi Serwisowej Nieobjętej Gwarancją (listę tych napraw oraz ich ceny zawiera Załącznik nr 1 a do Formularza Ofertowego). W tych okolicznościach zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Lit. e) Zamknięcie zgłoszenia serwisowego

Odwołujący kwestionuje, jako podstawę zamknięcia danego zgłoszenia serwisowego - potwierdzenie przez Zamawiającego Naprawy albo wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM dokonane w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym (pkt 1.21 ppkt 1.21.1).

W ocenie Izby, nieuzasadnione jest żądanie Odwołującego, aby zamknięcie danego zgłoszenia serwisowego liczyć od dnia przekazania przez wykonawcę informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w ramach danego zgłoszenia serwisowego. Oczwistym uprawnieniem Zamawiającego jest dokonanie każdorazowo oceny, czy dana naprawa została wykonana prawidłowo. Potwierdzeniem naprawy powinno być odebranie naprawy, a nie jedynie jednostronne przekazanie Zamawiającemu informacji o wykonaniu naprawy.

Przewidziany przez Zamawiającego czas na dokonanie weryfikacji wykonanej naprawy w ilości dwóch dni nie jest wygórowany, biorąc pod uwagę że ocena prawidłowości naprawy może wiązać się z dodatkowymi czynnościami po stronie Zamawiającego. Poza tym należy zauważyć, że jest to czas określony jako maksymalny, co oznacza, że Zamawiający w przypadku, gdy będzie to możliwe dokona oceny skuteczności naprawy w czasie krótszym niż maksymalny. Formułując powyższy zarzut, Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób termin określony przez Zamawiającego na weryfikację naprawy wpływa na ograniczenie jakichkolwiek praw lub uzasadnionego interesu wykonawcy. Niewątpliwie obowiązkiem wykonawcy w ramach zawartej umowy jest prawidłowe wykonywanie napraw sprzętu. Dochowanie przez Zamawiającego czasu reakcji i czasu naprawy wyłącza możliwość

naliczania kar umownych, zatem przyznanie Zamawiającemu 2 Dni Roboczych na potwierdzenie wykonawcy naprawy lub wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM, stanowiące podstawę do zamknięcia zgłoszenia serwisowego w przypadku wykonania prawidłowej naprawy nie wpływa w żaden sposób negatywnie na sytuację wykonawcy. Zauważyć należy, że w interesie obu stron umowy powinno być prawidłowe jej wykonywanie, a terminy określone dla stron na wykonanie poszczególnych obowiązków wynikających z Umowy muszą wynikać realnych potrzeb i możliwości wykonania danych czynności. Nie można zatem, jak czyni to Odwołujący, zasady nierówności stron danej umowy wywodzić z prostego porównania czasu przewidzianego na różne czynności wykonawcy i Zamawiającego, które co do zasady nie są porównywalne. W powyższym zakresie Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp lub k.c. Lit. f) Powtórna naprawa w ramach dokonanego wcześniej zgłoszenia

Zarzut dotyczy obowiązku dokonania przez wykonawcę powtórnej naprawy w ramach dokonanego wcześniej zgłoszenia w przypadku, gdy w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym Zamawiający stwierdzi nieskuteczność usunięcia Awarii lub Wady (pkt 1.21 ppkt 1.21.2).

W ocenie Izby, całkowicie niezasadne jest żądanie Odwołującego, aby czas na usunięcie awarii liczyć od powtórnego zgłoszenia serwisowego przez Zamawiającego wówczas gdy de facto naprawa została wykonana nienależycie lub nie została w ogóle wykonana, co narusza obowiązki wykonawcy wynikające z zawartej umowy.

Postanowienie zawarte w pkt 1.21.2 OPZ, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieskuteczności usunięcia Awarii lub Wady, które zostały zdefiniowane, Zamawiający dokonana ponownego zgłoszenia serwisowego z zastrzeżeniem, że czas usunięcia Awarii lub Wady liczy się od dnia pierwotnego zgłoszenia, które nie zostało prawidłowo zrealizowane, nie narusza przepisów prawa ani nie sprzeciwia się naturze przedmiotowej umowy lub zasadom współzycia społecznego. Wręcz przeciwnie - należy stwierdzić, że ma ono na celu zapewnienie ze wszech miar prawidłowej realizacji umowy. Nie można wymagać od Zamawiającego, aby w ramach kolejnych zgłoszeń serwisowych domagał się naprawy tej samej Awarii lub Wady, której wykonawca za każdym razem nie usuwa w sposób umożliwiający zamknięcie danego zgłoszenia serwisowego. Przyznanie Zamawiającemu tego uprawnienia jest uzasadnione i nie narusza zasad współzycia społecznego okoliczność, że Zamawiający oczekuje prawidłowej realizacji przez wykonawcę obowiązków serwisowych.

W ocenie Izby, żądanie sformułowane przez Odwołującego w związku z tym zarzutem jest nieuzasadnione, biorąc pod uwagę cel i naturę stosunku prawnego wynikającego z przedmiotowej Umowy. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który odpowiedzialność za naliczenie wykonawcy kary umownej za niewykonanie prawidłowej naprawy w umownym terminie próbuje przerzucić na Zamawiającego. To wykonawca bowiem na własne ryzyko i odpowiedzialność podejmuje decyzję o zakończeniu naprawy, o przekazaniu Zamawiającemu urządzenia (jako naprawionego), a w związku z tym ponosi konsekwencje ewentualnego przekazania Zamawiającemu urządzenia niesprawnego, co w efekcie skutkuje naliczeniem kar umownych, jeśli Zamawiający w ramach weryfikacji stwierdzi nieprawidłową naprawę.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut należało uznać za całkowicie niezasadny.

Reasumując, w konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów przedstawionych w odwołaniu w zakresie w jakim Zamawiający nie uwzględnił żądań Odwołującego, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, że Zamawiający, poprzez skorygowanie treści SIWZ w zakresie, w jakim uwzględnił zarzuty, wyeliminował pierwotne błędy w specyfikacji skutkujące naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania na obecnym etapie.

KIO 844/19 - Orange Polska S.A.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 483 § 1 k.c., art. 484 i art. 353¹ k.c., poprzez określenie jednostronnie w rozdziale 9 pkt 9.1.1.14 Wzoru Umowy rażąco wygórowanej kary umownej z tytułu niezapewnienia przez wykonawcę zobowiązania określonego w pkt. 3.2.5 Wzoru Umowy w kwocie 5.000.000 zł, a jednocześnie nieprawidłowe określenie przesłanki uprawniającej Zamawiającego do naliczenia kary. Odwołujący żądał wykreślenia postanowienia rozdziału 9 pkt 9.1.1.14 Wzoru Umowy.

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ zakwestionowanym w odwołaniu, w rozdziale 3 pkt 3.2.5 Wzoru Umowy Zamawiający wymagał od wykonawcy cyt.: „zapewnienia

dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu spełniających wymagania OPZ przez cały okres obowiązywania Umowy", zaś w rozdziale 9 pkt 9.1.1.14 Wzoru Umowy Zamawiający określił, że ma on prawo do naliczenia kary umownej w przypadku cyt.: „niezapewnienia przez Wykonawcę zobowiązania określonego w pkt. 3.2.5 Umowy w kwocie 5.000.000 zł."

W wyniku modyfikacji treści SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany kwestionowanego postanowienia Wzoru Umowy, poprzez doprecyzowanie sformułowań użytych w postanowieniu pkt 9.1.1.14 Wzoru Umowy. Zamawiający wprowadził gradację wysokości kary umownej, poprzez uzależnienie jej wysokości od ilości urządzeń, której dostępności wykonawca nie zapewni w trakcie realizacji umowy przy czym kara umowna w wysokości 5 mln. zł będzie dotyczyła wyłącznie przypadku niezapewnienia dostępności wolumenu ponad 10 tys. sztuk urządzeń, o parametrach spełniających wymagania określone w SIWZ.

Niewątpliwie w brzmieniu pierwotnym postanowienia pkt 9.1.1.14 zarzut Odwołującego o rażącym wygórowaniu kary, która nie została w żaden sposób powiązana z wysokością możliwej szkody poniesionej przez Zamawiającego, a przez to naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 483 § 1 k.c., art. 484 i art. 353¹ k.c. należało

uznać za uzasadniony. Potwierdził ten fakt sam Zamawiający, uwzględniając powyższy zarzut jako zasadny, i odpowiednio dokonując zmiany brzmienia pierwotnej treści tego postanowienia, w szczególności, poprzez wprowadzenie gradacji kary w zależności od zakresu niewykonania dostaw. Tym samym Zamawiający nie uwzględnił żądania Odwołującego odnośnie wykreślenia tego postanowienia z Wzoru Umowy.

Zgodnie z brzmieniem kwestionowanego postanowienia Wzoru Umowy (pkt 9.1.1.14), podstawę naliczenia kary umownej stanowić ma „Niezapewnienie przez Wykonawcę zobowiązania określonego w pkt 3.2.5 Umowy”. Skoro, w rozdziale 3 pkt 3.2.5 Wzoru Umowy Zamawiający wymaga od wykonawcy cyt.: „zapewnienia dostępności Urządzeń i Elementów Zestawu spełniających wymagania OPZ przez cały okres obowiązywania Umowy”, to nie budzi wątpliwości fakt, że „niezapewnienie przez Wykonawcę zobowiązania” należy rozumieć jako niezapewnienie dostępności urządzeń na potrzeby dostaw realizowanych na zlecenia Zamawiającego.

W ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego w zakresie, w jakim uwzględnił on zarzut i przeprowadził zmianę treści kwestionowanego postanowienia, jest słuszne i w pełni uzasadnione. Izba wzięła pod uwagę znaczne ryzyko wystąpienia braku dostępności urządzeń zaoferowanych w tym postępowaniu, w szczególności w końcowym okresie trzyletniej realizacji zamówienia, z uwagi na możliwość zaprzestania produkcji określonego modelu tabletu, ze względu na specyfikę tych urządzeń i szybki postęp technologiczny na tym rynku. Zamawiający przewidział na tę okoliczność procedurę tzw. awaryjną, zgodnie z którą w takim przypadku wykonawca będzie miał możliwość wprowadzenia w ramach Umowy dostaw zamiennika oferowanego urządzenia - następcy technologicznego, spełniającego wszystkie wymagania techniczne dla tego urządzenia określone w SIWZ.

Wysokość kwoty kary umownej należy bowiem oceniać relatywnie do wartości danego zamówienia, a także w stosunku do wartości możliwej szkody, tj. wolumenu urządzeń, których niezapewnienie będzie skutkowało naliczeniem tej kary. Zamawiający określił bowiem ostatecznie przesłanki naliczenia kary umownej z tytułu niezapewnienia wykonania zobowiązania określonego w pkt. 3.2.5 Wzoru Umowy w zależności od ilości urządzeń, których dostępności wykonawca nie zapewni, określając odpowiednio i proporcjonalnie do poszczególnych ilości urządzeń - wysokość kary umownej. W ten sposób Zamawiający określił mechanizm oceny przesłanek uzasadniających naliczenie kary i sposób jej naliczenia. Zamawiający określił karę umowną w wysokości 5 mln. zł w stosunku do znacznej liczby urządzeń (powyżej 10 tys. sztuk), która stanowi ponad 1/3 całej liczby zamawianych urządzeń. Takie sformułowanie okoliczności stanowiących podstawę naliczenia kary umownej, przy określeniu konkretnej liczby urządzeń jest zgodne z art. 483 § 1 k.c., który stanowi, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy.

Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, że kara umowna za niewykonanie zobowiązania do zapewnienia dostaw ponad 10 tys. sztuk urządzeń (po zmianie treści SIWZ z dnia 17 maja 2019 r.) w wysokości 5 mln. zł, przy znacznej wartości przedmiotowego zamówienia stanowi kwotę wygórowaną. Odwołujący nie wykazał także, że wartość tej kary jest niewspółmierna do szkody poniesionej przez Zamawiającego, stosownie do treści przywołanego przez Odwołującego wyroku z dnia 20.08.2015 r. o sygn. akt I ACa 315/15, w którym Sąd Apelacyjny w Katowicach podkreślił, że kara umowna nie może być źródłem przysporzeń pozostających w znacznej dysproporcji do poniesionej szkody, czy też szerzej rozumianych interesów wierzyciela.

W myśl przeważającego stanowiska prezentowanego w doktrynie i orzecznictwie

przyjmuje się, że zgodnie z art. 484 § 1 k.c., zastrzeżenie kary umownej ma jedynie takie znaczenie, że wierzyciel dochodząc tej kary nie musi udowadniać faktu istnienia szkody i jej wysokości. Niemniej jednak przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest m.in. szkoda wyrządzona wierzycielowi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego, jeśli dłużnik zdoła udowodnić zupełny brak poniesienia szkody przez wierzyciela, to w konsekwencji wykaże, iż kara umowna nie przysługuje. Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 21.09.2017 r. sygn. akt I ACa 259/17.

Kwestionowane postanowienie w brzmieniu zmienionym modyfikacją z dnia 17 maja 2019 r., zdaniem Izby, nie narusza zasad wyrażonych w art. 353¹ k.c., w tym zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego. Należy mieć na uwadze, iż w art. 353¹ k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania. Zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku łączącym obie strony umowy. Zdaniem Izby powyższe zasady nie są naruszone w wyniku określenia kar umownych zgodnie z pkt 9.1.1.14 Wzoru Umowy.

Podkreślić należy, że Zamawiający ma prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, co nie oznacza jednak możliwości nadużywania tego prawa wobec wykonawcy. Konieczne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, uwzględniając przy tym funkcję kary umownej dla zabezpieczenia interesu publicznego i właściwej realizacji zamówienia publicznego oraz niedopuszczalność kształtowania wysokości kar umownych w sposób dowolny, tj. bez racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego.

Biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia opiewa na kwotę ok. 100 mln. zł, na co wskazywali wykonawcy w toku rozprawy, podnosząc, że skala tego zamówienia jest nieporównywalna do innych podobnych zamówień na rynku oraz biorąc pod uwagę wartość urządzeń w takiej ilości (cenę urządzenia Odwołujący szacował na ok. 2 tys. zł), której niezapewnienie spowoduje naliczenie kary, nie ma podstaw do uznania, że wysokość kary umownej wykracza poza swoją funkcję odszkodowawczą za straty możliwe do poniesienia przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił dowodu na to, że Zamawiający poniesie straty znacznie mniejsze lub w ogóle ich nie poniesie, co czyniłoby daną karę niedopuszczalną i sprzeczną z przepisami k.c.

Reasumując, w ocenie Izby postanowienia Wzoru Umowy kształtujące stosunki umowne Zamawiającego i wykonawcy w zakresie zakwestionowanym w odwołaniu w ramach niniejszego zarzutu, nie są niezgodne z obowiązującymi przepisami art. 483 § 1 k.c., art. 484 a także w szczególności z art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Treść powyższego postanowienia nie narusza także przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba uznała zatem powyższy zarzut za niezasadny, w części, w której Zamawiający nie uwzględnił żądania Odwołującego dotyczącego wykreślenia tego postanowienia.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).