

WYROK

z dnia 31 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017 r. przez wykonawcę **K. M. B. S. Polska Sp. z o.o.** ul. (...) w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz** ul. (...)

przy udziale wykonawcy **G. S. I. Sp. z o.o.** ul. (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2170/17 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **K. M. B. S. P. Sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych 00 groszy**) uiszczoną przez **K. M. B. S. P. Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **K. M. B. S. P. Sp. z o.o.** na rzecz Zamawiającego **Miasto B.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy)

1

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 2170/17

Uzasadnienie

Miasto Bydgoszcz (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dzierżawa i serwis urządzeń wielofunkcyjnych wraz z oprogramowaniem na potrzeby Urzędu Miasta B., miejskich jednostek organizacyjnych, szkół i jednostek oświatowych Miasta B. oraz osób prawnych, których udziałowcem jest Miasto B.”, nr ref.: WZP.271.41.2017.E. (dalej: „Postępowanie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2017 r. pod numerem 2017/S 190-389370. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 4 października 2017 r.

W dniu 16 października 2017 r. wykonawca – K. M. B. S. P. Sp. z o.o. wniósł

odwołanie wobec następujących postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

ZARZUT NR 1 - URZĄDZENIA UŻYWANE

a. pkt 3 (uwagi dla wykonawców) ust. 4) lit. a) i b) str. 1 Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik do SIWZ (dalej: „OPZ”) w zakresie dopuszczenia składania ofert dzierżawy urządzeń używanych dla Pakietu I - wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2014 roku, a dla Pakietu II - wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2012 roku;

ZARZUT NR 2 i 3 - MOŻLIWOŚĆ DOWOLNEJ ZMIANY ZAKRESU ZAMÓWIENIA W RAMACH WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

b. pkt 3 ust. 7) str. 1 OPZ w zakresie części postanowienia zgodnie z którą określona w specyfikacji ilość urządzeń TYP-VI jest ilością przypuszczalną i w zakresie zastrzeżenia przez Zamawiającego w ramach wynagrodzenia możliwości swobodnego zmniejszania/zwiększenia ilości najmowanych urządzeń dla tego Typu w każdym czasie trwania umowy;

3

c. pkt 3 ust. 8) str. 2 OPZ w zakresie części postanowienia zgodnie z którą określona w specyfikacji ilość urządzeń w Pakiecie I jest ilością przypuszczalną i w zakresie zastrzeżenia przez Zamawiającego w ramach wynagrodzenia możliwości swobodnego zmniejszania/zwiększenia ilości najmowanych urządzeń dla tego Typu w każdym czasie trwania umowy;

ZARZUT NR 4 - KOSZTY PO STRONIE WYKONAWCY

d. pkt 3 ust. 12) str. 2 OPZ w zakresie postanowienia, że wszelkie koszty związane z dostarczeniem, wdrożeniem, instalacją, uruchomieniem urządzeń muszą być wliczone w cenę dzierżawy;

ZARZUT NR 5 - ZMĘCZENIE MATERIAŁU

e. pkt 3 ust. 13) str. 2 OPZ w zakresie obciążenia wykonawcy kosztami uszkodzeń z winy użytkownika w sytuacji, gdy uszkodzenia powstały w wyniku zmęczenia materiału;

ZARZUT NR 6- ZABEZPIECZENIE KASET NA PAPIER

f. pkt 3) ust. 15) str. 2) OPZ w zakresie braku określenia jakie zabezpieczenia kaset na papier dopuszcza Zamawiający;

ZARZUT NR 7 - PIN

g. pkt 6 (opis parametrów oprogramowania zawierającego Moduł do monitorowania wydruków i Moduł do zarządzania flotą urządzeń drukujących) ust. 14) str. 6 OPZ w zakresie możliwości autoryzacji użytkowników wyłącznie za pomocą karty zbliżeniowej lub „ID i PIN” w celu pełnej funkcjonalności działania w trybie off-line;

ZARZUT NR 8 - RÓWNOWAŻNE MATERIAŁY EKSPLOATACYJNE

h. pkt 9 (Zobowiązania stron) ust. 2) str. 13 OPZ w zakresie dopuszczenia zastosowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych;

ZARZUT NR 9 - ZMIANA LOKALIZACJI URZĄDZEŃ

i. pkt 9 ust. 2) str. 13 OPZ, §4 pkt 23) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 17) str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie zastrzeżenia, że lokalizacja urządzeń objętych niniejszą umową może ulegać zmianom ze względu na potrzeby organizacyjne Zamawiającego i Jednostek - Pakiet nr I i Pakiet nr II, bez określenia wynagrodzenia Wykonawcy w związku z ze zmianą lokalizacji, braku zastrzeżenia, że to Wykonawca, a nie Zamawiający będzie uprawniony do przetransportowania urządzeń oraz upoważnienia

4

Zamawiającego do dowolnej zmiany lokalizacji urządzeń w ramach użytkowanych lokalizacji na terenie miasta Bydgoszczy siłami Zamawiającego:

ZARZUT NR 10 - PONOSZENIE PRZEZ WYKONAWCĘ KOSZTÓW WYDRUKU NA URZĄDZENIACH ZASTĘPCZYCH

j. pkt 9 ust. 6) lit. b i c, str. 14-15 OPZ, §4 pkt 12) lit. b), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. b), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie ponoszenia przez Wykonawcę kosztów wydrukowanych stron na urządzeniu zastępczym;

ZARZUT NR 11 - WYMIANA URZĄDZENIA NA TAKI SAM MODEL

k. pkt 9 ust. 6) lit. d, str. 15 OPZ, §4 pkt 12) lit. c) str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. b), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie wymiany urządzenia na taki sam model w przypadku braku możliwości naprawy uszkodzonego urządzenia;
ZARZUT NR 12 - ODBIÓR ZUŻYTYCH MATERIAŁÓW EKSPLOATACYJNYCH]

l. §4 pkt 9), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 5), str. 2 Wzoru Umowy – Pakiet nr 2 w zakresie terminu i częstotliwości odbierania zużytych materiałów eksploatacyjnych we własnych workach lub pojemnikach, tj. na wezwanie Zamawiającego (jednostki) w ciągu maksymalnie 3 dni roboczych od zgłoszenia na koszt Wykonawcy;
ZARZUT NR 13 - UTRZYMANIE MINIMALNEGO STANU MAGAZYNOWEGO

m. §4 pkt 10), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 6), str. 2 Wzoru Umowy – Pakiet nr 2 w zakresie niedookreślonego obowiązku utrzymania minimalnego stanu u Zamawiającego (jednostki), tj. kompletu materiałów magazynowego eksploatacyjnych zapewniających ciągłość pracy urządzeń będących przedmiotem niniejszej umowy;

ZARZUT NR 14-ZAWIADOMIENIA

n. §4 pkt 12) lit. b), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. b), str. 2 Wzoru Umowy -Pakiet nr 2 w zakresie zobowiązania Wykonawcy do powiadomienia Zamawiającego (Jednostki) o przedłużonym czasie trwania prac serwisowych bez wskazania osób i adresów kontaktowych:

ZARZUT NR 15 - URZĄDZENIE ZASTĘPCZE PO AWARII Z WINY UŻYTKOWNIKA

o. §4 pkt 12) lit. f), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. f), str. 3 Wzoru Umowy -Pakiet nr 2 w zakresie zobowiązania Wykonawcy do postawienia urządzenia zastępczego o nie gorszych parametrach technicznych niż urządzenie, które uległo awarii, ale nie później niż w następnym dniu roboczym od zgłoszenia awarii, w sytuacji gdy usterka

5

wyniknie z winy użytkownika bez wskazania kto ponosi koszty związane z dostawą oraz działaniem urządzenia zastępczego (koszty wydruku, koszty transportu, koszty dzierżawy):

ZARZUT NR 16 - WYMIANA URZĄDZENIA PO TRZYKROTNYM ZGŁOSZENIU AWARII

p. §4 pkt 14) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1 §4 ust. 1 pkt 10) str. 3 Wzoru Umowy – Pakiet nr 2 w zakresie postanowienia, że w przypadku 3-krotnego zgłoszenia dowolnej awarii tego samego urządzenia w ciągu jednego miesiąca Zamawiający (Jednostka) ma możliwość zgłoszenia danego urządzenia do wymiany na inne sprawne, wolne od wad o parametrach nie gorszych niż urządzenie, które uległo awarii;

ZARZUT NR 17 - SZKOLENIA

q. §4 pkt 18) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 13) str. 3 Wzoru Umowy – Pakiet nr 2 w zakresie niedookreślenia obowiązku przeszkolenia użytkowników w zakresie obsługi dostarczonego oprogramowania i urządzeń wielofunkcyjnych;

ZARZUT NR 18- UZUPEŁNIANIE PAPIERU

r. §5 pkt 4) str. 5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §5 pkt 3) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie zobowiązania Zamawiającego do uzupełniania we własnym zakresie papieru niezbędnego do wykonywania kopii/wydruków bez określenia odpowiedzialności za nieprawidłowe uzupełnianie papieru (np. uzupełnienie niewłaściwego papieru);

ZARZUT NR 19 i 20 - WYPOWIEDZENIE, ZMIANA ZAKRESU ZAMÓWIENIA

s. §5 pkt 7) str. 5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §5 pkt 6) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie postanowienia umożliwiającego wypowiedzenie dzierżawy konkretnego urządzenia w przypadku rezygnacji w trakcie trwania umowy, z zachowaniem 30 dniowego terminu wypowiedzenia;

t. §7 pkt 6 str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §7 pkt 6 str. 5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie możliwości zmniejszenia lub zwiększenia ilości urządzeń wielofunkcyjnych objętych przedmiotem umowy w każdym czasie trwania umowy;

ZARZUT NR 21 - ZMIANY WYNAGRODZENIA

u. §7 pkt 5 str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §7 pkt 5 str. 5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie postanowienia, że ceny nie mogą ulec podwyższeniu w trakcie realizacji przedmiotu umowy oraz braku zamieszczenia przez Zamawiającego w S1WZ postanowień zawierających zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 142 ust. 5 PZP;

ZARZUT NR 22 - KARY UMOWNE

v. §9 ust. 2 pkt 1) lit. b) i c) str. 7 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §9 ust. 2 pkt 1) lit. b) i c) str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie braku definicji błędów krytycznych oraz niekrytycznych przy jednoczesnym zastrzeżeniu kar umownych w przypadku wystąpienia tych błędów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

a. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez brak określenia zakresu zamówienia - brak określenia liczby urządzeń oraz okresu na jaki mają być dostarczone urządzenia;

ZARZUT NR 1 - URZĄDZENIA UŻYWANE

b. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez dopuszczenie urządzeń używanych, zużytych, awaryjnych o nieporównywalnej jakości do urządzeń nowych, przez co oferty złożone w Postępowaniu mogą być nieporównywalne, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego;

ZARZUT NR 2 i 3 - MOŻLIWOŚĆ DOWOLNEJ ZMIANY ZAKRESU ZAMÓWIENIA W RAMACH WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

c. art. 142 Ustawy, art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531 KC poprzez dowolną możliwość jednostronnej zmiany zakresu zamówienia;

d. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia;

ZARZUT NR 4 - KOSZTY PO STRONIE WYKONAWCY

e. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia;

f. art. 142 Ustawy, art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531 KC, 473 §1 i 2 KC poprzez przerzucenie na wykonawcę kosztów i odpowiedzialności za okoliczności na które nie ma wpływu, związanych ze zmianą zakresu zamówienia przez Zamawiającego;

ZARZUT NR 5 - ZMĘCZENIE MATERIAŁU

g. art. 139 Ustawy w zw. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 473 §1 i 2 KC poprzez rozszerzenie ustawowej odpowiedzialności wykonawcy bez określenia zakresu okoliczności, za które ma ponosić odpowiedzialność poprzez brak zdefiniowania „zmęczenia materiału”

7

oraz nałożenie na wykonawcę obowiązku naprawy szkody za okoliczności za które nie odpowiada;

h. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia przez brak określenia definicji „zmęczenia materiału”;

ZARZUT NR 6 - ZABEZPIECZENIE KASET NA PAPIER

i. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia przez brak określenia jakie zabezpieczenia kaset na papier dopuszcza Zamawiający;

ZARZUT NR 7-PIN

j. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez nadmiarowe, nieproporcjonalne i utrudniające uczciwą konkurencję wymaganie dotyczące możliwości autoryzacji użytkowników za pomocą karty zbliżeniowej lub „ID i PIN” bez dopuszczenia możliwości autoryzacji za pomocą PIN, który zawiera w sobie „ID”;

ZARZUT NR 8 - RÓWNOWAŻNE MATERIAŁY EKSPLOATACYJNE

k. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób niejednoznaczny

i niewyczerpujący poprzez dopuszczenie równoważnych materiałów eksploatacyjnych bez określenia wymagań, jakie mają spełniać aby mogły być uznane za równoważne;

ZARZUT NR 9 - ZMIANA LOKALIZACJI URZĄDZEŃ

l. art. 142 Ustawy, art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 353 i k.c. poprzez dowolną możliwość jednostronnej zmiany umowy poprzez zmianę

lokalizacji urządzeń i narażenie tym samym wykonawcy na koszty bez zastrzeżenia wynagrodzenia za usługi wykonawcy związane ze zmianą lokalizacji;

m. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia;

ZARZUT NR 10 - PONOSZENIE PRZEZ WYKONAWCĘ KOSZTÓW WYDRUKU NA URZĄDZENIACH ZASTĘPCZYCH

n. art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531 KC poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku ponoszenia kosztów wydruku na urządzeniach zastępczych, co oznacza konieczność świadczenia usług za darmo i ponoszenia przy tym kosztów;

ZARZUT NR 11 - WYMIANA URZĄDZENIA NA TAKI SAM MODEL

8

o. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 58 §1 i 2 KC poprzez nadmierne i nieuzasadnione wymaganie wymiany urządzenia na urządzenie takiego samego modelu zamiast urządzenia o nie niższych parametrach, co w czasie trwania umowy może okazać się świadczeniem niemożliwym;

ZARZUT NR 12 - ODBIÓR ZUŻYTYCH MATERIAŁÓW EKSPLOATACYJNYCH

p. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia oraz postawienie nadmiernych i utrudniających uczniową konkurencję wymagań w zakresie odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych;

ZARZUT NR 13 - UTRZYMANIE MINIMALNEGO STANU MAGAZYNOWEGO

q. art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

ZARZUT NR 14 - ZAWIADOMIENIA

r. art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

ZARZUT NR 15 - URZĄDZENIE ZASTĘPCZE PO AWARII Z WINY UŻYTKOWNIKA

s. art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

t. art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531 i 473 §1 Kc poprzez brak jednoznacznego wskazania, że wykonawca nie będzie odpowiedzialny za uszkodzenia które wynikają z winy użytkownika;

ZARZUT NR 16 - WYMIANA URZĄDZENIA PO TRZYKROTNYM ZGŁOSZENIU AWARII

u. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia poprzez brak określenia jaki rodzaj awarii uprawnia do zgłoszenia żądania wymiany urządzenia po jej trzykrotnym zgłoszeniu;

ZARZUT NR 17 - SZKOLENIA

v. art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

ZARZUT NR 18 - UZUPEŁNIANIE PAPIERU

w. art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

ZARZUT NR 19 i 20 - WYPOWIEDZENIE, ZMIANA ZAKRESU ZAMÓWIENIA

9

x. art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531 KC, art. 142 ust. 1 Ustawy poprzez możliwość rozwiązania umowy bez powodu w każdym czasie z zachowaniem 30 dniowego terminu wypowiedzenia oraz możliwość jednostronnej zmiany zakresu zamówienia;

ZARZUT NR 21 - ZMIANY WYNAGRODZENIA

y. art. 142 ust. 5 pkt l)-3) PZP poprzez niezawarcie w SIWZ zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

z. art. 142 ust. 5 pkt 1) Ustawy, art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie braku możliwości zmiany wynagrodzenia brutto w przypadku zmiany stawki podatku VAT;

ZARZUT NR 22 - KARY UMOWNE

aa. art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531 i 483 §1 KC poprzez niedoprecyzowanie okoliczności uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych;

Wskazując powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

ZARZUT NR 1 - URZĄDZENIA UŻYWANE

a. modyfikację pkt 3 ust. 4) lit. a) i b) str. 1 Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik do SIWZ (dalej: „OPZ”) poprzez niedopuszczenie składania ofert dzierżawy urządzeń używanych, to jest poprzez zmianę na: „Zamawiający wymaga dostarczenia wyłącznie urządzeń fabrycznie nowych”;

ZARZUT NR 2 i 3 - MOŻLIWOŚĆ DOWOLNEJ ZMIANY ZAKRESU ZAMÓWIENIA W RAMACH WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

b. modyfikację pkt 3 ust. 7) str. 1 OPZ oraz pkt 3 ust. 8) str. 2 OPZ poprzez usunięcie zastrzeżenia, że podana w SIWZ ilość urządzeń jest ilością przypuszczalną i usunięcie możliwości swobodnego zmniejszania/zwiększenia ilości najmowanych urządzeń dla tego Typu w każdym czasie trwania umowy ewentualnie: określenie, że zwiększenie zakresu zamówienia będzie oznaczało zwiększenie wynagrodzenia zgodnie z ceną jednostkową, określenie maksymalnej i minimalnej liczby urządzeń, określenie minimalnego

10

okresu dzierżawy dla każdego z urządzeń oraz minimalnej liczby dzierżawionych przez Zamawiającego urządzeń;

ZARZUT NR 4 - KOSZTY PO STRONIE WYKONAWCY

c. modyfikację pkt 3 ust. 12) str. 2 OPZ poprzez określenie konkretnej liczby urządzeń, które ma dostarczyć wykonawca, ewentualnie: zmianę poprzez określenie minimalnej i maksymalnej liczby dzierżawionych urządzeń oraz okresu dzierżawy dla każdego z urządzeń, jak również zapewnienie możliwości oddzielnej wyceny w ofercie kosztów związanych z dostarczeniem, wdrożeniem, instalacją, uruchomieniem urządzeń w przypadku każdego dodatkowego urządzenia oraz każdej zmiany lokalizacji;

ZARZUT NR 5 - ZMĘCZENIE MATERIAŁU

d. usunięcie części pkt 3 ust. 13) str. 2 OPZ w zakresie obciążenia wykonawcy kosztami uszkodzeń z winy użytkownika w sytuacji, gdy uszkodzenia powstały w wyniku zmęczenia materiału;

ZARZUT NR 6 - ZABEZPIECZENIE KASET NA PAPIER

e. modyfikację pkt 3) ust. 15) str. 2) OPZ poprzez określenie sposobu zabezpieczenia kaset na papier;

ZARZUT NR 7-PIN

f. modyfikację pkt 6 (opis parametrów oprogramowania zawierającego Moduł do monitorowania wydruków i Moduł do zarządzania flotą urządzeń drukujących) ust. 14) str. 6 OPZ poprzez umożliwienie autoryzacji za pomocą karty zbliżeniowej lub „ID i PIN” lub „PIN zawierający ID”;

ZARZUT NR 8 - RÓWNOWAŻNE MATERIAŁY EKSPLOATACYJNE

g. usunięcie części pkt 9 (Zobowiązania stron) ust. 2) str. 13 OPZ dopuszczającej zastosowanie równoważnych materiałów eksploatacyjnych; ewentualnie: określenie sposobu weryfikacji równoważności materiałów poprzez konieczność dostarczenia certyfikatów jakości lub oświadczenie od producenta;

ZARZUT NR 9 - ZMIANA LOKALIZACJI URZĄDZEŃ

h. modyfikację pkt 9 ust. 2) str. 13 OPZ, §4 pkt 23) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 17) str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez zastrzeżenie dodatkowego wynagrodzenia za usługi Wykonawcy związane ze zmianą lokalizacji urządzeń (możliwość wyceny w ofercie) oraz zastrzeżenie, że wyłącznie Wykonawca może przetransportować urządzenia;

11

ZARZUT NR 10 - PONOSZENIE PRZEZ WYKONAWCĘ KOSZTÓW WYDRUKU NA URZĄDZENIACH ZASTĘPCZYCH

i. usunięcie części pkt 9 ust. 6) lit. b i c, str. 14-15 OPZ, §4 pkt 12) lit. b), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. b), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie ponoszenia przez Wykonawcę kosztów wydrukowanych stron na urządzeniu zastępczym;

ZARZUT NR 11 - WYMIANA URZĄDZENIA NA TAKI SAM MODEL

j. modyfikację pkt 9 ust. 6) lit. d, str. 15 OPZ, §4 pkt 12) lit. c) str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. b), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez zmianę z wymiany urządzenia na taki sam model na: wymianę na urządzenia o nie gorszych parametrach niż zaoferowane urządzenie;

ZARZUT NR 12 - ODBIÓR ZUŻYTYCH MATERIAŁÓW EKSPLOATACYJNYCH

k. modyfikację §4 pkt 9), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 5), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez określenie, że raz w miesiącu wykonawca będzie odbierał od każdej jednostki zużyte materiały eksploatacyjne;

ZARZUT NR 13 - UTRZYMANIE MINIMALNEGO STANU MAGAZYNOWEGO

l. modyfikację §4 pkt 10), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 6), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez określenie kto będzie wymieniał komplet materiałów oraz określenie obowiązku zwrotu niewykorzystanych kompletów po zakończeniu umowy a także sposobu powiadamiania o wykorzystaniu kompletu;

ZARZUT NR 14 - ZAWIADOMIENIA

m. modyfikację §4 pkt 12) lit. b), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. b), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez wskazanie osób i adresów kontaktowych, na które wykonawca zobowiązany będzie wysłać zawiadomienia;

ZARZUT NR 15 - URZĄDZENIE ZASTĘPCZE PO AWARII Z WINY UŻYTKOWNIKA

n. modyfikację §4 pkt 12) lit. f), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 8) lit. f), str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez określenie dodatkowego wynagrodzenia za dostawę i instalację urządzenia zastępczego (które wyceni Wykonawca w ofercie) oraz wyraźne określenie, że Zamawiający będzie ponosił koszty wydruku na urządzeniu zastępczym;

ZARZUT NR 16 - WYMIANA URZĄDZENIA PO TRZYKROTNYM ZGŁOSZENIU AWARII

o. usunięcie §4 pkt 14) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 10) str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 w zakresie postanowienia, że w przypadku 3-krotnego zgłoszenia

12

dowolnej awarii tego samego urządzenia w ciągu jednego miesiąca Zamawiający (Jednostka) ma możliwość zgłoszenia danego urządzenia do wymiany na inne sprawne, wolne od wad

o parametrach nie gorszych niż urządzenie, które uległo awarii; ewentualnie zmianę sformułowania: „dowolnej awarii” na „taką samą awarię uniemożliwiającą

korzystanie

z urządzenia”;

ZARZUT NR 17 - SZKOLENIA

p. modyfikacji §4 pkt 18) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 13) str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez wskazanie miejsc przeprowadzania szkoleń, liczby szkoleń oraz liczby użytkowników do przeszkolenia;

ZARZUT NR 18 - UZUPEŁNIANIE PAPIERU

q. modyfikację §5 pkt 4) str. 5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §5 pkt 3) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 poprzez poniesienie przez Zamawiającego kosztów naprawy urządzenia w przypadku nieprawidłowego uzupełniania papieru, w tym używania niewłaściwego papieru lub uzupełniania papieru w niewłaściwy sposób oraz określenie jakości dopuszczalnego papieru, np. „papier zgodny ze specyfikacją producenta dla dostarczonych urządzeń”;

ZARZUT NR 19 i 20 - WYPOWIEDZENIE, ZMIANA ZAKRESU ZAMÓWIENIA

r. usunięcie §5 pkt 7) str. 5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §5 pkt 6) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2;

s. usunięcie §7 pkt 6 str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §7 pkt 6 str. 5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2;

ZARZUT NR 21 - ZMIANY WYNAGRODZENIA

t. usunięcie §7 pkt 5 str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §7 pkt 5 str. 5 Wzoru

Umowy – Pakiet nr 2 oraz określenie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

ZARZUT NR 22 - KARY UMOWNE

13

u. usunięcie §9 ust. 2 pkt 1) lit. b) i c) str. 7 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §9 ust. 2 pkt 1) iit. b) i c) str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2, ewentualnie: zdefiniowanie błędów krytycznych oraz niekrytycznych.

Odwolujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym Postępowaniu, a czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu złożenie oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez niego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia. Odwołujący podał, iż tak rozumiany interes we wniesieniu odwołania potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając, że krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu. Ponadto postanowienia SIWZ uniemożliwiają prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał:

ZARZUT NR 1 - URZĄDZENIA UŻYWANE

Zamawiający dopuścił urządzenia używane, które zostały wyprodukowane nie wcześniej niż w 2014 roku (Pakiet I) i 2012 roku (Pakiet II) bez określenia stanu zużycia tych urządzeń i bez wzięcia pod uwagę faktu, że część producentów określa czas eksploatacji urządzeń na 5 lat, co oznacza, że Zamawiający może otrzymać zużyte i praktycznie niesprawne urządzenia. Jednocześnie Zamawiający uniemożliwia wykonawcom konkurowanie na zasadach rynkowych, ponieważ wykonawcy oferujący urządzenia nowe, które będą sprawnie działały i spełniały potrzeby Zamawiającego, nie są w stanie konkurować z tanimi, zużytymi urządzeniami, które mogą zostać zaoferowane Zamawiającemu. Wykonawcy będą mieli interes w zaoferowaniu używanych i wyeksploatowanych urządzeń, ponieważ nikt i tak nie kupiłby na takich urządzeń w sektorze prywatnym (urządzenia takie są awaryjne i gorszej jakości ze względu na stan zużycia). Zatem dopuszczenie urządzeń używanych spowoduje, że ceny ofert będą nieporównywalne i Zamawiający otrzyma urządzenia, z których nie będzie w stanie w pełni korzystać. Celem Zamawiającego powinno być otrzymanie sprawnych urządzeń o dobrej jakości, które będzie mógł wykorzystać do codziennej pracy, czego nie zapewnią mu stare i zużyte urządzenia.

14

ZARZUT NR 2 i 3 - MOŻLIWOŚĆ DOWOLNEJ ZMIANY ZAKRESU ZAMÓWIENIA
W RAMACH WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

Zgodnie z SIWZ, Zamawiający może w ramach wynagrodzenia w sposób swobodny zmniejszać i zwiększać ilość dzierżawionych urządzeń w każdym czasie trwania umowy. Takie postanowienia uniemożliwiają rzetelną kalkulację ceny oferty, ponieważ Wykonawca nie jest w stanie ocenić na jaki okres oraz jaką liczbę urządzeń musi kupić. Z postanowień wynika, że Zamawiający może zmniejszać i zwiększać w ramach wynagrodzenia liczbę urządzeń. Postanowienie jest na tyle niejednoznaczne, że nie wiadomo czy chodzi o wynagrodzenie (cenę) jednostkową za każde urządzenie, czy łączną cenę. Jeżeli Zamawiający ma na myśli łączną cenę, to oznacza, że za zaoferowane wynagrodzenie wykonawca może być zobowiązany do dostarczenia zamiast 136 na przykład 236 urządzeń,

co oznacza, że będzie musiał dostarczyć za darmo (generując dodatkowo koszty) 100 urządzeń. Natomiast przy braku określenia minimalnej liczby urządzeń które zamówi Zamawiający i uznaniu, że jednak Zamawiający potrzebuje 36 zamiast 136 urządzeń, przy interpretacji, że chodzi

o wynagrodzenie jednostkowe, Wykonawca poniesienie stratą poprzez zakup 100 urządzeń za które nie zapłaci Zamawiający. Wykonawca nie ma także żadnej pewności co do okresu świadczenia usługi dla każdego z urządzeń, co uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty, w tym ceny za dzierżawę.

Powyższe postanowienia, zdaniem Odwołującego, powodują, że oferty będą nieporównywalne (każdy wykonawca może oszacować ryzyko inaczej zmniejszenia/zwiększenia liczby urządzeń). Ponadto naruszenia zostaje istota zamówień publicznych, jaką jest pewność zamówień. Wykonawca pozostaje na etapie złożenia oferty w niepewności co do rzeczywistego zakresu zamówienia. Odwołujący przytoczył przykładowe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które jego zdaniem potwierdzają, prezentowane przez niego stanowisko, tj. wyroki w sprawie:

- sygn. akt KIO 2346/16, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „Zastrzeżenie przez zamawiającego w § 2 ust 2 projektu umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym.”

15

- sygn. akt KIO 2708/13 w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich wpływających na nią czynników. Daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach możliwość rezygnacji przez Zamawiającego z usług będących przedmiotem umowy, utrudnia wycenę przedmiotu zamówienia poprzez

wliczenie wszystkich

kosztów w stawkę należną za minutę połączenia. W sytuacji braku pewności co do zakresu zamówienia, jaki zostanie wykonany, a jednocześnie przy konieczności poniesienia wysokich nakładów na zapewnienie infrastruktury technicznej (...), skalkulowanie ceny oferty łączy się z daleko idącym ryzykiem i stawia ich w nierównej sytuacji.”

ZARZUT NR 4 - KOSZTY PO STRONIE WYKONAWCY

Mając na uwadze zarzuty nr 2 i 3, to jest brak wiedzy co do rzeczywistej liczby urządzeń, które wydzierżawi Zamawiający, Wykonawca nie jest w stanie rzetelnie skalkulować cenę oferty i oszacować, jakie będą rzeczywiste koszty dostarczenia, wdrożenia, instalacji i uruchomienia urządzeń, podczas gdy Zamawiający wymaga wliczenia tych kosztów w cenę dzierżawy urządzeń. Koszty Wykonawcy są zależne od liczby urządzeń w konkretnej lokalizacji. Np. koszt instalacji jednego urządzenia w jednej lokalizacji to ok. 400 PLN. Natomiast jednostkowy koszt instalacji urządzenia, jeżeli instalowanych jest 10 urządzeń w jednej lokalizacji to 350 PLN, natomiast jeżeli urządzeń jest 20 i więcej, to jednostkowy koszt wynosi ok. 300 PLN. Brak informacji dotyczących rzeczywistej liczby urządzeń uniemożliwia kalkulację ceny oferty i spowoduje, że oferty będą nieporównywalne (bez informacji od Zamawiającego każdy z wykonawców może przyjąć inne założenia). Wykonawca nie ma także żadnej pewności co do okresu świadczenia usługi dla każdego z urządzeń, co uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty, w tym ceny za dzierżawę. Tymczasem dokładny okres świadczenia usługi jest dla takiej wyceny krytyczny.

ZARZUT NR 5 - ZMĘCZENIE MATERIAŁU

Zdaniem Odwołującego Zamawiający obciąża wykonawcę kosztami uszkodzeń z winy użytkownika w sytuacji, gdy uszkodzenia powstały w wyniku zmęczenia materiału, jednocześnie nie określając co oznacza „zmęczenie materiału”. Takie postanowienia mogą prowadzić do tego, że każde uszkodzenie (w tym z winy użytkownika) może być uznane za zmęczenie materiału. Ponadto, zmęczenie materiału może być wywołane nieprawidłowym użytkowaniem. Postanowienie jest, według Odwołującego, niejednoznaczne i może

spowodować, że wykonawca będzie odpowiadał za szkodę, która będzie wynikała z działań Zamawiającego, w tym także umyślnego, nieprawidłowego i długotrwałego działania użytkowników, które spowoduje zmęczenie materiału". Wykonawca nie może ponosić

16

odpowiedzialności za działania Zamawiającego. Powyższe potwierdził m.in. Sąd Apelacyjny w Gdańsku stwierdzając: „jeśli zatem pozwany rozumie postanowienie zastrzegające karę umowną za nieterminowe wykonanie prac powoda w ten sposób, że jest to odpowiedzialność absolutna obejmująca także przyczyny opóźnienia leżące po stronie pozwanego, to takie postanowienie umowne należałoby ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i w konsekwencji uznać za bezzwzględnie nieważne na podstawie art. 58 §2 KC”

ZARZUT NR 6 - ZABEZPIECZENIE KASET NA PAPIER

Zamawiający postawił wymagania, aby dostarczone urządzenia wielofunkcyjne posiadały „zabezpieczenie kaset na papier przed kradzieżą papieru” nie określając przy tym jakie zabezpieczenie uzna za wystarczające stwierdzając wyłącznie, że sposób zabezpieczenia pozostawia do oceny wykonawcy, jednocześnie przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność za kradzież, zniszczenie lub uszkodzenie urządzeń w sytuacji, gdy wykonawca nie zapewni zabezpieczenia. Wykonawca nie posiada zatem żadnych informacji na temat tego, jakie zabezpieczenie Zamawiający uzna za wystarczające a jednocześnie ponosi odpowiedzialność za brak takiego zabezpieczenia.

Postanowienie dotyczące zabezpieczenia kaset na papier jest na tyle niejednoznaczne, że może prowadzić do nadużyć, ponieważ każda kradzież, uszkodzenie lub zniszczenie może być uzasadnione brakiem odpowiedniego zabezpieczenia.

ZARZUT NR 7-PIN

Zamawiający w sposób nieuzasadniony dopuszcza oprócz karty zbliżeniowej autoryzację wyłącznie poprzez podanie „ID” i „PIN”, podczas gdy na rynku popularne są rozwiązania, które w PIN-ie zawierają ID. Dla Zamawiającego rozwiązanie dopuszczające oznaczenie „ID” w „PIN” jest funkcjonalnie tożsame z rozwiązaniem, które posiada osobno „ID” i „PIN”. Jednocześnie niedopuszczenie autoryzacji poprzez PIN, który zawiera w sobie ID

w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i uniemożliwia zaoferowanie oprogramowania, które spełni potrzeby Zamawiającego.

ZARZUT NR 8 - RÓWNOWAŻNE MATERIAŁY EKSPLOATACYJNE

Zamawiający nie określił w jaki sposób będzie weryfikował, czy używane materiały są równoważne czy nie. Zamienniki materiałów są tańsze niż materiały dedykowane do konkretnych urządzeń i niż materiały zatwierdzone przez producenta. Dopuszczenie materiałów równoważnych bez określenia zasad równoważności i sposobu ich weryfikacji może skutkować tym, że oferty będą nieporównywalne. Zamawiający powinien przewidzieć

17

sposób weryfikacji równoważności materiałów na przykład poprzez oświadczenie producenta urządzeń lub certyfikaty jakości.

ZARZUT NR 9 - ZMIANA LOKALIZACJI URZĄDZEŃ

Zamawiający może uszkodzić urządzenia podczas transportu. Zmiana lokalizacji generuje dodatkowe koszty dla wykonawcy (koszty instalacji, szkoleń). Jeżeli Zamawiający będzie samodzielnie transportował urządzenia, to wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu na sposób zabezpieczenia urządzeń podczas transportu. Urządzenia powinny być przewożone w odpowiedni sposób, przy odpowiednich zabezpieczeniach a także z zachowaniem zasad dotyczących niskich i wysokich temperatur.

Każdorazowa zmiana lokalizacji będzie wiązała się nie tylko z zagrożeniem dla wykonawcy wynikającym z tego, że Zamawiający może uszkodzić urządzenia, ale także będzie wiązała się z dodatkowymi kosztami po stronie wykonawcy. Wykonawca będzie musiał przyjechać do nowej lokalizacji, zainstalować urządzenie i przeszkolić użytkowników. Z 5IWZ nie wynika częstotliwości zmian lokalizacji, liczba urządzeń, których lokalizacja będzie zmieniona ani liczba lokalizacji. Wykonawca nie posiada zatem żadnych informacji, które pozwoliłyby mu oszacowanie kosztów związanych ze zmianą lokalizacji. Dodatkowo Zamawiający w żaden sposób nie limituje liczby zmian lokalizacji w czasie trwania umowy.

Liczba ta może być zatem dowolna, co uniemożliwia zaplanowanie i organizację wykonania zamówienia.

ZARZUT NR 10 - PONOSZENIE PRZEZ WYKONAWCĘ KOSZTÓW WYDRUKU NA URZĄDZENIACH ZASTĘPCZYCH

Odwolujący stwierdził, iż Zamawiający żąda świadczenia przez wykonawcę usług wydruku na urządzeniu zastępczym za darmo. Jest to nieuzasadnione wymaganie, naruszające istotę stosunku zobowiązaniowego i ekwiwalentność świadczeń. Zamawiający nie odczuje żadnej różnicy pomiędzy efektem wydruku na urządzeniach zastępczych a efektem wydruku na urządzeniach docelowych, zatem niezrozumiałe jest żądanie świadczenia przez wykonawcę usług wydruku za darmo i ponoszenia przez wykonawcę kosztów wydruku wykonanego przez Zamawiającego.

ZARZUT NR 11 - WYMIANA URZĄDZENIA NA TAKI SAM MODEL

Zamawiający żąda wymiany urządzeń na taki sam model a nie na urządzenie o nie gorszych parametrach. Umowa zostanie zawarta na 48 miesięcy i modele mogą być już niedostępne, natomiast urządzenia o parametrach równoważnych - nie gorszych - spełnią potrzebę Zamawiającego (efekt - wydruk).

ZARZUT NR 12 - ODBIÓR ZUŻYTYCH MATERIAŁÓW EKSPLOATACYJNYCH

18

Zamawiający postawił nadmierny i niejednoznaczny wymóg dotyczący odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych. Tak postawione wymaganie może skutkować tym, że w praktyce nawet codziennie wykonawca będzie robił kurs w celu odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych. Określenie, że raz w miesiącu wykonawca będzie odbierał ze wszystkich lokalizacji zużyte materiały eksploatacyjne

zmniejszy koszty po stronie wykonawcy (a tym samym po stronie Zamawiającego) oraz będzie w sposób wyczerpujący wskazywał zobowiązanie wykonawcy, które wykonawca będzie musiał (i będzie w stanie wycenić).

ZARZUT NR 13 - UTRZYMANIE MINIMALNEGO STANU MAGAZYNOWEGO

Zamawiający nie określił, czy po zakończeniu umowy zwróci niewykorzystane komplety. Wykonawca nie jest w stanie oszacować rzeczywistych kosztów realizacji umowy ponieważ nie ma informacji na temat zakresu zamówienia. Ponadto umowa nie przewiduje w jaki sposób wykonawca będzie informowany o tym, że został wykorzystany komplet i kto ponosi koszty wymiany.

ZARZUT NR 14 - ZAWIADOMIENIA

Zamawiający nie wskazał adresów na które mają zostać wysyłane zawiadomienia. Wykonawca nie jest w stanie poinformować Jednostkę o tym, że prace serwisowe miałyby trwać dłużej, ponieważ wykonawca nie otrzymał spisu danych kontaktowych na które miałyby wysyłać takie zawiadomienia, przez co Zamawiający może zawsze twierdzić, że nie został skutecznie zawiadomiony.

ZARZUT NR 15-URZĄDZENIE ZASTĘPCZE PO AWARII Z WINY UŻYTKOWNIKA

Zamawiający nie określił kto odpowiada za wymianę (dostawę, instalację) i wydruk na urządzeniach zastępczych, których konieczność wymiany nastąpiła z winy użytkownika. Jednocześnie wykonawca nie może odpowiadać za działania zawinione przez użytkownika (Zamawiającego). Tak rozszerzony zakres odpowiedzialności uniemożliwia kalkulację ceny oferty i sprawia, że oferty będą nieporównywalne.

ZARZUT NR 16 - WYMIANA URZĄDZENIA PO TRZYKROTNYM ZGŁOSZENIU AWARII

Zamawiający jest uprawniony do żądania wymiany urządzenia po trzykrotnym zgłoszeniu dowolnej awarii, co może prowadzić do nadużyć, ponieważ każda, nawet drobna awaria, także z winy użytkownika, może upoważniać Zamawiającego do żądania wymiany urządzenia. W ocenie Wykonawcy uprawnienie takie powinno dotyczyć tylko takich samych awarii uniemożliwiających korzystanie z urządzenia.

ZARZUT NR 17 - SZKOLENIA

19

Wykonawca nie jest w stanie rzetelnie skalkulować cenę oferty, ponieważ nie ma żadnych informacji dotyczących lokalizacji szkoleń, liczby i częstotliwości szkoleń ani liczby użytkowników. Brak takich informacji może powodować, że Zamawiający będzie żądał

każdorazowego przeszkolenia każdego nowego pracownika przez cały czas trwania umowy a Wykonawca nie będzie za to otrzymywał wynagrodzenia.

ZARZUT NR 18 - UZUPEŁNIANIE PAPIERU

Użytkownik może uzupełniać papier w sposób nieprawidłowy albo używać niewłaściwego papieru i doprowadzić do uszkodzenia urządzenia. Zamawiający nie określił kto poniesie koszty użycia niewłaściwego papieru lub uzupełnienia w nieprawidłowy sposób. Zamawiający powinien uzupełniać wyłącznie dopuszczony przez producenta urządzeń papier oraz określić, że wykonawca nie ponosi kosztów związanych z uszkodzeniem urządzenia na skutek wadliwego uzupełnienia papieru. Wykonawca powinien otrzymać dodatkowe wynagrodzenie za naprawę uszkodzonego urządzenia z winy Zamawiającego.

ZARZUT NR 19 i 20 - WYPOWIEDZENIE, ZMIANA ZAKRESU ZAMÓWIENIA

Zamawiający może w każdym czasie z zachowaniem okresu wypowiedzenia, bez żadnych przyczyn wypowiedzieć umowę o zamówienie publiczne a także może zmienić zakres zamówienia. Takie postanowienia powodują, że wykonawca przez cały okres trwania umowy pozostaje w niepewności zarówno co do okresu jak i zakresu umowy. Wykonawca musi ponieść koszty związane z zakupem urządzeń, a w przypadku wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy lub zmiany jej zakresu, wykonawca poniesienie stratę związaną z zakupem kilkuset urządzeń, za które nie otrzyma od Zamawiającego wynagrodzenia. Takie postanowienie narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, powoduje, że wykonawca pozostaje w niepewności przez cały czas trwania umowy a także, że nie jest w stanie rzetelnie skalować cenę oferty (nie wie jakie ryzyko ma skalkulować ani jak skalkulować cenę oferty aby otrzymać zysk z zamówienia w przypadku wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy lub zmniejszenia jej zakresu). Taka niepewność może także skutkować tym, że ceny ofert będą nieporównywalne.

ZARZUT NR 21 - ZMIANY WYNAGRODZENIA

Art. 142 ust. 5 pkt 1)-3) Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek zamieszczenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowienia o zasadach wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy między innymi w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

20

Celem wprowadzenia takiego przepisu była ochrona wykonawcy przed negatywnymi skutkami zmiany przepisów powodujących wzrost kosztów wykonawcy oraz ochrona Zamawiającego przed ponoszeniem kosztów ryzyka, które wykonawcy musieliby wkalkulować w cenę oferty. Ponadto Zamawiający postawił we wzorze umowy zastrzeżenie, że „ceny nie mogą ulec podwyższeniu w trakcie realizacji umowy”, nie wskazując jednoznacznie, że chodzi o ceny netto i z wyjątkiem zaistnienia okoliczności określonych w art. 142 ust. 5 pkt 1)-3) Pzp. Zamawiający co prawda wskazał, że przewiduje zastosowanie zmian umowy wynikających z art. 142 ust. 5 pkt 1)-3) Pzp ale nie zawarł postanowień o zasadach wprowadzania tych zmian, do czego jest zobligowanych zgodnie z ustawą Pzp.

ZARZUT NR 22-KARY UMOWNE

Zamawiający zastrzegł kary umowne związane z wystąpieniem błędów, których nie zdefiniował (błędy krytyczne i błędny niekrytyczne). Zamawiający może zatem obciążyć wykonawcę karą umowną. Zamawiający zdefiniował wyłączenie awarii krytyczną, natomiast obciąża Wykonawcami karą za błąd krytyczny oraz za błąd niekrytyczny.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym Zamawiający, odnosząc się do przyjętej przez Odwołującego chronologii zarzutów, podał:

Ad. ZARZUT NR 1- URZĄDZENIA UŻYWANE

Zdaniem Zamawiającego ani na gruncie ustawy Pzp, ani na podstawie kodeksu cywilnego - nie ma przeszkód prawnych, aby Zamawiający przeprowadził postępowanie dopuszczając jednocześnie zaoferowanie sprzętu nowego, jak i używanego. W pkt. 3 ppkt. 4) załącznika do SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia (dalej OPZ), Zamawiający wskazał, iż: „dopuszcza składanie ofert dzierżawy urządzeń używanych dla:

- a) Pakietu I, wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2014 roku
- b) Pakietu II, wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2012 roku

Zamawiający, kalkulując ryzyko otrzymania urządzeń używanych wziął pod uwagę doświadczenie z wykorzystywania urządzeń używanych oraz posiadane środki finansowe przeznaczone na sfinansowanie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie nie wykluczył możliwości złożenia oferty na urządzenia fabrycznie nowe. Szacując cenę dzierżawy nowego, czy używanego urządzenia Wykonawca zobowiązany jest wliczyć ryzyko częstotliwości dojazdu do serwisu urządzenia i innych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający, dopuszczając możliwość złożenia oferty na używane urządzenia zwiększył tym samym konkurencyjność. Prawdą jest, iż im nowsze urządzenie, tym

21

częstotliwość awarii jest mniejsza i koszty serwisowania również są mniejsze. Jednakże, to Wykonawca przygotowując ofertę, szacuje ryzyko dostarczenia nowego, droższego, mniej awaryjnego urządzenia, czy też urządzenia używanego, tańszego, bardziej awaryjnego.

Zdaniem Zamawiającego za chybiony należy uznać zarzut Odwołującego, iż Zamawiający może otrzymać „praktycznie niesprawne urządzenia” oraz zarzut, iż „Zamawiający otrzyma urządzenia, z których nie będzie w stanie w pełni korzystać”. Zamawiający bowiem ma wieloletnie doświadczenie w przedmiocie „dzierżawy urządzeń używanych”, w tym również urządzeń liczących powyżej 5 lat. Urządzenia te pozwalają w pełni wykorzystywać wszelkie dostępne funkcjonalności tych urządzeń. Również jakość wydruków/kopii dokonywanych na używanych urządzeniach nie odbiega od jakości wydruków/kopii na nowych urządzeniach.

Nie jest też zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, iż oferty będą nieporównywalne. Wszyscy wykonawcy, zainteresowani przedmiotowym zamówieniem, zobowiązani są, w celu rzetelnej wyceny oferty, przyjąć ilości wskazane przez Zamawiającego w załącznikach do oferty nr 1 i/lub nr 2. Kwestia porównywalności ofert jest związana natomiast przede wszystkim z dokładnym opisem przedmiotu zamówienia, a problem z porównywalnością ofert może pojawić się w każdym postępowaniu, również takim, którego przedmiotem jest wyłącznie sprzęt nowy jak i wyłącznie sprzęt używany.

Nadto, Zamawiający wskazał, iż opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie Zamawiający - stosownie do swoich potrzeb i możliwości finansowych. Taki opis obowiązuje w sposób równy i obiektywny wszystkich wykonawców, którzy są zainteresowani udziałem w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, co potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2009r. (sygn. akt KIO/UZP 961/09) Również wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 821/11) w swej treści wskazuje, iż „celem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego

w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku”.

W świetle treści art. 693 kc, który stanowi: „przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu

22

umówiony czynsz”, uznać należy, iż ustawodawca w ogóle nie reguluje kwestii, czy przedmiotem dzierżawy mogą być jedynie rzeczy nowe, czy też także używane. Istotne jest tylko, czy przedmiot dzierżawy jest możliwy do używania zgodnie z jego przeznaczeniem i celem umowy dzierżawy. Jak zasadnie wskazuje A. Lichorowicz w: „System prawa prywatnego”, t. 8, s. 164-167 „przedmiotem dzierżawy mogą być [bowiem]: 1) rzeczy, w tym rzeczy ruchome (np. maszyny, urządzenia, środki transportu, zwierzęta dające pożytki naturalne) (...) - o ile wskazane przedmioty dzierżawy posiadają właściwości umożliwiające obiektywnie korzystanie z nich i czerpanie korzyści (pożytków) przez dzierżawcę”.

W związku z tym Zamawiający oświadczył, iż dopuszczając możliwość złożenia ofert na urządzenia zarówno nowe, jak i używane w żaden sposób nie narusza - tak jak wskazuje Odwołujący - art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. ZARZUT NR 2 i 3- MOŻLIWOŚĆ DOWOLNEJ ZMIANY ZAKRESU ZAMÓWIENIA W RAMACH WYNAGRODZENIA WYKONAWCY -

Zamawiający uwzględnił zarzuty i dodał w OPZ pkt 2a o następującym brzmieniu: „2a.

Ustala się maksymalne i minimalne ilości urządzeń, tj:

Pakiet I

Typ I min. 67 max 71

Typ II min. 33 max 38

Typ III min. 3 max 5

Typ IV min. 2 max 4

TYP V min. 28 max 32

Łącznie: min. 133 szt., max. 150 szt.

Pakiet II

TYP VI min. 133 max 139.

Ustala się minimalny okres dzierżawy dla każdego z urządzeń (Pakiet I i Pakiet II) - 12 miesięcy”.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zamówienie przewidziane jest do realizacji w okresie 48 miesięcy od daty zawarcia umowy. Realizowane będzie nie tylko dla potrzeb Urzędu Miasta B., ale także przez podległe jednostki organizacyjne, w tym szkoły i inne placówki oświatowe oraz przez osobę prawną, której udziałowcem jest Miasto B.. Dlatego też Zamawiający nie jest w stanie wskazać z dokładnością do 1 szt. ilości dzierżawionych urządzeń. Przesądza o tym przede wszystkim otoczenie prawno-organizacyjne. Doświadczenie wskazuje, iż zasadnicza zmiana struktury jednostek organizacyjnych może zostać, decyzją ustawodawcy, dokonana w okresie krótszym niż 12

23

miesiący (zmiana systemu oświaty dokonana na mocy ustawy- Prawo oświatowe przyjęta w dniu 14.12.2016r., przewidywała jej wdrożenie od 1.09.2017r.). Jednakże określenie minimalnej oraz maksymalnej ilości urządzeń czyni nie tylko zadość wymaganiom określonym w art. 29 ustawy Pzp, ale taka konstrukcja pozwala także na dokonanie rzetelnej wyceny składanej oferty. Wykonawcy znając szacowaną ilość urządzeń oraz minimalną i maksymalną ilość urządzeń, jaką będą zobligowani wydzierżawić Zamawiającemu w ramach umowy, mogą skalkulować ryzyko wahań pomiędzy założeniami co do przypuszczalnej ilości urządzeń, a ich maksymalną ilością.

Zamawiający podał również, iż w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajduje wynagrodzenie kosztorysowe. W pkt. XII.1.3) siwz (Sposób obliczenia ceny), jak również w § 7 wzoru umowy (Pakiet I i Pakiet II) Zamawiający określił w jaki sposób będzie ono ustalone, tj.:

1) pkt. XII. 1.3) siwz: „na podstawie ilości faktycznie wydzierżawionych urządzeń oraz ilości wydruków i kopii wykonanych na danym urządzeniu w danym miesiącu rozliczeniowym, których łączna i ostateczna wartość zostanie ustalona na podstawie ceny jednostkowej wynikającej z oferty wybranego wykonawcy”.

2) § 7 wzoru umowy (Pakiet I i Pakiet II): „Rozliczenie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie ustalonych w ofercie Wykonawcy ryczałtowych cen jednostkowych za dzierżawę urządzeń oraz ilości wydruków i kopii wykonanych na danym urządzeniu w danym miesiącu rozliczeniowym”.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 142 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 KC.

Ad. ZARZUT NR 4- KOSZTY PO STRONIE WYKONAWCY

Zamawiający oświadczył, iż uwzględni ten zarzut i podał, iż minimalne i maksymalne ilości urządzeń Zamawiający wskazał w odpowiedzi na zarzut 2 i 3.

Zamawiający wyjaśnił, iż to Wykonawca zobligowany jest skalkulować dostarczenie i instalację każdego urządzenia oddzielnie w cenie dzierżawy tak, jakby instalował urządzenie w innej lokalizacji. Natomiast całkowity koszt zmiany lokalizacji już zainstalowanego urządzenia ponosi Zamawiający, gdyż to on własnym transportem i zasobami ludzkimi przeniesie i zainstaluje urządzenia (Zamawiający zapewnia infrastrukturę sieciową oraz zasilanie w prąd elektryczny). W przypadku uszkodzenia urządzenia, w związku ze zmianą lokalizacji, Zamawiający ponosi koszty uszkodzonych elementów tak jak to wskazano w pkt 3 ppkt. 13 OPZ (koszty uszkodzeń z winy użytkownika).

W związku z powyższy, zdaniem Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 142 Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531, 473 §1 i 2 KC.

Ad. ZARZUT NR 5 - ZMĘCZENIE MATERIAŁU

Zamawiający oświadczył, iż uwzględni ten zarzut i podał, iż nie było i nie jest jego intencją, aby rozszerzyć zakres obciążenia Wykonawcy kosztami napraw uszkodzeń dzierżawionych urządzeń powstałych z winy użytkownika. Zamawiający zabezpiecza się jedynie przed ponoszeniem kosztów naprawy i wymiany elementów zamontowanych w urządzeniu, których wadliwość powstała w wyniku poprawnej eksploatacji urządzenia, ale ze względu na zmęczenie materiału.

Zamawiający wskazał, iż pojęcie „zmęczenie materiału” jest pojęciem powszechnie stosowanym. Oznacza ono po prostu „zjawisko pęknięcia materiału pod wpływem cyklicznie zmieniających się naprężeń” (źródło: Wikipedia).

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający podał, iż pkt 3 ppkt 13) str. 2 OPZ otrzymuje brzmienie :

„jedynie koszty jakie obciążają Zamawiającego zgodnie z OPZ, to koszty dzierżawy urządzeń, koszty wydrukowanych stron (papier do urządzeń zapewnia Zamawiający), koszty naprawy uszkodzeń z winy użytkownika. W szczególności Zamawiającego nie obciążają koszty naprawy uszkodzeń powstałych w wyniku zmęczenia materiału, z zastrzeżeniem iż pojęcie »zmęczenie materiału<, oznacza »zjawisko pęknięcia materiału pod wpływem cyklicznie zmieniających się naprężeń”.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 139 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 473 §1 i 2 KC.

Ad. ZARZUT NR 6 - ZABEZPIECZENIE KASET NA PAPIER

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i podał, iż nie jest w stanie przewidzieć jakie urządzenia dostarczy Wykonawca i wychodząc naprzeciw wszystkim wykonawcom kwestię tę pozostawił ich ocenie i sposobie realizacji. Zamawiający podał, iż za wystarczające zostanie uznane każde zabezpieczenie, które uniemożliwia swobodne otwarcie kasy na papier.

Zdaniem zamawiającego nie wskazując sposobu zabezpieczenia kaset na papier przed kradzieżą papieru w żaden sposób nie naruszył art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Wskazał bowiem, iż sposób zabezpieczenia pozostawia do oceny Wykonawcy. Tak więc to wykonawca decydując się na zastosowanie określonego sposobu, zobowiązany jest skalkulować związane z tym ryzyka i uwzględnić je w cenie oferty, mając przy tym pełną

25

dowolność w zakresie wyboru jw. Możliwość wyboru określonego rozwiązania nie może być utożsamiana

z niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, stanowi bowiem jedynie podstawę do wyboru dowolnego sposobu mającego na celu wypełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Podkreślić należy, iż dopiero wskazanie konkretnego

sposobu

zabezpieczenia mogłoby doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Ad. ZARZUT NR 7- PIN

Zamawiający oświadczył, iż uwzględni ten zarzut i podał, iż zapis pkt 6 ppkt 14) str. 6 OPZ otrzymuje brzmienie:

„Oprogramowanie nie może przechowywać haseł domenowych i powinno mieć możliwości autoryzacji użytkowników za pomocą karty zbliżeniowej lub „ID i PIN” lub „PIN zawierający ID” - w celu pełnej funkcjonalności działania w trybie off-line. W przypadku autoryzacji użytkowników za pomocą „ID i PIN” oraz „PIN zawierający ID” ww. rozwiązania muszą spełniać wymogi określone w części „A” pkt II ust. 2 w zw. z pkt IV ust. 2 zdanie drugie załącznika do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz.U. z 2004r. poz. 1024 z późn. zm.). Oznacza to, że w przypadku braku połączenia sieciowego użytkownik wcześniej zalogowany - przynajmniej raz - ma prawo wykonywać: kopie, drukować i skanować

z wykorzystaniem pamięci przenośnych podłączanych do portu USB”.

oraz w pkt 7 ppkt 2 lit. b) OPZ dodaje się tiret trzeci o treści:

„»PIN zawierający ID« (z zastrzeżeniem pkt 6 ppkt 14)”

Zamawiający wyjaśnił, iż dodanie w pkt. 6 ppkt. 14) OPZ odsyłacza do przepisów ww. rozporządzenia jest konieczne ze względu na to, iż materiały przesyłane do oprogramowania obsługującego dzierżawione urządzenia w celu ich wydrukowania zawierają w przeważającej większości dane osobowe. Zgodnie z §6 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 cytowanego aktu prawnego „uwzględniając kategorie przetwarzanych danych oraz zagrożenia” wprowadza się wśród poziomów bezpieczeństwa przetwarzania danych osobowych w systemie informatycznym „poziom podstawowy”. Stosuje się go, gdy „w systemie informatycznym nie są przetwarzane dane, o których mowa w art. 27 ustawy [o ochronie danych osobowych]”, oraz „żadne z urządzeń systemu informatycznego, służącego do przetwarzania danych osobowych nie jest połączone z siecią publiczną”. Z kolei w załączniku do ww. rozporządzenia przewidziano dla poziomu podstawowego wymóg przydzielenia użytkownikom odrębnego (niezmiennego) identyfikatora oraz zmienianie co 30 dni hasła składającego się co najmniej z 6 znaków.

26

Zaś dostęp do danych winien być możliwy wyłącznie po wprowadzeniu identyfikatora i dokonaniu uwierzytelnienia za pomocą ww. hasła.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 8- RÓWNOWAŻNE MATERIAŁY EKSPLOATACYJNE

Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia ten zarzut i zmienia treść pkt. 9 ppkt. 2) OPZ, który otrzymuje brzmienie:

„We wszystkich dostarczonych urządzeniach wielofunkcyjnych, Wykonawca zobowiązuje się do stosowania (dowolnych) materiałów eksploatacyjnych, które nie będą skutkowały obniżeniem jakości drukowanych i kopiowanych dokumentów oraz zapewnią prawidłowe działanie dzierżawionych urządzeń”- Pakiet nr I i Pakiet nr II.”

Zamawiający podał, iż to Wykonawca bowiem jako profesjonalista działający w danej branży, serwisując jednocześnie dzierżawione urządzenia powinien mieć wiedzę i czy przez świadomość tego, zastosowanie dostarczonych niego materiałów eksploatacyjnych pozwoli na prawidłowe funkcjonowanie dzierżawionych urządzeń i zapewni odpowiednią jakość kopii wydruków.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 9- ZMIANA LOKALIZACJI URZĄDZEŃ

Zamawiający podał, iż podtrzymuje swoje stanowisko, gdyż posiada własne środki i zasoby ludzkie, które pozwalają na wykonanie takiego zadania. Zamawiający jednocześnie dopuszcza możliwość zmiany lokalizacji urządzeń siłami Wykonawcy, jeżeli tego wymaga i jest w stanie samodzielnie oszacować koszty takiej operacji (w przypadku zaistnienia jw. zmianie ulegnie treść §4 ust. 1 pkt 23) Wzoru Umowy- Pakiet I i/lub §4 ust. 1 pkt 17) Wzoru Umowy- Pakiet II). Wbrew twierdzeniom Wykonawcy zmiana lokalizacji urządzenia wymaga jedynie podłączenia do nowego źródła energii elektrycznej oraz sieci teleinformatycznej. Zgodnie z warunkami przewidzianymi w §5 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający zapewnia dostęp urządzenia do zasilania w prąd elektryczny oraz do infrastruktury sieciowej. Zmiana lokalizacji urządzenia nie wymaga ponownego zainstalowania urządzenia, tj. ustawienia sterowników oraz konfiguracji urządzenia. Brak jest też w takich przypadkach konieczności przeprowadzenia przez Wykonawcę ponownego szkolenia użytkowników. Umowa ma zostać zawarta na okres 48 miesięcy.

Zamawiający dodał, iż nie jest w stanie przewidzieć, jakie w tym okresie nastąpią zmiany otoczenia prawno-organizacyjnego. Przykładem może być tutaj wprowadzona przez

27

ustawodawcę zmianą systemu oświaty, w wyniku której Zamawiający zmuszony został do likwidacji 8 samodzielnych gimnazjów (poprzez przeniesienie ich do innych lokalizacji i połączenie z innymi jednostkami).

W związku z powyższym, zdaniem iż Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 142 Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531KC.

Ad. ZARZUT NR 10 - PONOSZENIE PRZEZ WYKONAWCĘ KOSZTÓW WYDRUKU NA URZĄDZENIACH ZASTĘPCZYCH

Zamawiający oświadczył, iż uwzględni ten i zmienia część zapisu (zamieszczonego: w pkt. 9 ppkt. 6) lit. b i c OPZ, w § 4 ust. 1 pkt. 12 lit. b) wzoru umowy (Pakiet I) oraz w § 4 ust. 1 pkt 8) lit. b) wzoru umowy (Pakiet II)) w brzmieniu:

„Wszystkie koszty wydrukowanych stron na urządzeniu zastępczym ponosi Wykonawca” na brzmienie: „Wykonawca dostarczy fakturę, która będzie pomniejszona o koszt wydrukowanych stron podczas naprawy i testów urządzenia będącego w serwisie Wykonawcy oraz zwiększona o koszt wydrukowanych stron na urządzeniu zastępczym. ”

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531KC.

Ad. ZARZUT NR 11 -WYMIANA URZĄDZENIA NA TAKI SAM MODEL

Oświadczył, iż Zamawiający uwzględni ten zarzut i:

- w zakresie Pakietu nr I zmienia treść § 4 ust. 1 pkt 12) lit. c) wzoru umowy -

Pakiet I, który otrzymuje brzmienie:

„w przypadku braku możliwości naprawy uszkodzonego urządzenia Zamawiający dopuszcza wymianę urządzenia na taki sam model lub inny o parametrach nie gorszych niż dotychczas użytkowane urządzenie, które pozwoli jednocześnie na wykorzystanie pełnej funkcjonalności oprogramowania, tak jak urządzenie uszkodzone (bez dodatkowych opłat). Wymiana nastąpi na podstawie protokołów zdawczo odbiorczych zał. do umowy Nr 2 i zał. do umowy Nr 3”,

- w zakresie Pakietu nr II zmienia treść § 4 ust. 1 pkt 8) lit.c) wzoru umowy-

Pakiet II, który otrzymuje brzmienie:

„w przypadku braku możliwości naprawy uszkodzonego urządzenia Zamawiający dopuszcza wymianę urządzenia na taki sam model lub inny o parametrach nie gorszych niż dotychczas użytkowane urządzenia, bez dodatkowych opłat. Wymiana nastąpi na podstawie protokołów zdawczo odbiorczych zał. do umowy Nr 2 i zał. do umowy Nr 3”,

28

W związku z jw. zmianie ulega również zapis zamieszczony w pkt. 9 ppkt. 6) lit.d) OPZ, który otrzymuje brzmienie: „w przypadku braku możliwości naprawy uszkodzonego urządzenia Zamawiający dopuszcza:

- wymianę urządzenia na taki sam model lub inny o parametrach nie gorszych niż dotychczas użytkowane urządzenie, które pozwoli jednocześnie na wykorzystanie pełnej funkcjonalności oprogramowania, tak jak urządzenie uszkodzone (bez dodatkowych opłat).- w zakresie Pakietu nr I,

- wymianę urządzenia na taki sam model lub inny o parametrach nie gorszych niż dotychczas użytkowane urządzenie, bez dodatkowych opłat - w zakresie Pakietu nr II.

Wymiana nastąpi na podstawie protokołów zdawczo odbiorczych zał. do umowy nr 2 i zał. do umowy nr 3”.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC.

Ad. ZARZUT NR 12 - ODBIÓR ZUŻYTYCH MATERIAŁÓW EKSPLOATACYJNYCH

Zamawiający oświadczył, iż uwzględni ten zarzut i zmienia zapisy zamieszczone w § 4 ust. 1 pkt 9) Wzoru umowy - Pakiet nr I oraz w § 4 ust. 1 pkt. 5) Wzoru umowy - Pakiet II - poprzez wprowadzenie zapisu w brzmieniu:

„odbierania zużytych materiałów eksploatacyjnych we własnych workach lub pojemnikach. Odbiór ww. materiałów eksploatacyjnych następuje jeden raz w miesiącu, w dzień roboczy, w godzinach pracy Zamawiającego (Jednostki). Zamawiający (Jednostka) zgłasza Wykonawcy drogą elektroniczną konieczność odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych do 10 dnia każdego miesiąca. Odbiór winien nastąpić najpóźniej w 5 dniu roboczym po 10 dniu każdego miesiąca”.

W ocenie Zamawiającego żądanie Wykonawcy zawarte w odwołaniu (aby do wzoru umowy wprowadzić zapis, iż Wykonawca będzie raz w miesiącu odbierał od każdej jednostki zużyte materiały eksploatacyjne) wprowadzałoby nadmierny i niejednoznaczny wymóg obciążający Wykonawcę. Liczba jednostek, w których zlokalizowane będą dzierżawione urządzenia wynoszą (wraz z Zamawiającym) 115. Zużycie materiałów eksploatacyjnych jest uzależnione od wielkości jednostki. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, iż znaczna część jednostek nie wymaga odbierania od nich zużytych materiałów eksploatacyjnych w

każdym miesiącu. W tym stanie rzeczy zasadne jest wprowadzenie powiadamiania Wykonawcy przez Zamawiającego (Jednostkę) o potrzebie odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych. Powiadamianie owo zezwala na zapewnienie odbioru ze wszystkich wymagających tego jednostek w jeden dzień.

29

W związku z powyższym, zdaniem iż Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 13 - UTRZYMANIE MINIMALNEGO STANU MAGAZYNOWEGO

Zamawiający oświadczył, iż uwzględni ten zarzut poprzez zmianę treści §4 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy w zakresie Pakietu I oraz §

4 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy w zakresie Pakietu

II w sposób następujący:

§ 4 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy (Pakiet I) oraz § 4 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (Pakiet II) otrzymują brzmienie: „utrzymania *minimalnego stanu magazynowego u Zamawiającego, tj. kompletu materiałów eksploatacyjnych zapewniających ciągłość pracy urządzeń będących przedmiotem niniejszej umowy. Koszty zakupu i dostarczenia materiałów eksploatacyjnych (w tym tonerów) leżą po stronie wykonawcy i muszą być uwzględnione w cenie wydrukowanej strony. Natomiast czynność zamontowania tonera będzie wykonywana przez Zamawiającego. Zamawiający zwróci po zakończeniu umowy niewykorzystane materiały eksploatacyjne dostarczone przez Wykonawcę. Zamawiający nie przewiduje powiadamiania Wykonawcy*

o bieżącym wykorzystaniu materiałów eksploatacyjnych w poszczególnych urządzeniach. Wykonawca może w dowolnym terminie, w godzinach pracy Zamawiającego weryfikować stan zużycia materiałów eksploatacyjnych na swój koszt, jeżeli jest mu to niezbędne”.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 14 - ZAWIADOMIENIA

Zamawiający oświadczył, iż nie zmienia zapisu, gdyż w § 6 wzoru umowy - Pakiet I i Pakiet II przewidział opcję dotyczącą wskazania koordynatorów w zakresie wykonywania obowiązków umownych zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Przed zawarciem umowy dane jw., łącznie z nr telefonów i adresami e-mail, zostaną uzupełnione. Taki sposób ukształtowania zapisów umownych winien prowadzić do jedynego racjonalnego wniosku, iż powiadomienia (o których mowa jest w §4 pkt 12 lit. b), str. 3 Wzoru Umowy- Pakiet nr 1 oraz w §4 ust. 1 pkt 8 lit.b), str. 2 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2) należy przekazywać do ww. koordynatorów.

Zamawiający stwierdził, iż nie narusza art. 29 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 15- URZĄDZENIE ZASTĘPCZE PO AWARII Z WINY UŻYTKOWNIKA

Zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzut i zmienia treść:

• § 4 ust. 1 pkt 12) lit. f) wzoru umowy- Pakiet nr I oraz § 4 ust. 1 pkt 8) lit.f) wzoru umowy - Pakiet nr II, które otrzymują brzmienie: „w sytuacji gdy usterka wyniknie z

30

winy użytkownika - serwis nie obejmuje napraw wymiany wszystkich części (w tym także obudowy, zawiasów). Wykonawca jednakże ma obowiązek dokonania naprawy urządzenia w ciągu 5 dni roboczych od chwili zgłoszenia”

• § 9 ust. 2 pkt 1) lit. e) wzoru umowy - Pakiet nr I oraz § 9 ust. 2 pkt 1) lit.c) wzoru umowy - Pakiet nr II, które otrzymują brzmienie: „za opóźnienie w dostarczeniu materiałów eksploatacyjnych, odbiorze zużytych tonerów i pojemników oraz w dokonaniu naprawy urządzenia (w sytuacji gdy usterka wyniknie z winy użytkownika), w wysokości 100,00 zł za każdy dzień roboczy opóźnienia”;

Nadto, Zamawiający podał, że w pkt 3, ppkt 13) OPZ, wskazano wyraźnie, iż koszty uszkodzeń z winy użytkownika obciążają Zamawiającego.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie występuje naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353 i 473 § 1 KC.

Ad. ZARZUT NR 16-WYMIANA URZĄDZENIA PO TRZYKROTNYM ZGŁOSZENIU AWARII

Zamawiający podał, iż częściowo uznaje zarzut i zmienia część zapisu zamieszczonego w § 4 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy- Pakiet nr I oraz w § 4 ust. 1 pkt. 10)

wzoru umowy - Pakiet II - poprzez zmianę zapisu w brzmieniu „dowolnej awarii” na zapis w brzmieniu: „takiej samej awarii”.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie narusza on art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 17-SZKOLENIA

Zamawiający podał, iż uznaje zarzut jw. i wprowadza w OPZ w pkt 3 ppkt 18 o treści:

„18. Szkolenia :

a) *miejsce przeprowadzenia szkolenia - siedziba Zamawiającego (Jednostki) w miejscu instalacji urządzenia,*

b) *ilość osób - nie więcej niż 10 osób przy każdym urządzeniu,*

c) *ilość szkoleń będzie odpowiadała ilości dostarczonych urządzeń.*

W zakresie Pakietu I - szkolenie dla administratorów oprogramowania odbędzie się w siedzibie Zamawiającego, ilość osób: min. 6 (pkt. 9 ppkt 5) lit. d) OPZ), max. 10”.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie narusza on art. 29 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 18-UZUPEŁNIANIE PAPIERU

Zamawiający podał, iż uznaje zarzut za niezasadny, ponieważ zapis zawarty w §5 pkt 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1 oraz w §5 pkt 3) Wzoru Umowy- Pakiet nr 2 stwierdza jedynie,

31

iż to do obowiązków Zamawiającego należy czynność uzupełniania papieru do drukowania w dzierżawionych urządzeniach. Zamawiający spotkał się bowiem z zapisem umownym, gdzie czynność uzupełniania papieru w urządzeniach kserograficznych wykonywana jest przez osobę zapewnioną przez Dostawcę owych urządzeń. Zamawiający dodał, iż zapisy zawarte we wzorach umowy w ogóle nie odnoszą się do kwestii „kosztów naprawy urządzenia w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia papieru, w tym, używania niewłaściwego papieru lub uzupełnienia papieru w niewłaściwy sposób”. W świetle zapisu pkt 3 ppkt 13 OPZ rzeczą oczywistą jest to, iż naprawa urządzenia uszkodzonego wskutek dokonania wyżej opisanych czynności przez pracowników Zamawiającego następuje z winy użytkownika, czyli na koszt Zamawiającego.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie narusza on art. 29 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 19 i 20- WYPOWIEDZENIE, ZMIANA ZAKRESU ZAMÓWIENIA

Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na zarzut nr 2 i 3 wprowadził do OPZ zapisy dotyczące minimalnych i maksymalnych ilości zamawianych urządzeń oraz określił minimalny czas trwania dzierżawy urządzenia. W tym kontekście rezygnacja z konkretnych urządzeń

w trakcie obowiązywania umowy dotyczy tylko tej ich liczby, która przewyższa liczbę minimalną danego typu urządzeń wskazaną w pkt 2a OPZ.

Zamawiający dodał, iż przedmiotowe zamówienie jest realizowane w okresie 48 miesięcy od daty zawarcia umowy, a także w imieniu i na rzecz jednostek organizacyjnych, szkół i jednostek oświatowych oraz osób prawnych, których udziałowcem jest Miasto Bydgoszcz. Dlatego też Zamawiający wprowadził zapis, iż „ilość urządzeń wielofunkcyjnych objętych przedmiotem zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w każdym czasie trwania umowy”. Wskazać należy w tym miejscu, iż w okresie 4 lat mogą wystąpić okoliczności (np. część ww. jednostek może ulec likwidacji, mogą ulec zmianie potrzeby ww. jednostek) - na które Zamawiający nie ma wpływu - skutkujące koniecznością zmiany ilości dzierżawionych urządzeń. W związku z jw. w treści § 5 wzoru umowy (Pakiet I i Pakiet II) Zamawiający przewidział możliwość rezygnacji z niektórych urządzeń, z zachowaniem 30-dniowego terminu wypowiedzenia dzierżawy konkretnego urządzenia.

W związku z powyższym, zdaniem iż Zamawiającego nie występuje naruszenie art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 3531KC, art. 142 ust. 1 Pzp.

Ad. ZARZUT NR 21- ZMIANY WYNAGRODZENIA

Zamawiający oświadczył, że uznaje zarzut wskazany przez Odwołującego i zmienia treść § 7 ust. 5 wzoru umowy (Pakiet I i Pakiet II), który otrzymuje brzmienie:

32

„Ceny jednostkowe nie mogą ulec podwyższeniu w trakcie realizacji przedmiotu umowy, z zastrzeżeniem §11 ust. 4 umowy” oraz zmienia treść § 11 wzoru umowy poprzez wprowadzenie ust. 4 o brzmieniu: „W przypadku zaistnienia jednej z okoliczności, o których

mowa w ust. 3 lit. f), g), h) zmianie ulegnie wynagrodzenie wykonawcy, tj.:

1) w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 lit. f) wartość netto wynagrodzenia

Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów,

2) w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 lit. g) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia,

3) w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 lit. h) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego

Wykonawca zobowiązany będzie wykazać wpływ zmiany wskazanych wyżej regulacji na koszty wykonania zamówienia.

Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od wejścia w życie zmian jw."

Zamawiający dodał, iż dokonana zmiana Wzoru umowy reguluje kwestie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w sposób tożsamy z wyrokiem KIO z dnia 9 marca 2015r. (sygn. akt: KIO 346/15).

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie narusza on art. 142 ust. 5 pkt.

1)-3) Pzp oraz art. 142 ust. 5 pkt 1) Pzp, art. 139 ust.1 Pzp w zw. z art. 5 KC.

Ad. ZARZUT NR 22 • KARY UMOWNE

Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzut i dokonuje zmiany treści §9 ust. 2 pkt

1) lit. b) i c) str. 7 Wzoru Umowy- Pakiet nr 1, które otrzymują brzmienie :

„b). „za opóźnienie w przywróceniu ciągłości pracy oprogramowania niezbędnego do monitorowania wydruku, zarządzania flotą urządzeń oraz zarządzania wydrukiem podążającym i poufnym w wysokości 200,00 zł, za każdy dzień roboczy opóźnienia w przypadku pozostałych awarii,

33

c) „za opóźnienie w przywróceniu ciągłości pracy oprogramowania niezbędnego do monitorowania wydruku, zarządzania flotą urządzeń oraz zarządzania wydrukiem podążającym i poufnym w wysokości 50,00 zł, za każdą godzinę opóźnienia w godzinach pracy Zamawiającego w przypadku awarii krytycznych”.

Nadto, Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż definicja „awarii krytycznych” została zamieszczona w § 4 ust. 1 pkt 16 lit. a wzoru umowy w zakresie Pakietu I oraz wyjaśnił, iż przez określenie „pozostałe awarie” należy rozumieć wszystkie te awarie, które nie są awariami krytycznymi.

Zamawiający zwrócił także uwagę, iż Odwołujący niesłusznie wskazuje na niewłaściwe określenie kar umownych w odniesieniu do awarii krytycznych/niekrytycznych w zakresie Pakietu II. Pakiet II bowiem nie obejmuje swym zakresem dostarczenia oprogramowania, zaś Wzór umowy dot. tego Pakietu w ogóle nie zawiera zapisów, których dotyczy Zarzut nr 22.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego nie narusza on art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353 i KC i 483 § 1 KC.

W podsumowaniu Zamawiający wskazał, iż uwzględnił część zarzutów, zmieniając postanowienia OPZ, jak również dokonując zmian postanowień wzoru umowy (Pakiet I, Pakiet II). Zamawiający uchylił zapisy, które mogły budzić wątpliwości w zakresie zarzutu naruszenia artykułów wskazanych przez Odwołującego. Zmodyfikowana treść wzoru umowy (Pakiet I, Pakiet II) jest zgodna z żądaniami Odwołującego, a zatem w obecnym kształcie, zdaniem Zamawiającego zapisy SIWZ nie naruszają przepisów Pzp. Zamawiający podał, iż uwzględnił w całości:

- zarzut nr 2, 3 - określono maksymalną i minimalną liczbę urządzeń, minimalny okres okresu dzierżawy, wskazano iż zwiększenie zakresu zamówienia będzie oznaczało zwiększenie wynagrodzenia (gdyż wynagrodzenie Wykonawcy jest kosztorysowe),

- zarzut nr 4 - określono maksymalną i minimalną liczbę urządzeń, minimalny okres okresu dzierżawy, zapewniono możliwość oddzielnej wyceny dostarczenia, wdrożenia,

instalacji i uruchomienia każdego dodatkowego urządzenia (gdyż wynagrodzenie Wykonawcy jest kosztorysowe). Nie uwzględniono możliwości wyceny przez Wykonawcę każdej zmiany lokalizacji urządzenia (czynności z tym związane dokonywać będzie Zamawiający),

34

- zarzut nr 5 - wyjaśniono, iż koszty napraw uszkodzeń powstałych z winy użytkownika obciążają Zamawiającego oraz zawarto we Wzorze umowy definicję pojęcia „zmęczenia materiału”,
- zarzut nr 7 - wprowadzono do OPZ możliwość autoryzacji użytkowników za pomocą „PIN zawierającego ID”,
- zarzut nr 8 - usunięto z OPZ zapisy dotyczące konieczności stosowania nowych materiałów eksploatacyjnych, jak i zapisy dotyczące stosowania materiałów równoważnych,
- zarzut nr 10 - usunięto z OPZ i Wzoru umowy zapis nakazujący Wykonawcy zapewnienie bezpłatnego wydrukowania stron na urządzeniach zastępczych,
- zarzut nr 11 - dopuszczono możliwość wymiany uszkodzonych urządzeń na inne o parametrach nie gorszych, niż dotychczas użytkowane urządzenie,
- zarzut nr 12 - wprowadzono zasadę odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych jeden raz w miesiącu,
- zarzut nr 13 - wprowadzono do Wzoru umowy zapisy określające kto będzie wymieniał komplet materiałów. Określono też, że Zamawiający zwróci po zakończeniu umowy niewykorzystane materiały eksploatacyjne. Wskazano na możliwość w każdym czasie weryfikowania przez Wykonawcę stanu zużycia materiałów eksploatacyjnych,
- zarzut nr 15 - zrezygnowano z konieczności dostarczenia urządzenia zastępczego przy awarii z winy użytkownika,
- zarzut nr 17 - we Wzorze umowy wskazano miejsce przeprowadzenia szkoleń, liczbę szkoleń oraz liczbę użytkowników do przeszkolenia,
- zarzut nr 21 - we Wzorze umowy doprecyzowano zapisy dotyczące zmiany wynagrodzenia w przypadku zaistnienia przesłanki z art. 142 ust. 5 pkt 1-3 Pzp,
- zarzut nr 22 - we Wzorze umowy ujednolicono zapisy dot. kar umownych w zakresie awarii krytycznych i pozostałych awarii.

natomiast w części uwzględnił:

- zarzut nr 9 - umożliwiono zmianę lokalizacji urządzeń siłami Wykonawcy, odmówiono wyrażenia zgody na wycenę zmiany lokalizacji siłami Wykonawcy,
- zarzut nr 16 - dokonano zmiany Wzoru umowy przewidując dla Zamawiającego możliwość zgłoszenia urządzenia do wymiany, jeśli w okresie miesiąca trzykrotnie nastąpi taka sama awaria.

35

Zamawiający podał także, że zarzuty nie uwzględnione to:

- Zarzut nr 1, bowiem podtrzymano możliwość zaoferowania również urządzeń używanych,
- Zarzut nr 6, bowiem odmówiono doprecyzowania sposobu zabezpieczenia kaset na papier przed kradzieżą papieru,
- Zarzut nr 14, bowiem odmówiono odrębnego wskazania osób i adresów kontaktowych uprawnionych do odbioru zawiadomień Wykonawcy o przedłużonym czasie trwania prac serwisowych. Osobami do tego uprawnionymi są koordynatorzy wyznaczeni przez Zamawiającego (Jednostki), wymienieni w §6 Wzoru umowy,
- Zarzut nr 18, bowiem odmówiono umieszczenia we Wzorze umowy dodatkowego zapisu, iż Zamawiający ponosił będzie koszt naprawy urządzeń w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia papieru, w tym używania niewłaściwego papieru lub uzupełnienia papieru w niewłaściwy sposób” z uwagi na to, iż kwestie te reguluje pkt 3 ppkt 13 OPZ wskazujący, iż koszty ww. napraw ponosił będzie Zamawiający,
- Zarzuty nr 19 i 20, bowiem odmówiono usunięcia ze Wzoru umowy zapisu umożliwiającego w trakcie realizacji umowy rezygnację z dzierżawy niektórych urządzeń, z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia. Jednocześnie uwzględnienie zarzutów nr 2 i 3 poprzez wprowadzenie minimalnej i maksymalnej liczby dzierżawionych urządzeń powoduje, iż praktyczny zakres ww. zapisu umownego odnosi się do możliwości dzierżawy 4

urządzeń Typu I, 5 urządzeń Typu II, 2 urządzeń Typu III, 2 urządzeń Typu IV, 4 urządzeń Typu V i 6 urządzeń Typu VI.

Zamawiający zaznaczył, iż jego zdaniem, w odniesieniu do nieuznanych, bądź częściowo uznanych (zmodyfikowanych):

1) zarzutów nr: 1, 6, 9, 14, 16 i 18, w żaden sposób nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Przedmiot zamówienia opisał bowiem w sposób adekwatny i proporcjonalny do swoich potrzeb oraz możliwości finansowych. Nie określił warunków zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego wykonawcę, ani też nie wskazał wymogów i parametrów dla przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż może je spełnić tylko jeden wykonawca. Jak wielokrotnie podkreśla się w orzecznictwie - przestrzeganie tych zasad nie oznacza, że zamawiający ma w taki sposób przygotować i przeprowadzić postępowania, aby dopuścić wszystkich wykonawców działających na rynku, mogących wykonać dane zamówienie „Uczciwa konkurencja powinna być definiowana jako dążenie do uzyskania jak najlepszych ofert, a nie dostosowywanie (minimalizowanie) wymagań do odpowiadających danemu wykonawcy. Wysokie wymagania same w sobie nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji, lecz są nakierowane na wysoką jakość usługi” (wyrok KIO

36

z dnia 6 listopada 2015 r., sygn. akt KIO2331/15). W szczególności pośrednie ograniczenie dostępu do zamówienia musi być oceniane przez pryzmat uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jak słusznie zauważa KIO w wyroku z dnia 1 września 2015 r. (sygn. akt. KIO 1790/15) „Ograniczenia uczciwej konkurencji nie można pojmować jako „równanie w dół”, aby każdy chętny mógł wziąć udział w postępowaniu, ale jako dążenie do uzyskania jak najlepszych ofert. Wysokie wymagania zatem same w sobie nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji”. Przy czym każdy wymóg musi być przez zamawiającego ustalany w sposób obiektywny, uzasadniony jego potrzebami i przeznaczeniem danego przedmiotu zamówienia. Trafnie to zostało ujęte w wyroku KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., (sygn. akt KIO 1107/15, KIO 1114/15), iż „Właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p.”

2) zarzutów 9, 19 i 20, również w żaden sposób nie narusza art. 142 Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 353 i KC czy też art. 473 §1 i 2 KC. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nietrafnie przywołuje ww. artykuły, gdyż ww. zapisy nie naruszają ustawy, jak również zasad współżycia społecznego. Stosownie do art. 353 i KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przede wszystkim należy zauważyć, iż realizacja zasady swobody umów nie przejawia się zawsze równorzędnością stron cywilnoprawnej umowy. Zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 16.02.2011r. sygn. akt KIO/225/11 „powoływanie się na zasady współżycia społecznego w obrocie gospodarczym, w którym występuje profesjonalny podmiot mają bardzo ograniczone działanie ... istnienie w kontrakcie niekorzystnych postanowień, które mogą mieć wpływ na cenę i osiągnięty przez Wykonawcę zysk nie stanowią o tym, iż postanowienia te wymierzone są przeciwko zasadom współżycia społecznego”. Sporne postanowienia SIWZ mieszczą się w całości w formule określonej na gruncie art. 456 KC, w myśl której, jeżeli strony zastrzegły w umowie, że spełnienie świadczenia następować będzie częściami w ciągu określonego czasu, ale nie ustaliły wielkości poszczególnych świadczeń częściowych albo terminów, w których ma nastąpić spełnienie każdego z tych świadczeń, wierzyciel może przez oświadczenie, złożone dłużnikowi w czasie właściwym, ustalić zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednakże powinien uwzględnić możliwości dłużnika oraz sposób spełnienia świadczenia. Uznając zarzut nr 2 i 3, Zamawiający określił minimalną i maksymalną ilość urządzeń wielofunkcyjnych, co pozwala wykonawcy na uzyskanie stanu gotowości do wykonania zobowiązania, a wskazanie sposobu realizacji zamówienia pozwala

37

również wykonawcy na odpowiednio wcześniejsze zorganizowanie czynności logistycznych. Dysproporcja pomiędzy określonymi w umowie wzajemnymi świadczeniami stron nie stanowi

dostatecznej przesłanki do uznania umowy za sprzeczną z prawem. Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zbliżone w swym charakterze do umów adhezyjnych, co potwierdzają wyroki KIO z dnia: 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09 oraz 26 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1547/09, a wynika to, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, ale z tego, iż to Zamawiający działa w interesie publicznym. Tak więc na gruncie ustawy Pzp mamy do czynienia ze swoistym ograniczeniem swobody umów, określonej w art. 353¹ k.c., które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy „Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może się starać przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a nawet w ramach swobody umów wręcz narzucić pewne postanowienia umowy we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich właśnie warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 67/08). Oznacza to więc, iż nie jest właściwym utożsamianie przez Odwołującego ryzyk związanych z realizacją umowy, w tym przede wszystkim ich podziału pomiędzy strony stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem zasady równości stron danego stosunku zobowiązaniowego. To bowiem Odwołujący, jako Wykonawca sporządzając ofertę i kalkulując jej cenę, powinien w niej ująć także koszt dodatkowych ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez niego cena ofertowa powinna więc zabezpieczać jego interesy niezależnie od tego jak duże ryzyko zostanie mu przypisane. Tak więc, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ KC, powyższe nie uchybia zasadzie swobody umów, gdyż to wykonawca, może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Natomiast wystąpienia tych przesłanek, tj. zaistnienia sytuacji, w której treść i cel stosunku zobowiązaniowego, który ma powstać pomiędzy stronami, sprzeciwiałby się właściwości tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego Odwołujący nie wykazał.

Pismem z dnia 20 października 2017 r. swoje przystąpienie do postępowania po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca G. S. I. Spółka z o.o. (dalej: „Przystępujący”). Przystępujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, z uwagi na to, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia oraz poprzez opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą

38

konkurencję powoduje, że jego interes doznał uszczerbku. W ocenie Przystępującego objęte odwołaniem czynności uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, w związku z tym ma interes w tym, aby postanowienia SIWZ umożliwiały jej złożenie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania Przystępującego po stronie Odwołującego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Dzierżawa i serwis urządzeń wielofunkcyjnych wraz z

oprogramowaniem na potrzeby Urzędu Miasta B., miejskich jednostek organizacyjnych, szkół i jednostek oświatowych Miasta B. oraz osób prawnych, których udziałowcem jest Miasto B.”.

Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części (pakiety) i obejmuje:

1) Pakiet I - urządzenia wielofunkcyjne laserowe monochromatyczne i kolorowe wraz z oprogramowaniem:

a) pozwalającym na realizację wydruku podążającego i poufnego (oprogramowanie wraz z licencjami pozwalające na aktualizację oprogramowania do najnowszej dostępnej wersji i użytkowanie do czasu trwania umowy dzierżawy urządzeń)

39

b) pozwalającym na monitorowanie kosztów wydruku, liczby drukowanych stron i zarządzanie flotą urządzeń (oprogramowanie wraz z licencjami pozwalające na aktualizację oprogramowania do najnowszej dostępnej wersji w czasie trwania dzierżawy i jej użytkowanie po zakończeniu okresu dzierżawy urządzeń).

Pakiet II- urządzenia wielofunkcyjne laserowe i kolorowe

Odwolujący wycofał zarzuty nr 2, 3, 5, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 17.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, których Odwołujący nie wycofał, uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie należy zauważyć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu, podniesionego w ramach środka ochrony prawnej, dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań, co do jego nowej treści. Odwołujący formułując swoje żądania wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Ciężar dowodu stawianych zarzutów spoczywa na stronie, która wywodzi z nich skutki prawne. Stosownie do art. 190 ust. 1 Pzp strony są obowiązane do przedkładania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne do zamknięcia rozprawy.

Stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Każda czynność podejmowana w postępowaniu o zamówienie publiczne podlega zaskarżeniu przez wykonawców, jeżeli narusza przepisy Pzp i narusza interes wykonawców w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp. Dokonana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zmiana SIWZ, o której wykonawcy mogą powziąć wiadomość ze strony internetowej Zamawiającego, w zakresie, w jakim jest odmienna od treści żądań i zarzutów Odwołującego bądź wychodzi ponad te zarzuty i żądania, jako odrębna czynność podlega odrębnemu zaskarżeniu (por. wyrok KIO z 21 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1684/12).

40

Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy, odnosząc się do zarzutów w chronologii przyjętej w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz podtrzymanych na rozprawie, należy stwierdzić, co następuje:

Ad. zarzut nr 1

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję polegające na dopuszczeniu urządzeń używanych, a przez to zużytych, awaryjnych o nieporównywalnej jakości do urządzeń nowych, skutkiem czego oferty złożone w Postępowaniu mogą być nieporównywalne, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego. Odwołujący żąda, aby Zamawiający zmienił pkt 3 ust. 4 lit. a i b OPZ, stanowiący załącznik do SIWZ poprzez niedopuszczenie składania ofert dzierżawy urządzeń używanych, tj. aby ograniczył możliwość dostarczenia urządzeń wyłącznie do fabrycznie nowych.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym.

Odwołujący, twierdzi iż poprzez dopuszczenie urządzeń używanych, bez określenia stanu zużycia i bez wzięcia pod uwagę, że część producentów określa czas eksploatacji urządzeń na 5 lat, Zamawiający uniemożliwia wykonawcom konkurencję na zasadach rynkowych, ponieważ wykonawcy, którzy zaoferują urządzenia nowe nie będą w stanie konkurować z zużytymi urządzeniami oraz, że będzie to skutkowało tanimi,

cenę a otrzyma urządzenia, nieporównywalnością ofert, Zamawiający z których nie będzie w stanie w pełni korzystać.

Na dowód powyższych twierdzeń, Odwołujący przedstawił na rozprawie wyciągi ze specyfikacji produktów przez siebie produkowanych, które wskazują, iż te produkty mają żywotność 5 lat lub określoną liczbę wydruków. Nadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zastosował tylko jedno ograniczenie tj. rok produkcji, a powinien zastosować ograniczenie, co do liczby wydruków, bowiem to jest kluczowe dla realizacji zamówienia. Ponadto Odwołujący stwierdził, iż dopuszczenie dostarczenia urządzeń używanych nie pozwala wykonawcy na weryfikację oferty konkurencji oraz nie pozwala Zamawiającemu na pozyskanie wiedzy, jaki sprzęt jest mu oferowany, a w konsekwencji czy oferta jest prawidłowo skalkulowana, jak również czy jest zgodna z SIWZ. Jednocześnie Odwołujący przyznał, że zakwestionowany przez niego przepis nie pozbawia go możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, jednak jego zdaniem jedynie ograniczenie do dostarczenia urządzeń nowych pozwoliłoby mu na uczestniczenie na równych zasadach.

41

Zamawiający stwierdził na rozprawie, iż obecna argumentacja i sposób formułowania zarzutu przez Odwołującego w zakresie, w jakim dotyczy ilości wydruków oraz braku możliwości weryfikowania, jest zarzutem spóźnionym, ponieważ nie był podniesiony w odwołaniu. Ponadto wskazał, iż w treści formularza oferty przewidział wymóg złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że oferowane urządzenia zostały wyprodukowane nie wcześniej niż w 2014 roku dla pakietu I i w 2012 roku dla pakietu II. Nadto wykonawcy powinni w ofercie określić model urządzenia, a to pozwala mu na weryfikację okresu, z jakiego pochodzą. Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu zostaną dostarczone urządzenia, które mogą pracować, z tym, że mogą wymagać większych nakładów serwisowych np. wymiany części. Dodał, że Odwołujący podejmował się serwisu także urządzeń 8 lub 10 letnich, co oznacza, że takie również pracują. Ponadto każde z urządzeń ma kartę wzoru jakości wydruku, zgodnie z którą oceniana jest przydatność takiego urządzenia do celu jakiego ma służyć, natomiast we wzorze umowy zostały wprowadzone postanowienia dotyczące okresowego sprawdzania jakości kopii. Daje to wykonawcy wiedzę, że kalkulując ofertę musi dostarczyć kartę testową dla każdego urządzenia, a to oznacza, że urządzenie musi być sprawne i zdolne do wykorzystania w założonym celu. Ponadto przepisy dotyczące kar umownych dają wykonawcy wiedzę, że nie mogą dostarczyć niesprawnych urządzeń, bowiem te nie będą odebrane przez Zamawiającego, a nadto, gdyby jednak to nastąpiło, to będzie musiał zapłacić kary umowne. Elementem ceny w przedmiotowym postępowaniu jest wysokość czynszu dzierżawnego oraz opłata za kserowanie każdej strony. Zdaniem Zamawiającego ograniczenie tylko do urządzeń nowych mogłoby wpływać na ograniczenie konkurencji.

W ocenie Izby sposób sformułowania przez Odwołującego zarzutu i towarzyszącego mu żądania wskazuje, że Odwołujący zmierza do tego, aby Zamawiający ograniczył swoje wymagania do urządzeń jedynie fabrycznie nowych, a więc w rzeczywistości zawęził konkurencję, preferując producentów urządzeń, którzy jednocześnie występują, jako wykonawcy. Odwołanie się przez Odwołującego jedynie do własnych specyfikacji produkowanych przez niego urządzeń, przy jednoczesnym braku zaprzeczenia, iż podejmował się serwisu urządzeń 8 czy 10 letnich urządzeń, wskazuje, że nie znajduje potwierdzenia jego argumentacja, że jeżeli Zamawiający otrzyma używane urządzenia, to będą to urządzenia zużyte i praktycznie niesprawne.

Gospodarzem postępowania o zamówienie publiczne jest Zamawiający, to on określa swoje uzasadnione potrzeby i wszczyna postępowanie w celu ich zabezpieczenia. Żaden ze wskazanych przez Odwołującego w zarzutach przepisów ustawy nie zabrania zamawiającemu dzierżawy urządzeń używanych, gdy potrzebuje dokonywać określonych kopii.

Należy zwrócić uwagę, iż przedmiotem umowy jest dzierżawa urządzeń, a nie ich zakup, zaś na cenę oferty składa się kwota stanowiąca czynsz dzierżawny oraz opłata za sporządzenie kopii, a nie cena sprzedaży. Zatem za nietrafne należy uznać twierdzenie Odwołującego, iż ceny będą nieporównywalne i nieweryfikowalne. Określając czynsz dzierżawy każdy z wykonawców będzie mógł go skalkulować na zasadach zgodnych z przepisami, przy czym jest zrozumiałe, że przy urządzeniach używanych, które z reguły są tańsze niż nowe, wykonawcy będą musieli uwzględnić wyższe koszty serwisu, niż przy urządzeniach fabrycznie nowych. Nie wpływa to jednak, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu na brak możliwości porównania ofert.

Na marginesie należy zauważyć, że gdyby w dzierżawę mogły być oddawane wyłącznie nowe urządzenia, te też mogłyby się różnić m.in. skalkulowanymi kosztami serwisu, a w konsekwencji ceną oferty także z tego względu.

Ad. Zarzut nr 4

Zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia oraz art. 142 ustawy, art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 58 §1 i 2 i art. 353 i k.c., 473 § 1 i 2 k.c. poprzez przeliczenie na wykonawcę kosztów i odpowiedzialności za okoliczności, na które nie ma wpływu, związane ze zmianą zakresu zamówienia przez Zamawiającego. Stawiając taki zarzut Odwołujący żąda: *modyfikacji pkt 3 ust. 12) OPZ poprzez określenie konkretnej liczby urządzeń, które ma dostarczyć wykonawca, ewentualnie: zmianę poprzez określenie minimalnej i maksymalnej liczby dzierżawionych urządzeń oraz okresu dzierżawy dla każdego z urządzeń, jak również zapewnienie możliwości oddzielnej wyceny w ofercie kosztów związanych z z dostarczeniem, wdrożeniem, instalacją, uruchomieniem urządzeń w przypadku każdego dodatkowego urządzenia oraz każdej zmiany lokalizacji.*

Pkt 3 ust. 12 OPZ stanowi: „12) wszelkie koszty związane z dostarczeniem, wdrożeniem, instalacją, uruchomieniem urządzeń muszą być wliczone w cenę oferty dzierżawy”

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutu i określenia przez Zamawiającego jedynie minimalnej i maksymalnej ilości urządzeń, które ma dostarczyć wykonawca, Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż ogranicza zarzut do pozostałej części żądania ewentualnego zawartego w odwołaniu i zmiany SIWZ w taki sposób, aby przewidywała oddzielną wycenę dla każdej zmiany lokalizacji oraz żeby ta zmiana lokalizacji w zakresie transportu i instalacji była wykonywana przez wykonawcę, a nie Zamawiającego.

Na poparcie swojego żądania Odwołujący złożył SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego, gdzie była podana ilość relokacji i informacja, że będzie wystawiane stosowne zlecenie, jak również przedłożył oświadczenie kierownika wsparcia technicznego Odwołującego, z którego wynika, że każdy zamiar relokacji zainstalowanych urządzeń Odwołującego powinien być zlecony i wykonany przez serwis Odwołującego.

Zamawiający na rozprawie stwierdził, m.in. iż nie zakłada zmiany lokalizacji, jednak, gdyby taka sytuacja wystąpiła, to jest w stanie własnymi siłami i środkami dokonać relokacji urządzeń, zatrudnia bowiem wykwalifikowany personel, który ma do czynienia z jakie obejmuje iż urządzeniami takimi, przedmiot zamówienia. podał, Nadto w przedmiotowym postępowaniu występują 144 lokalizacje urządzeń, a nie dwie jak w postępowaniu, którego dotyczy SIWZ złożona przez Odwołującego.

Należy zauważyć, iż żądanie Odwołującego sprowadza się do tego, aby każdorazowo, w sytuacji relokacji urządzeń, to wykonawca ją przeprowadzał za dodatkowym wynagrodzeniem oraz aby Zamawiający wprowadził możliwość oddzielnej wyceny tego wynagrodzenia w ofercie dla każdej zmiany lokalizacji (żądanie ewentualne odwołania utrzymane na rozprawie).

W ocenie Izby, ww. żądanie Odwołującego należy traktować, jako nierozłączną całość, tj. Odwołujący chciałby, aby SIWZ przewidywała, że to wykonawca wykonuje usługę relokacji za dodatkowym wynagrodzeniem określonym w ofercie. A zatem Odwołujący oczekuje rozszerzenia przez Zamawiającego zakresu świadczenia objętego przedmiotem

zamówienia, w stosunku do tego, który przewidział Zamawiający wszczynając postępowanie.

W świetle twierdzeń Zamawiającego o braku przewidywalności czy w ogóle taka relokacja będzie miała miejsce, nadto, jeśli miałyby wystąpić, to jakiego urządzenia by dotyczyła i której z 144 lokalizacji, w ocenie Izby, nie jest możliwe dokonanie wyceny takiej usługi. SIWZ nie może nakładać na wykonawców niewykonalnych zobowiązań. Stanowiłoby to naruszenie wskazanych w zarzucie przepisów prawa. Z tych względów nie jest możliwe uwzględnienie żądania Odwołującego.

Ubocznie należy zauważyć, iż Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, wprowadzając możliwość dokonania relokacji przez wykonawcę, lecz bez osobno skalkulowanego wynagrodzenia, tj. uczynił to w sposób odmienny od zarzutu i żądań Odwołującego, a na rozprawie zostało podane, iż zmianę SIWZ, Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej. Jest to zatem odrębna czynność, która podlega odrębnemu zaskarżeniu w trybie odwoławczym (por. wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r. sygn. akt 1684/12).

Ad. Zarzut nr 6

44

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia przez brak określenia jakie zabezpieczenie kaset na papier dopuszcza Zamawiający i żąda modyfikacji pkt 3 ust. 15 OPZ poprzez określenie sposobu zabezpieczenia kaset na papier.

Pkt 3 ust. 15 OPZ stanowi: *Zamawiający wymaga, aby dostarczone urządzenia wielofunkcyjne posiadały zabezpieczenie kaset na papier przed kradzieżą papieru. Zabezpieczenie dostępu do materiału eksploatacyjnego (tonera, bębna, pojemnika na zużyty toner). Zamawiający pozostawia sposób zabezpieczenia do oceny Wykonawcy. Jednocześnie w przypadku braku zabezpieczenia materiału eksploatacyjnego przed kradzieżą, Wykonawca bierze na siebie całkowitą odpowiedzialność za jego kradzież, zniszczenie lub uszkodzenie; Wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność za ubezpieczenie urządzeń od zdarzeń losowych (nie wlicza się tu uszkodzeń mechanicznych powstałych z winy użytkownika) - Pakiet I i Pakiet II.*

W odwołaniu Odwołujący wskazał, iż sposób zabezpieczenia kaset na papier przed kradzieżą papieru Zamawiający pozostawił wykonawcom oraz, że odpowiedzialność za kradzież, zniszczenie lub uszkodzenie urządzeń w sytuacji, gdy wykonawca nie zapewnił zabezpieczenia, spoczywa na wykonawcy. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, iż za wystarczające zostanie uznane każde zabezpieczenie, które uniemożliwia swobodne otwarcie kaset na papier. Na rozprawie Odwołujący stwierdził, iż oczekuje, iż w SIWZ znajdzie się zapis wskazujący przykładowo, jakie to mają być zabezpieczenia tj. jakiego typu, jakiej klasy. Ma to, bowiem wpływ na cenę oferty, bowiem inny jest koszt zastosowania zamka, a inny zastosowania naklejki. Odwołujący podał również, iż występują dwa zabezpieczenia tj. oryginalne zabezpieczenie na klucz oraz nieoryginalne obejmujące na kłódkę wykonane na zamówienie w zakładzie ślusarskim, oraz, że jest możliwe, iż inni wykonawcy inaczej rozumieją kwestie zabezpieczeń i proponują rozwiązania, które będą zupełnie innej klasy niż te, które ma zamiar zaoferować Odwołujący.

Zdaniem Zamawiającego sposób opisu przedmiotu w tym zakresie jest wystraszający, a pozostawienie wyboru zabezpieczenia wykonawcy jest uzasadnione. Wskazanie natomiast konkretnego sposobu zabezpieczenia mogłoby doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby zakwestionowane postanowienie OPZ jest jasne, czego dowodzą także stwierdzenia Odwołującego, z których wynika, że ma świadomość, iż wykonawca musi przewidzieć przedmiotowe zabezpieczenia oraz, że wybór takiego zabezpieczenia należy do wykonawcy. Nie budzi też wątpliwości, iż każdy wykonawca ma przewidzieć skuteczne

45

zabezpieczenie kaset na papier przed kradzieżą papieru, a zatem jedno z dwóch, które wskazał Odwołujący.

Z tych względów pozostawienie wyboru sposobu zabezpieczenia wykonawcom, w ocenie Izby, nie oznacza naruszenia wskazanych przez Zamawiającego przepisów. Obawa Odwołującego, iż inni wykonawcy zastosują inne zabezpieczenie, niż on planuje, nie

potwierdza, zdaniem Izby, zasadności zarzutu. Na marginesie należy zauważyć, iż Odwołujący nie kwestionuje, braku wskazania zabezpieczenia przed dostępem do materiału eksploatacyjnego, który to sposób również został pozostawiony wykonawcom.

Z tych względów, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa nie potwierdził się.

Ad. Zarzut nr 8

Zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący poprzez dopuszczenie równoważnych materiałów eksploatacyjnych bez określenia wymagań jakie mają spełniać, aby mogły być uznane za równoważne. Zarzutowi temu towarzyszy żądanie *usunięcia części pkt 9 ust. 2 OPZ dopuszczającej zastosowanie równoważnych materiałów uzupełniających; ewentualnie: określenie sposobu weryfikacji równoważności materiałów poprzez konieczność dostarczenia certyfikatów jakości lub oświadczenie od producenta.*

Pkt 9 ust.2 OPZ stanowił: *We wszystkich dostarczonych urządzeniach wielofunkcyjnych, Wykonawca zobowiązuje się do stosowania, nowych materiałów*

materiałów eksploatacyjnych.

Zamawiający dopuszcza zastosowanie równoważnych eksploatacyjnych w przypadkach, gdy nie będzie to skutkowało obniżeniem jakości drukowanych i kopiowanych dokumentów. Przez materiały równoważne rozumie się materiały eksploatacyjne niewyprodukowane przez producenta urządzenia, ale spełniające wszystkie parametry wyrobu oryginalnego zalecanego przez producenta - Pakiet nr I i Pakiet nr II.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż uwzględni ten zarzut i zmienił pkt 9 ust.2 OPZ, nadając mu brzmienie:

„We wszystkich dostarczonych urządzeniach wielofunkcyjnych, Wykonawca zobowiązuje się do stosowania (dowolnych) materiałów eksploatacyjnych, które nie będą skutkowały obniżeniem jakości drukowanych i kopiowanych dokumentów oraz zapewnią prawidłowe

46

działanie dzierżawionych urządzeń”- Pakiet nr I i Pakiet nr II.”

Zamawiający wskazał również, iż to wykonawca, będąc jednocześnie serwisantem urządzeń powinien mieć wiedzę czy zastosowanie dostarczonych przez niego materiałów eksploatacyjnych pozwoli na prawidłowe funkcjonowanie urządzeń i zapewni odpowiednią jakość wydruków.

Na rozprawie Odwołujący podał, iż Zamawiający zamiast doprecyzować wymóg i ograniczyć się jedynie do materiałów eksploatacyjnych oryginalnych, usuwając dopuszczenie materiałów eksploatacyjnych równoważnych, bądź zamiast doprecyzowania sposobu oceny równoważności poprzez dostarczenie certyfikatów jakości lub oświadczenia producenta,

w rzeczywistości nie uwzględnił zarzutu bo de facto rozszerzył w tym zakresie postanowienie, dopuszczając stosowanie dowolnych materiałów eksploatacyjnych, także zamienników, w tym używanych. Takie stanowisko Zamawiającego, zdaniem Odwołującego pozostaje w sprzeczności, z tym co żądał Odwołujący.

Należy zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający wprowadził odmienne brzmienie zakwestionowanego postanowienia OPZ, które nie stanowi uwzględnienia żądania. Oznacza to, że zmienione postanowienie OPZ, nie zwierając wymogu dostarczenia materiałów eksploatacyjnych oryginalnych, zalecanych przez producenta, czyni obecnie bezprzedmiotowym rozstrzygnięcie, w zakresie równoważności. Na chwilę obecną nie ma, bowiem postanowienia będącego przedmiotem zaskarżenia, lecz jest całkowicie odmienne postanowienie, które nie podlega rozpoznaniu w obecnym postępowaniu.

W cenie Izby w odniesieniu do tego zarzutu występuje przypadek nieuwzględnienia zarzutu i żądania odwołania, lecz dokonanie zmiany SIWZ w sposób całkowicie odmienny od oczekiwań Odwołującego. Jest to, zatem odrębna czynność podlegająca odrębnemu zaskarżeniu.

Ad. Zarzut nr 9

Zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 142 Ustawy, art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. z art. 58 §1 i 2 oraz art. 353 i k.c. poprzez dowolną możliwość jednostronnej zmiany umowy poprzez zmianę lokalizacji urządzeń i narażenie tym samym wykonawcy na koszty bez zastrzeżenia wynagrodzenia za usługi wykonawcy związane ze zmianą lokalizacji oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie zakresu zamówienia. Odwołujący żąda zmiany pkt 9 ust. 2) str. 13 OPZ, §4 pkt 23) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §4 ust. 1 pkt 17) str. 3 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2

47

poprzez zastrzeżenie dodatkowego wynagrodzenia za usługi Wykonawcy związane ze zmianą lokalizacji urządzeń (możliwość wyceny w ofercie) oraz zastrzeżenie, że wyłącznie Wykonawca może przetransportować urządzenia.

Zamawiający zmienił pkt 9 ppkt OPZ w ten sposób, że dopuścił możliwość zmiany lokalizacji urządzeń siłami wykonawcy jeżeli tego wykonawca wymaga i jest w stanie samodzielnie oszacować koszty z tym związane. Zamawiający podał, iż w przypadku zaistnienia takiej sytuacji zmianie ulegną postanowienia pkt 23 i 17 umów, odpowiednio dla pakietu 1 i Pakietu 2, które obecnie stanowią, iż Wykonawca zobowiązuje się do upoważnienia Zamawiającego do dowolnej zmiany lokalizacji urządzeń w ramach użytkowanych lokalizacji na terenie miasta Bydgoszczy siłami Zamawiającego.

W ocenie Izby jest to nowa regulacja, odmienna od treści zarzutu i żądania Odwołującego. W związku z tym stanowi odrębną czynność podlegającą odrębnemu zaskarżeniu.

Ad. Zarzut nr 15

Zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 353 i k.c., 473 § 1 k.c. poprzez brak jednoznacznego wskazania, że wykonawca nie będzie odpowiedzialny za uszkodzenia które wynikają z winy użytkownika.

Wskazując na powyższe Odwołujący zażądał modyfikacji § 4 pkt 12 lit. f wzoru umowy – Pakiet I i § 4 pkt 8 lit. f wzoru umowy – Pakiet II poprzez określenie dodatkowego wynagrodzenia za dostawę i instalację urządzenia zastępczego (które wyceni Wykonawca w ofercie) oraz wyraźne określenie, że Zamawiający będzie ponosił koszty wydruku na urządzeniu zastępczym.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie określił, kto odpowiada za wymianę (dostawę, instalację) i wydruk na urządzeniach zastępczych, których konieczność wymiany nastąpiła z winy użytkownika, a wykonawca nie może odpowiadać za działania zawinione przez użytkownika.

§ 4 pkt 12 lit. f wzoru umowy – Pakiet I i § 4 pkt 8 lit. f wzoru umowy – Pakiet II stanowią „ w sytuacji, gdy usterka wyniknie z winy użytkownika – serwis nie obejmuje naprawy i wymiany wszystkich części (w tym także obudowy, zawiasów). Wykonawca jednakże ma obowiązek podstawienia urządzenia zastępczego o nie gorszych parametrach

48

technicznych niż urządzenia, które uległo awarii, ale nie później niż w następnym dniu roboczym od zgłoszenia awarii”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut i zmienił § 4 pkt 12 lit. f wzoru umowy – Pakiet I i § 4 pkt 8 lit. f wzoru umowy – Pakiet II nadając im brzmienie: „w sytuacji gdy usterka wyniknie z winy użytkownika - serwis nie obejmuje naprawy wymiany wszystkich części (w tym także obudowy, zawiasów). Wykonawca jednakże ma obowiązek dokonania naprawy urządzenia w ciągu 5 dni roboczych od chwili zgłoszenia” a także zmienił § 9 ust. 2 pkt 1) lit.e) wzoru umowy - Pakiet nr I oraz § 9 ust. 2 pkt 1) lit.c) wzoru umowy - Pakiet nr II, nadając im brzmienie: „za opóźnienie w dostarczeniu materiałów eksploatacyjnych, odbiorze zużytych tonerów i pojemników oraz w dokonaniu naprawy urządzenia (w sytuacji gdy usterka wyniknie z winy użytkownika), w wysokości 100,00 zł za każdy dzień roboczy opóźnienia”, oraz dodał, iż w pkt 3, ppkt. 13) OPZ, wskazano wyraźnie, iż koszty uszkodzeń z winy użytkownika obciążają Zamawiającego.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający zmienił kwestionowane postanowienie § 4 pkt

12 lit. f wzoru umowy – Pakiet I i § 4 pkt 8 lit. f wzoru umowy – Pakiet II w taki sposób, iż zrezygnował z nałożenia na wykonawcę obowiązku podstawienia urządzenia zastępczego. Tym samym za bezprzedmiotowe należy uznać zgłoszone w odwołaniu żądanie zmiany umowy poprzez określenie dodatkowego wynagrodzenia za dostawę i instalację urządzenia zastępczego (które wyceni Wykonawca w ofercie) oraz wyraźne określenie, że Zamawiający będzie ponosił koszty wydruku na urządzeniu zastępczym.

W sytuacji, gdy sposób i zakres dokonania zmiany postanowień SIWZ dokonany przez Zamawiającego, w ocenie Odwołującego jest wadliwy, zważywszy, iż jest to nowa czynność Zamawiającego, tak jak inni wykonawcy może skorzystać z możliwości wniesienia środków ochrony prawnej.

Ad. Zarzut nr 16

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z uwagi na brak określenia jaki rodzaj awarii uprawnia do zgłoszenia żądania wymiany po jej trzykrotnym zgłoszeniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący zażądał modyfikacji § 4 pkt 14 wzoru umowy – Pakiet I i § 4 pkt 10 wzoru umowy – Pakiet II w zakresie postanowienia, że w przypadku 3-krotnego zgłoszenia dowolnej awarii tego samego urządzenia w ciągu jednego miesiąca Zamawiający (Jednostka) ma możliwość zgłoszenia danego urządzenia do wymiany na inne sprawne, wolne od wad o parametrach nie gorszych niż urządzenie, które uległo awarii

49

ewentualnie: zmianę „dowolnej awarii” na „taką samą awarię uniemożliwiającą korzystanie z urządzenia”.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający częściowo uwzględnił żądanie i zastąpił zapis: *”dowolnej awarii”* zapisem *„takiej samej awarii”*.

Na rozprawie Odwołujący podał, iż jeżeli ma to być taka sama awaria, która umożliwia korzystanie z urządzenia to nie ma potrzeby wymiany urządzenia, bo można go naprawić.

§ 4 pkt 14 wzoru umowy – Pakiet I i § 4 pkt 10 wzoru umowy – Pakiet II w brzmieniu sprzed zmiany dokonanej przez Zamawiającego stanowiły iż wykonawca jest zobowiązany do *zapewnienia nieprzerwanej i poprawnej pracy urządzeń wielofunkcyjnych. W przypadku 3-krotnego zgłoszenia dowolnej awarii tego samego urządzenia w ciągu jednego miesiąca Zamawiający (Jednostka) ma możliwość zgłoszenia danego urządzenia do wymiany na inne sprawne, wolne od wad o parametrach nie gorszych niż urządzenie, które uległo awarii”*:

W ocenie Izby dokonana zmiana odpowiada treści żądania Odwołującego, zgłoszonego jako ewentualne, chociaż literalnie nie zawiera zapisu: „uniemożliwiającą korzystanie z urządzenia”. Wynika to jednak z treści przedmiotowego postanowienia. Skoro chodzi w nim o zapewnienie nieprzerwanej i poprawnej pracy urządzeń, to jest oczywiste, iż chodzi o awarię, która skutkuje tym, iż urządzenie nie pracuje w sposób, jaki jest oczekiwany przez Zamawiającego, a zatem nie jest możliwe korzystanie z niego.

Z tych względów zarzut podlega oddaleniu.

Ad. Zarzut nr 18

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa nie potwierdził się.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z uwagi na to, § 5 pkt 4 wzoru umowy – Pakiet I i § 5 pkt 3 wzoru umowy – Pakiet II, zobowiązują Zamawiającego do uzupełniania we własnym zakresie papieru niezbędnego do wykonywania kopii/wydruków bez określenia odpowiedzialności za nieprawidłowe uzupełnienie papieru (np. uzupełnienie niewłaściwego papieru).

Wskazując na powyższe Odwołujący zażądał modyfikacji §5 pkt 4) str. 5 wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §5 pkt 3) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 *poprzez poniesienie przez Zamawiającego kosztów naprawy urządzenia w przypadku nieprawidłowego uzupełniania papieru, w tym używania niewłaściwego papieru lub uzupełniania papieru w niewłaściwy*

50

sposób oraz określenie jakości dopuszczalnego papieru, np. „papier zgodny ze specyfikacją producenta dla dostarczonych urządzeń”;

Zamawiający wskazał, iż zakwestionowany zapis nie odnosi się do jakości papieru lecz do czynności faktycznej dotyczącej uzupełnienia papieru. Został wprowadzony do umowy, ponieważ Zamawiający spotkał się z zapisem umownym, z którego wynikało, iż czynność uzupełniania papieru w urządzeniach kserograficznych wykonywana jest przez osobę zapewnioną przez Dostawcę tych urządzeń. Dodał, iż umowy wynika, iż za wszelkie nieprawidłowości i uszkodzenia z winy użytkownika odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Nadto z OPZ jest wskazanie o jakiej gramaturze ma być stosowany papier.

§5 pkt 4) str. 5 wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §5 pkt 3) str. 4 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 stanowi, iż Zamawiający zobowiązuje się do „uzupełniania *we własnym zakresie papieru niezbędnego do wykonywania kopii/wydruków*”.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zarzut nie jest zasadny. Zakwestionowany przepis umowy reguluje po czyjej stronie leży obowiązek uzupełniania papieru niezbędnego do wykonania kopii/wydruków i jasno przyporządkowuje ten obowiązek Zamawiającemu. Nie jest zatem w żaden sposób niezgodny ze wskazanym w zarzucie przepisem art. 29 ust. 1 ustawy.

Nadto umowa w pkt 3 ppkt 13 OPZ znajduje się postanowienie, z którego wynika, iż naprawa urządzenia uszkodzonego na skutek użycia niewłaściwego papieru, obciąża Zamawiającego z uwagi na to, iż wina, w takim przypadku, leży po jego stronie.

Z tych względów zarzut podlega oddaleniu.

Ad. Zarzut nr 19 i 20

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 353 i k.c., 142 ustawy Pzp poprzez możliwość rozwiązania umowy bez powodu w każdym czasie z zachowaniem 30 dniowego terminu wypowiedzenia oraz jednostronnej zmiany zakresu zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący zażądał usunięcia pkt 7 z §5 wzoru Umowy - Pakiet nr 1 oraz pkt 6 z §5 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2, które stanowią, iż Zamawiający zobowiązuje się do zachowania 30 dniowego terminu wypowiedzenia dzierżawy konkretnego urządzenia w przypadku rezygnacji w trakcie trwania umowy oraz zażądał usunięcia pkt 6 z § 7 wzoru Umowy - Pakiet nr 1 oraz Pakiet nr 2, które stanowią iż ilość urządzeń objętych przedmiotem zamówienia może ulec zmniejszeniu lub wielofunkcyjnych

51

zwiększeniu w każdym czasie trwania umowy. Na rozprawie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wprowadzając minimalne i maksymalne wielkości oraz minimalny okres dzierżawy

w odpowiedzi na odwołanie, nie wprowadził stosownej zmiany w §5, co jego zdaniem stwarza ryzyko wypowiedzenia umowy w pełnym zakresie po upływie 12 miesięcy.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na zarzut nr 2 i 3, Zamawiający wprowadził do OPZ zapisy dotyczące minimalnych i maksymalnych ilości zamawianych urządzeń oraz określił minimalny czas trwania dzierżawy urządzenia. W tym kontekście rezygnacja z konkretnych urządzeń w trakcie obowiązywania umowy dotyczy tylko tej ich liczby, która przewyższa liczbę minimalną danego typu urządzeń wskazaną w pkt 2a OPZ. Na rozprawie Zamawiający wskazał, iż zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ, w tym OPZ, do umowy należy czytać z uwzględnieniem całości którego odsyła § 1 umowy. Skoro OPZ uległ w tym zakresie zmianie, to skutkuje to również na treść również § 5.

W sytuacji, gdy w wyniku zmiany SIWZ, dokonanej w wyniku przedmiotowego odwołania, Zamawiający przewidział minimalną i maksymalną ilość urządzeń w poszczególnych pakietach, to obecnie postanowienia umowy, w których jest mowa w zmianach tych ilości, należy interpretować w ten sposób, iż zmiany te mogą następować tylko w granicach określonych jako minimalne i maksymalne. Świadczy o tym także treść stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na zarzut nr 2 i 3.

Ad. Zarzut nr 21

Zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 142 ust 5 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez brak zawarcia w SIWZ zasad wprowadzania odpowiednich zmian

wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Wskazując na powyższe Odwołujący zażądał usunięcia § 7 pkt 5 str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, § 7 pkt 5 str. 5 Wzoru Umowy – Pakiet nr 2 oraz określenie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego

52

wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż uznaje zarzut dotyczący §7 pkt 5 str. 6 Wzoru Umowy- Pakiet nr 1, §7 pkt 5 str. 5 Wzoru Umowy- Pakiet nr 2 w zakresie postanowienia, że ceny nie mogą ulec podwyższeniu w trakcie realizacji przedmiotu umowy oraz braku zamieszczenia przez Zamawiającego w SIWZ postanowień zawierających zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 142 ust. 5 PZP

i zmienił treść § 7 ust. 5 wzoru umowy (Pakiet I i Pakiet II), który otrzymał brzmienie:

„Ceny jednostkowe nie mogą ulec podwyższeniu w trakcie realizacji przedmiotu umowy, z zastrzeżeniem §11 ust. 4 umowy”.

Nadto, Zamawiający zmienił treść § 11 wzoru umowy poprzez wprowadzenie ust. 4 w brzmieniu: „4. W przypadku zaistnienia jednej z okoliczności, o których mowa w ust. 3 lit. f), g), h) zmianie ulegnie wynagrodzenie wykonawcy, tj.:

1) w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 lit. f) wartość netto wynagrodzenia

Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów,

2) w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 lit. g) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia,

3) w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 lit. h) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego

Wykonawca zobowiązany będzie wykazać wpływ zmiany wskazanych wyżej regulacji na koszty wykonania zamówienia.

Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od wejścia w życie zmian jw.”

Zamawiający wskazał, iż dokonana zmiana Wzoru umowy reguluje kwestie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w sposób tożsamy z wyrokiem KIO z dnia 9 marca 2015r. (sygn.

53

akt: KIO 346/15).

Na rozprawie Odwołujący stwierdził, iż zmiana ta nie jest satysfakcjonująca, bowiem nie jest wiadomo jakie są zasady i poziom dowodów, które Zamawiający uzna za satysfakcjonujące. W związku z tym, w sytuacji, gdy sposób i zakres dokonania zmiany postanowień SIWZ dokonany przez Zamawiającego, w ocenie Odwołującego jest wadliwy

i

niezgodny z jego żądaniem, zważywszy, iż jest to nowa czynność Zamawiającego, Odwołujący tak jak inni wykonawcy, może skorzystać z możliwości wniesienia środków ochrony prawnej.

Ad. Zarzut nr 22

Zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 139 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 353 i k.c. i 483 § 1 k.c. poprzez niedoprecyzowanie okoliczności uprawniających Zamawiającego do naliczenia kar umownych.

Wskazując na powyższe Odwołujący zażądał usunięcia §9 ust. 2 pkt 1) lit. b) i c) str. 7 Wzoru Umowy - Pakiet nr 1, §9 ust. 2 pkt 1) iit. b) i c) str. 6 Wzoru Umowy - Pakiet nr 2 ewentualnie: zdefiniowanie błędów krytycznych oraz niekrytycznych.

Zamawiający o odpowiedzi na odwołanie dokonał zmiany treści §9 ust. 2 pkt 1) lit. b) i c) str. 7 Wzoru Umowy- Pakiet nr 1, nadając im brzmienie:

„b). „za opóźnienie w przywróceniu ciągłości pracy oprogramowania niezbędnego do monitorowania wydruku, zarządzania flotą urządzeń oraz zarządzania wydrukiem podążającym i poufnym w wysokości 200,00 zł, za każdy dzień roboczy opóźnienia w przypadku pozostałych awarii,

a) za opóźnienie w przywróceniu ciągłości pracy oprogramowania niezbędnego do monitorowania wydruku, zarządzania flotą urządzeń oraz zarządzania wydrukiem podążającym i poufnym w wysokości 50,00 zł, za każdą godzinę opóźnienia w godzinach pracy Zamawiającego w przypadku awarii krytycznych”.

Nadto, Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż definicja „awarii krytycznych” została zamieszczona w § 4 ust. 1 pkt 16 lit. a wzoru umowy w zakresie Pakietu I oraz wyjaśnia, iż przez określenie „pozostałe awarie” należy rozumieć wszystkie te awarie, które nie są awariami krytycznymi.

Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący niesłusznie wskazuje na niewłaściwe określenie kar umownych w odniesieniu do awarii krytycznych/niekrytycznych w zakresie Pakietu II. Pakiet II bowiem nie obejmuje swym zakresem dostarczenia oprogramowania, zaś Wzór umowy dot. tego Pakietu w ogóle nie zawiera zapisów, których dotyczy Zarzut nr 22.

54

W cenie Izby w odniesieniu do tego zarzutu występuje przypadek nieuwzględnienia zarzutu i żądania odwołania, lecz dokonanie zmiany SIWZ w sposób całkowicie odmienny od oczekiwań Odwołującego. Jest to, zatem odrębna czynność podlegająca odrębnemu zaskarżeniu.

Powyższe wskazuje, iż nie potwierdziły się podtrzymane przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego, wskazanych przy poszczególnych zarzutach, przepisów ustawy Pzp.

Nie potwierdził się także podany na wstępie odwołania zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, poprzez brak określenia zakresu zamówienia tj. brak określenia liczby urządzeń oraz okresu na jaki mają być dostarczone urządzenia.

W ocenie Izby SIWZ zawiera określenie liczby urządzeń oraz okresu na jaki mają być dostarczone urządzenia. W rozdziale IV SIWZ termin realizacji zamówienia w pakietach 1 i 2 został określony na 48 miesięcy od daty zawarcia umowy. W pkt. 3 ppkt 5 i 6 OPZ zawarta jest informacja dotycząca ilości szacunkowej urządzeń na potrzeby oferty, natomiast uwzględniając zarzuty nr 2 i 3, Zamawiający wprowadził do OPZ minimalne i maksymalne ilości urządzeń w pakietach 1 i 2 oraz ustalił minimalny okres dzierżawy dla każdego z urządzeń na 12 miesięcy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Zamawiającego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

55

