Sygn. akt: KIO 736/15
KIO 739/15

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2015 r. przez:

A. ARCUS Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 736/15),
B. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 739/15),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego - Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

A. EXATEL S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 736/15 oraz KIO 739/15 po stronie odwołujących,
B. Dimension Data Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 736/15 po stronie zamawiającego,
C. Orange Polska S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 736/15 po stronie zamawiającego
D. T-Mobile Poland Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 736/15 po stronie zamawiającego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 739/15 po stronie odwołującego
E. Netia S. A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 739/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania,

---

2. kosztami postępowania obciąża ARCUS Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ARCUS Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od ARCUS Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na rzecz Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 736/14
Sygn. akt: KIO 739/14

UZASADNIENIE

Zamawiający, Poczta Polska S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telefonii komórkowej i usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą Urządzeń i Akcesoriów do ich świadczenia. Usługi Komunikacji SMS oraz świadczenie usług telekomunikacyjnych w technologii VoIP dla Poczty Polskiej S.A. z podziałem na 2 części.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 01.04.2015 r. w Dz.U. UE Nr 2015/S 064-113560.

Sygn. akt: KIO 736/14

W dniu 10.04.2015 r. ARCUS Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie Część II zamówienia – Świadczenie usług telekomunikacyjnych w technologii VoIP dla Poczty Polskiej S.A..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. art. 29 ust. 2 w zw. z art 7 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami Ustawy PZP tj. w szczególności poprzez:

- usunięcie wymogu zawartego pkt. 1.6. Załączniku nr 5 - Opis Przedmiotu − Zamówienia - Część II - Wymagania techniczne dot. architektury Systemu, wymagania aby przedmiot zamówienia pochodził od jednego producenta o treści: „W celu zapewnienia pełnej integracji Systemu Zamawiający wymaga aby system sterowania połączeniami oraz telefony IP pochodziły od jednego producenta. Pozostałe elementy muszą posiadać certyfikat zgodności z Systemem."
- zmianę treści SIWZ w pkt 1.6. Załączniku nr 5 - Opis Przedmiotu Zamówienia - − Część II - Wymagania techniczne dot. architektury Systemu poprzez nadanie mu brzmienia: „W celu zapewnienia pełnej integracji Systemu Zamawiający wymaga, aby telefony IP pochodzify posiadały certyfikat zgodności z Systemem."

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:
[…]"
Zgodnie z SIWZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Części II został sporządzony przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 - Opis Przedmiotu Zamówienia - Część II.
Jak wynika z pkt. 1.6. Wymagania techniczne dot. architektury Systemu, Zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia pochodził od jednego producenta: „W celu zapewnienia pełnej integracji Systemu Zamawiający wymaga aby system sterowania połączeniami oraz telefony IP pochodziły od jednego producenta. Pozostałe elementy muszą posiadać certyfikat zgodności z Systemem
Zgodnie z treścią Załącznika nr 12 do SIWZ/Załącznik nr 1 do Umowy - Definicje,

Zamawiający wskazuje że pojęcie „System” oznacza:
„wdrożony w ramach i/mowy system telefonii IP wykorzystujący do transmisji głosu sieci WAN oraz LAN, złożony w szczególności z: dwóch centralnych redundantnych serwerów sterujących, łączy typu SIP trunk do sieci PSTN, telefonów IP dla

użytkowników, usług fax2mail, systemu taryfikacyjnego (bilingowego], systemu zarządzania i monitorowania”
Według definicji Zamawiającego, System określony jest jako zbiór komponentów wykorzystujących sieci WAN i LAN Klienta. Zamawiający nakłada wymóg aby dla zapewnienia pełnej integracji Systemu, system sterowania połączeniami oraz telefony IP pochodziły od jednego producenta, równocześnie dopuszczając aby pozostałe elementy posiadały jedynie certyfikat zgodności z Systemem.

Zamawiający przed wszczęciem przedmiotowego postępowania przeprowadził dialog techniczny w trybie art. 30 a Ustawy PZP, którego celem jest m.in. analiza rynku i oferowanych przez wykonawców (producentów) rozwiązań , co winno być uwzględnione w opracowanym opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ który jest skutkiem dialogu. Według wiedzy Odwołującego Zamawiający uzyskał od potencjalnych wykonawców wiedzę w zakresie dostępnych na rynku technologii oraz ich producentów. Aktualny opis przedmiotu zamówienia zdaje się tą wiedzę pomijać, bądź też, Zamawiający w sposób celowy ogranicza konkurencyjność przedmiotowego postępowania.
Wymaganie o którym mowa powyżej, tj. aby system sterowania połączeniami oraz telefony IP pochodziły od jednego producenta ogranicza konkurencyjność i neutralność technologiczną tak opisanego przedmiotu zamówienia.
Fakt wyłączenia możliwości dostarczenia systemu sterowania połączeniami jednego producenta oraz samych telefonów IP innego producenta nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego1 a także nie ma żadnego uzasadnienia technologicznego poza ograniczeniem dostępu do udziału w postępowaniu.
W istocie tak opisany przedmiot zamówienia, pomimo nieposłużenia się w opisie zamówienia nazwami własnymi w rozumieniu art. 29 ust 3 Ustawy PZP, poprzez wymóg graniczny jednolitości producenta systemu sterowania połączeniami oraz samych aparatów osiąga analogiczny efekt. Rzecz jasna do powyższej sytuacji nie znajdują zastosowania deklarowane przez Zamawiającego zasady oceny równoważności rozwiązań opisane w SIWZ w Rozdziale V Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 3 w którym Zamawiający wskazuje, iż:

W miejscu, gdzie przedmiot zamówienia opisany jest za pomocą norm, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne z opisanymi. Wykonawca, który zaoferuje rozwiązania równoważne, zobowiązany jest wykazać i udowodnić Zamawiającemu, że oferowane przez niego dostawy/usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.
Zamawiający wprowadzając wymaganie dotyczące jednolitości producenta w opisanym powyżej zakresie wskazuje na uzasadnienia takiej czynności pisząc:
„W celu zapewnienia pełnej integracji Systemu..."
Odwołujący podkreśla, że pełna integracja Systemu nie wymaga zachowania wymogu jednolitości producenta systemu sterowania połączeniami oraz telefonów IP. Pomimo deklarowanego przez Zamawiającego uzasadnienia dla wymogów jednolitości producenta, sam Zamawiający w sporządzonym opisie zamówienia dopuszcza „dezintegrację" Systemu (trudno powiedzieć czy świadomą czy też nie). Istnieją na rynku producenci, którzy zapewniają proces certyfikacji systemu sterowania połączeniami oraz urządzeń i elementów peryferyjnych w tym telefonów IP. Także sam w sobie fakt tożsamości producenta elementów składowych nie gwarantuje osiągnięcia pełnej integracji systemu. Dla zapewnienia bezpieczeństwa i niezawodności działania systemów producenci rozwiązań ponoszą nakłady aby zapewnić certyfikację poszczególnym elementom systemu przyjmując

odpowiedzialność za udzielenie certyfikatu.
W rzeczywistym środowisku pracy systemu telefonii VoIP nigdy nie zdarza się, że telefon podłączany jest bezpośrednio do „systemu sterowania połączeniami". Zawsze są do tego wykorzystywane komponenty pośrednie (sieć LAN i WAN - przełączniki, okablowanie strukturalne, przełączniki sieciowe, routery) które są wymagane dla działania systemu i nie ma możliwości żeby te komponenty i telefony oraz system sterowania pochodziły od jednego producenta. Nie ma też możliwości żeby system telefonii IP działał bez tych komponentów. Jak wynika zatem z powyższego, pomimo celu jaki miałby zamiar osiągnąć Zamawiający, nawet taki jak aktualnie, opis zamówienia tego celu nie osiąga, co dobitnie wskazuje na pozorność celu jaki stawia Zamawiający w SIWZ.
Tym samym jak wykazano to powyżej, wymóg zachowania „jednego producenta" dla wybranych dwóch komponentów, które w praktyce do działania zawsze wymagają

elementów pośrednich jest zarówno nieuzasadniony technologicznie, nielogiczny jak i jednocześnie ograniczający konkurencję.
W ocenie Odwołującego mechanizmem w pełni zabezpieczającym interes Zamawiającego jest dopuszczenie aby telefon IP. podobnie jak to jest dopuszczone dla pozostałych elementów Systemu, posiadał certyfikat zgodności z Systemem, o co niniejszym Odwołujący wnosi.
Zapewnienie procesu certyfikacji systemu sterowania połączeniami oraz urządzeń i elementów peryferyjnych w tym telefonów IP spełnia oczekiwania Zamawiającego, gwarantując bezpieczne oraz pewne funkcjonowanie systemu przy jednoczesnym znaczącym poszerzeniu konkurencyjności przetargu.
[…]"

Sygn. akt: KIO 739/14

W dniu 10.04.2015 r. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie obu części zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:
1. art. 29 ust. 1 Pzp poprzez:
   a) Roz. 1 ust. 1.13 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla cz. 1 oraz Roz. 1 ust. 1.3 pkt 1d. Opisu Przedmiotu Zamówienia dla cz. 2 - z uwagi na zastrzeżenie, że ruch z systemu PABX Zamawiającego na numery komórkowe musi odbywać się dla Zamawiającego bez naliczania dodatkowych opłat za połączenia, z uwagi na brak określenia ilości takich połączeń, co uniemożliwia skalkulowanie kosztów oferty, w przypadku, gdy dla drugiej części zamówienie zostanie przyznane innemu wykonawcy.
   b) Roz. 2 ust. 1 pkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla cz. 1 oraz Roz. 12.2.2 Projektu Umowy dla cz. 2 - z uwagi na zastrzeżenie możliwości nieograniczonego zmniejszania wielkości zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający utraci funkcję operatora wyznaczonego w rozumieniu prawa pocztowego, co uniemożliwia skalkulowanie oferty, w szczególności ze

względu na okoliczność, że zamówienie obejmuje również dostarczenie sprzętu.
   c) Roz. 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla cz. 1 - z uwagi na zastrzeżenie obowiązkowego zawarcia umów na takich samych warunkach z innymi podmiotami z grupy Poczty Polskiej, w szczególności ze względu na brak uwzględnienia ilości usług i dostaw jakie miały by być przedmiotem umów z innymi spółkami grupy, oraz ze względu na okoliczność, iż nie wiadomo, czy podane limity dotyczą pojedynczej spółki, czy są wartościami maksymalnymi dla wszystkich spółek.

d) Roz. 4.3 ust. 4 Opisu przedmiotu zamówienia dla cz. 2 - z uwagi na zastrzeżenie przez Zamawiającego wymogu, aby wykonawca przeprowadził na własny koszt proces utylizacji dotychczasowych urządzeń PABX Zamawiającego bez wskazania ilości sprzętu przeznaczonego do utylizacji, co uniemożliwia skalkulowanie kosztu utylizacji, demontażu i transportu urządzeń i w efekcie przygotowanie oferty.
e) Roz. 5.5 oraz Roz 1, ust 1.6, pkt 7 Opisu przedmiotu zamówienia dla cz. 2 - z uwagi na określenie parametrów SLA bez wskazania zakresu odpowiedzialności wykonawcy, w szczególności w odniesieniu do awarii spowodowanych niedostępnością sieci WAN/LAN, czy też niską jakością sieci WAN/LAN których nie świadczy wykonawca, a także z uwagi na zastrzeżenie, że rozdzielenie zakresu odpowiedzialności pomiędzy wykonawcę a dostawcę usług WAN/U\N ma nastąpić na drodze wymuszonego porozumienia trójstronnego, które zostanie zawarte po podpisaniu umowy i wskutek czego wykonawca nie może skalkulować ryzyka (m. in. koszty bonifikat SLA kary umowne z tytułu nieterminowego wdrożenia etc.).
f) Roz. 12.1.6 w zw. z Roz. 12.1.2 Projektu Umowy dla cz. 1 oraz Roz. 12.5.3 Projektu Umowy dla cz. 2 - z uwagi na zastrzeżenie przez Zamawiającego, że odmowa zmiany umowy przez wykonawcę może nastąpić jednie po podaniu szczególnie istotnych powodów, co oznacza, że w zakresie wskazanym w Roz. 12.1.2 Projektu Umowy dla cz. 1 oraz w Roz. 12.5.1 Projektu Umowy dla cz. 2 Zamawiający może dowolnie zmieniać zakres zamówienia, a wykonawca ma jedynie formalną możliwość odmowy wyrażenia zgody na proponowane zmiany, z uwagi na to, że istotny charakter powodów odmowy będzie akceptował Zamawiający.

---

g) Par. 3 ust 3.3 Projektu Umowy dla cz. 2 - wymaganie podpisania porozumienia z podmiotem trzecim, wdrażającym Projekt WAN na rzecz, Zamawiającego, bez znajomości treści porozumienia, co uniemożliwia określenie zakresu praw i obowiązków wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwia wycenę kosztów i skalkulowanie ceny ofertowej.
h) Roz. 11.1.8 Projektu umowy dla cz. 2 - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia obowiązujących przepisów prawa, z uwagi na nieznajdujące oparcia w Prawie Telekomunikacyjnym żądanie Zamawiającego, aby dla po Wykonawca zachował Zamawiającego zakończeniu umowy wykorzystywaną przez niego numerację.
i) Roz. 1.5 ust. 4 OPZ dla cz. 2 - poprzez wymaganie aby wszystkie dostarczone i wdrożone elementy Systemu posiadały co najmniej 6-letni okres życia produktu określony przez producenta Systemu w zakresie sprzedaży oraz 8-letni w zakresie serwisu, z uwagi na nieuwzględnienie okoliczności, że każdy z producentów sprzętu określa czas życia produktu zgodny z aktualnym stanem technologii i potrzebami rynku, w związku z czym okres ten nie jest stały, wobec czego wykonawca na dzień składania oferty nie jest w stanie określić jaki będzie czas życia dostarczonych urządzeń.
j) Roz. 11.2.3 Projektu Umowy dla cz. 2 - z uwagi na zastrzeżenie przez Zamawiającego wymagania, aby w dniu wykupienia systemu wszystkie jego elementy posiadały najnowsze dostępne wersje oprogramowania w tym oprogramowania układowego. Uniemożliwia to skalkulowanie oferty z uwagi na brak wiedzy o kosztach takiego rozwiązania w mememncie wygaśnięcia umowy.

2. Art. 29 ust. 2 ustawy poprzez: opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na:

a) dopuszczenie w grupie A i B telefonów, a także tabletów w grupie B jedynie urządzeń Sony, co wynika z dopuszczenia współczynnika odporności właściwego dla urządzeń tego producenta bez wskazania, że wartość parametru „IP" jest wartością minimalną i może zostać zaoferowane każde urządzenie posiadające IP na poziomie wskazanym w siwz lub wyższe.
b) postawienie przez Zamawiającego wymogu, aby sieć telekomunikacyjna Wykonawcy wybranego w ramach niniejszego postępowania została

połączona z siecią telekomunikacyjną obecnego dostawcy rozległej sieci

transmisji danych WAN za pomocą styku NNI (ang. network to network interface - styk międzyoperatorski) - zgodnie z wymaganiami opisanymi w Roz. 1A Opisu przedmiotu zamówienia dla cz. 2.

3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na krótki termin uruchomienia usługi bramki SMS, który w sposób nieuzasadniony preferuje wykonawcę aktualnie świadczącego usługi u Zamawiającego.
4. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych dla usługi bramki SMS, co prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy aktualnie świadczącego usługi u Zamawiającego.

Odwołujący wycofał zarzuty sformułowane w pkt 1a), 1d), 1j), 2a) odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w treści odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in. (treść odwołania referowana w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego):

„[…]
Zarzut nr 1 b)
Przedmiotem zamówienia zarówno w części 1 jak i w części 2 jest świadczenie usług wraz z dostawą sprzętu telekomunikacyjnego, odpowiednio w części 1 są to telefony komórkowe, tablety, modemy w łącznej ilości kilkunastu tysięcy sztuk, natomiast w części 2 jest to system telefonii IP wraz z blisko 14 tysiącami aparatów telefonicznych). W części 1 Zamawiający wprowadził ograniczenia w zakresie jednostkowych cen zakupu sprzętu, i tak przykładowo tablet z grupy A, może zostać zaoferowany przez Wykonawcę w cenie sprzedaży nie wyższej jednak niż 400 zł netto za 1 sztukę, czyli w cenie pokrywającej jedynie w niewielkim stopniu rzeczywisty koszt, jaki będzie musiał ponieść Wykonawca kupując od producenta

urządzenie tej klasy. Z kolei w części 2 zamówienia Zamawiający w ogóle nie uwzględnił możliwości ustalenia ceny jednostkowej zakupu aparatu telefonicznego, co więcej ustalił cenę ewentualnego wykupu systemu telefonii IP (wraz z telefonami IP) po zakończeniu okresu obowiązywania umowy na poziomie 1,00 zł netto.
Powyższe pokazuje, że Wykonawca realizujący niniejsze zamówienie będzie osiągał zwrot z poniesionych inwestycji jedynie w postaci miesięcznych opłat abonamentowych, co będzie skutkować zwrotem w bardzo odległym horyzoncie czasowym, który będzie nie możliwy do uzyskania w przypadku ograniczenia Zakresu umowy.
Reasumując powyższe, uprawnienie Zamawiającego do nieograniczonego zmniejszenia zamówienia jest skrajnie niekorzystne dla Wykonawcy. Prawo do nieograniczonego zmniejszania zakresu zamówienia w trakcie realizacji zamówienia, oznacza, że na etapie składania oferty przedmiot zamówienia nie jest opisany, nie jest bowiem znany zakres świadczenia wykonawcy. Uniemożliwia to skalkulowanie kosztów realizacji zamówienia, w szczególności z uwagi na sprzęt jaki należy w ramach wykonania umowy dostarczyć, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.
W związku z tym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez usunięcie z zapisów specyfikacji zastrzeżenia o możliwości nieograniczonego zmniejszania wielkości zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający utraci funkcję operatora wyznaczonego w rozumieniu prawa pocztowego.

Zarzut nr 1 c)
W Roz. 3 opz dla cz. 1 Zamawiający wskazuje jedynie maksymalne ilości aktywacji głosowych, aktywacji transmisji danych (modemowych) oraz poprzez telefon. Dla pozycji „urządzenia", Zamawiający wskazuje jedynie, iż potencjalnie przedmiotem dostaw mogą być telefony, modemy i tablety. W opisie brakuje informacji pozwalającej na prawidłowe oszacowanie kosztów, jakie będzie musiał ponieść Wykonawca w przypadku realizacji zamówień dokonywanych przez podmioty z grupy Poczty Polskiej. Brak jest informacji o ilości oraz rodzajach sprzętu, jaki będzie potencjalnie przedmiotem dostaw (jakie rodzaje „klasa" telefonów, jakie rodzaje „klasa" tabletów) - Odwołujący zwraca uwagę, iż w opz mowa jest o niebagatelnej ilości 2 tys sztuk aktywacji głosowych oraz 800 sztuk aktywacji modemowych, które

mogą potencjalnie zostać zamówione wraz ze sprzętem, którego rodzaj w ogóle nie został sprecyzowany przez Zamawiającego.
W związku z tym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez:
- usunięcie zapisów Roz 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla cz. 1, lub
- precyzyjne doprecyzowanie ilości usług, ilości sprzętu oraz rodzaju „klasy" sprzętu, jak również czasu realizacji usług dla poszczególnych spółek z grupy Poczty Polskiej.
[…]
Zarzut nr 1 e)
Kompletny System telefonii IP złożony jest m. in. z elementów takich jak serwer telekomunikacyjny, bramy głosowe i terminale IP, które tworzą jeden spójny system, komunikując się między sobą przy użyciu sieć LAN i WAN. Jakość działania systemu telefonii IP jest uwarunkowana jakością poszczególnych jego elementów, a w szczególności jakością sieci LAN i WAN. Odwołujący zaznacza, iż obydwie te sieci są lub będą budowane niezależnie od Odwołującego, tym samym Odwołujący nie ma oraz nie będzie miał żadnego wpływu na jakość tych sieci, ciągłość ich działania, czy też na terminy w jakich będą one przekazywane do eksploatacji.
Ponadto ust. 1.6 pkt 7 opz dla cz 2 wskazuje na wymaganie zapewnienia jakości dźwięku transmitowanego przez System IP w oparciu o pomiar współczynnika MOS (ang. Mean Opinion Score), który to zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego powinien być na poziomie nie niższym niż 3,9. Na parametr MOS ma wpływ kilka czynników, gdzie głównym jest jakość sieci IP (WAN/LAN), która to sieć będzie „transportować" połączenia głosowe do lokalizacji rozproszonych Zamawiającego (takie informacje Odwołujący przekazywał Zamawiającemu na etapie dialogu technicznego). Dlatego też Wykonawca, który nie dostarcza sieci WAN/U\N nie będzie miał żadnego wpływu na dotrzymanie parametru MOS w całym systemie IP. Reasumując brak w siwz precyzyjnego podziału odpowiedzialności pomiędzy dostawcą usług sieci WAN, Zamawiającym (czyli dysponentem sieci U\N) oraz Wykonawcą uniemożliwia przeprowadzenie analizy wykonalności przedsięwzięcia, symulacji wysokości ewentualnych kar za nieterminowe wdrożenie systemu, czy też wysokości ewentualnych bonifikat z tytułu nie dotrzymania parametrów SLA.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisów siwz:

- w zakresie Roz. 5.5 Opisu przedmiotu zamówienia dia cz. 2 poprzez wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy Systemu telefonii IP w przypadku nie działania, czy też pogorszenia jakości sieci WAN/LAN
- w zakresie Roz 1, ust 1.6, pkt 7 Opisu przedmiotu zamówienia dla cz. 2 poprzez zapewnienia przez Wykonawcę parametru MOS na poziomie minimalnym 3,9 w ramach systemu IP do styku z siecią WAN.
[…]

Zarzut nr 1 f)

Zamawiający w Roz. 12.1.6 w zw. z Roz. 12.1.2 Projektu Umowy dla cz. 1 oraz Roz. 12.5.3 Projektu Umowy dla cz. 2 przewidział zastrzeżenie, że Wykonawca nie może odmówić zgody na wprowadzenie zmiany [umowy - przyp. Odwołującego], bez podania na piśmie szczególnie istotnego powodu. Zamawiający nie określił przy tym, co rozumie przez „szczególnie istotny powód", ani kto szczególną istotność powodu będzie oceniał. Jeśli oceny będzie dokonywał Zamawiający, a obecne brzmienie umowy tego nie wyklucza, w praktyce Zamawiający będzie mógł w każdej sytuacji praktycznie jednostronnie dokonać zmiany umowy, w szczególności w zakresie zmian w strukturze IT Zamawiającego (odpowiednio 12.1.2.3 dla cz 1 i 12.5.1.3 dla cz. 2), oraz zmian organizacji Zamawiającego (12.1.2.5 cz. 1). Z postanowień tych nie wynika również co miało by być przedmiotem tej zmiany umowy, w szczególności nie można wykluczyć, że dotyczą one zakresu świadczenia wykonawcy. Oznacza to, że przedmiot zamówienia może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy w praktyce na skutek jednostronnego oświadczenia woli Zamawiającego. W konsekwencji, wykonawca nie wie jaki dokładnie jest przedmiot zamówienia w momencie składania oferty, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.
W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisów siwz:

- poprzez wykreślenie w Roz. 12.1.6 IPU dla cz. 1 oraz 12.5.3 IPU dla cz. 2 zastrzeżenia, że Wykonawca nie może odmówić zgodny na wprowadzenie zmiany, bez podania na piśmie szczególnie istotnego powodu.

Zarzut nr 1 g)
Zgodnie z § 3 ust. 3.3 Projektu Umowy, Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do zawarcia z Zamawiającym oraz wykonawcą Projektu WAN porozumienia trójstronnego (...), w którym ustalone zostaną zasady współpracy i odpowiedzialności każdego z wykonawców, w zakresie w jakim będzie to konieczne z uwagi na konieczność wykonywania prac należących do wspólnego zakresu przedmiotowego obu projektów". Z powyższego postanowienia wynika, że wykonawca nie znając treści porozumienia musi je podpisać. Prowadzi to w konsekwencji do braku możliwości określenia praw i obowiązków wykonawcy wynikających z Porozumienia, a tym samym braku możliwości określenia zakresu świadczenia wykonawcy w ramach realizacji zamówienia. Brak możliwości oceny zakresu świadczenia wykonawcy, uniemożliwia z kolei sporządzenie oferty, w szczególności skalkulowanie kosztów. Postanowienie jakie Zamawiający lub dostawca usług WAN będą chcieli zawrzeć w Porozumieniu mogą być skrajnie niekorzystne dla Wykonującego i powodować dodatkowe nakłady finansowe oraz dodatkowe ryzyka, których uwzględnienie na etapie składania ofert będzie nie możliwe.
W związku z powyższym, wnosimy o wykreślenie wyżej wskazanego postanowienia, ewentualnie o załączenie projektu porozumienia, o którym mowa powyżej do dokumentacji postępowania tak, aby wykonawca mógł się z nim zapoznać przed terminem składania ofert.

Zarzut nr 1 h)
W Roz. 11.1.8 Projektu umowy dla cz. 2 Zamawiający zastrzega wymaganie, aby Wykonawca zachował dla Zamawiającego po zakończeniu umowy wykorzystywaną przez niego numerację. Żądanie takie nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Prawo Telekomunikacyjne. Wykonawca nie ma obowiązku utrzymywania numeracji po ustaniu obowiązywania umowy, w takiej sytuacji numeracja wraca do puli numerów właściciela numeracji i następnie może być przydzielona innym abonentom.

Jest to wymaganie niezgodne z art. 71 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, ponieważ zgodnie z tym przepisem: „1. Abonent będący stroną umowy z dostawcą usług, w której przydzielany jest abonentowi numer z planu numeracji krajowej dla publicznych

sieci telekomunikacyjnych, może żądać przy zmianie dostawcy usług przeniesienia przydzielonego numeru do istniejącej sieci operatora na: 1) obszarze geograficznym - w przypadku numerów geograficznych; 2) terenie całego kraju - w przypadku numerów niegeograficznych".
Zgodnie z komentarzem Prof. Piątka do Pt: „Przeniesienie numeru następuje na żądanie abonenta. Wyrok WSA w Warszawie z 1.2.2011 r. (VI SAM/A 1673/10, Legalis) potwierdza, że żądaniu abonenta odpowiada obowiązek przedsiębiorcy polegający na wykonaniu tego żądania przez przeniesienie przydzielonego numeru. Ponieważ przeniesienie numeru następuje w związku ze zmianą dostawcy usług, równolegle konieczne jest rozwiązanie umowy z dotychczasowym dostawcą i zawarcie nowej umowy."
W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień siwz poprzez:
- wykreślenie wymagania wskazanego w Roz. 11.1.8 IPU cz. 2, ewentualnie;
- modyfikację Roz 11.1.8 IPU cz. 2 w sposób zgodny z Prawem Telekomunikacyjnym.

Zarzut nr 1 i)
W Roz. 1.5 ust. 4 OPZ dla cz. 2 Zamawiający wymaga, aby wszystkie dostarczone i wdrożone elementy Systemu posiadały co najmniej 6-letni okres życia produktu określony przez producenta Systemu w zakresie sprzedaży oraz 8-letni w zakresie serwisu. Wymaganie to uniemożliwia wykonawcy dobór sprzętu w dniu składania oferty, co wynika z następujących względów.
Czas życia urządzeń jest uzależniony od wielu czynników. Mogą to być takie czynniki jak: zmieniające się potrzeby klientów, zmieniająca się technologia, innowacje, nowe funkcjonalności, nowe wzornictwo i inne. Czynniki te determinują moment zakończenia życia starszych produktów i zastąpienie ich nowymi. Czynniki te są trudno przewidywalne, jednak producenci muszą brać je pod uwagę planując swoją ofertę, aby utrzymać konkurencyjność. Pomimo trudnych do przewidzenia w dłuższym okresie zmian w ofercie, producenci zachowują politykę według której

określony jest minimalny czas życia produktów na rynku. Zazwyczaj etapy życia produktów określone są za pomocą kamieni milowych takich jak: end-of-sale oraz end-of-life. Dobrą praktyką wśród producentów jest ogłaszanie end-of-sale minimum 6 miesięcy przez datą jego wejścia w życie, natomiast etap pomiędzy end-of-sale a end-of-life trwa zazwyczaj 5 lat. W związku z powyższym Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że czas życia oferowanych w ramach niniejszego postępowania urządzeń będzie dłuższy niż 5 lat.
W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany siwz poprzez usunięcie wymogu opisanego w pkt 1.5 ppkt. 4.

Zarzut nr 2 - naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy.
[…]
Zarzut nr 2 b)
Wymóg wybudowania styku NNI, który ma połączyć sieć telekomunikacyjną dostawcy świadczącego obecnie Zamawiającemu usługi sieci WAN, z siecią telekomunikacyjną Wykonawcy, stawia w zdecydowanie uprzywilejowanej sytuacji tego pierwszego. Każdy inny wykonawca, niż obecny dostawca usługi sieci WAN dla Zamawiającego, będzie zmuszony przeprowadzić z obecnym dostawcą sieci WAN szeregu ustaleń technicznych i handlowych poprzedzających fizyczne wybudowanie styku. Dodatkowo budowa styku NNi jak również jego dalsze utrzymywanie będzie generować Wykonawcy nie możliwe do określenia na etapie opracowywania oferty koszty (koszty budowy styku oraz koszty przesyłania ruchu telefonicznego przez sieć obecnego dostawcy usługi sieci WAN, tzw. koszty tranzytowe).
Dodatkowo należy mieć na uwadze, iż dostawca świadczący obecnie Zamawiającemu usługę sieci WAN będzie zainteresowany pozyskaniem również niniejszego zamówienia - stąd też nie trudno o wniosek, iż nie będzie w interesie tego dostawcy.
Reasumując, styk NNI jest dedykowany rozwiązaniom stricte między operatorskim,

nie stosuje się go do realizacji rozwiązań kłasy klienckiej. Powszechnie stosowanym rozwiązaniem technicznym w zakresie dołączania systemów telefonii IP do sieci PSTN za pomocą SIP Trunk jest doprowadzenie dedykowanych łączy do lokalizacji klienta w celu połączenia z siecią IPVPN MPLS dostawcy usługi WAN co umożliwi zestawienie połączenia SIP Trunk pomiędzy systemem telefonii IP a platformą SIP

Trunkingową wykonawcy. Rozwiązanie to zapewnia taki sam poziom realizacji usługi jak styk NNI, jest jednak zdecydowanie tańsze i szybsze we wdrożeniu. Odwołujący w tym miejscu zaznacza, iż w procesie dialogu technicznego, jaki był przez Zamawiającego prowadzony w li połowie 2014 roku, rekomendował rozwiązanie tego typu.
W związku z tym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez:
- dopuszczenie w ramach postępowania, jako alternatywnego rozwiązania powyższego sposobu połączenia sieci WAN z siecią telekomunikacyjną wykonawcy.

Zarzut nr 3
Zamawiający w Roz. 1 cz. 2 ust. 3 Zał. nr 4 do siwz - OPZ dla cz. 1 zamówienia, przewidział, że usługa komunikacji SMS ma zostać uruchomiona w terminie 50 dni od dnia podpisania umowy. Termin ten jest zbyt krótki dla rozpoczęcia realizacji przedmiotowego zamówienia. Najwięksi dostawcy tego rodzaju usług potrzebują na wdrożenie rozwiązania i rozpoczęcia świadczenia usług tego rodzaju ok. 60 dni. Jednocześnie termin taki uprzywilejowuje wykonawcę, który tego rodzaju usługi aktualnie świadczy na rzecz Zamawiającego i który choćby z tego względu znajduje się w korzystniejszej pozycji w postępowaniu w stosunku do innych wykonawców. Wymagania dot. usługi komunikacji SMS są tożsame z wymaganiami określonymi w poprzednim postępowaniu, którego przedmiotem była ta usługa, wykonawca obecnie świadczący usługi posiada już wdrożone rozwiązanie i może bez dokonywania żadnych działań po prostu kontynuować świadczenie tej usługi. Z uwagi na połączenie usługi Komunikacji SMS z usługami telefonii komórkowej w jedną część zamówienia, uprzywilejowanie wykonawcy obecnie świadczącego usługi w zakresie Komunikacji SMS stawia go w korzystniejszej pozycji w całej części zamówienia dot. telefonii komórkowej.
Wobec powyższego, Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez:
- wydłużenie terminu na uruchomienie usługi Komunikacji SMS do 60 dni od dnia zatwierdzenia harmonogramu.

Zarzut nr 4

Zamawiający w Roz. 9.1.4.1 zał. nr 11 do siwz - IPU dla cz. 1 zamówienia przewidział rażąco wysokie kary umowne z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia w zakresie uruchomienia usługi Komunikacji SMS w wysokości 50.000 zł za każdy dzień opóźnienia. Postanowienie to prowadzi do uprzywilejowania wykonawcy obecnie świadczącego przedmiotową usługę na rzecz Zamawiającego. Ponieważ wymagania dot. usługi komunikacji SMS są tożsame z wymaganiami określonymi w poprzednim postępowaniu, którego przedmiotem była ta usługa, wykonawca obecnie świadczący usługi posiada już wdrożone rozwiązanie i może bez dokonywania żadnych działań po prostu kontynuować świadczenie tej usługi. Oznacza to, że nie potrzebuje żadnego dodatkowego czasu na wdrożenie i uruchomienie rozwiązania. W konsekwencji nie musi kalkulując ceny oferty uwzględniać dodatkowego ryzyka związanego z karami umownymi z tytułu opóźnienia w uruchomienia usługi. Kary takie będą natomiast musieli uwzględnić pozostali wykonawcy. Z uwagi na połączenie usługi Komunikacji SMS z usługami telefonii komórkowej w jedną część zamówienia, uprzywilejowanie wykonawcy obecnie świadczącego usługi w zakresie Komunikacji SMS stawia go w korzystniejszej pozycji w całej części zamówienia dot. telefonii komórkowej.
Wobec powyższego, Odwołujący zwraca się o nakazanie Zamawiającemu zmiany

siwz poprzez:
- wykreślenie dodatkowej kary za opóźnienie w uruchomieniu usługi Komunikacji SMS, ewentualnie
- zmniejszenie tej kary do wysokości 5 000,00 zł za dzień opóźnienia.
[…]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w

uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
Następnie, w ramach generalnego wprowadzenia do rozpoznania wszystkich odwołań, których przedmiotowy wyrok dotyczy, Izba wskazuje na szereg okoliczności i ograniczeń (zarówno faktycznych, jak i prawnych), które wpływają na kształt rozstrzygnięcia dotyczącego postanowień SIWZ oraz warunkują jego dopuszczalny zakres i treść. Poniżej, na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia i dla jego uzasadnienia, pokrótce omówione zostaną m.in.: normy, zasady i klauzule generalne wynikające z obowiązujących przepisów, które postanowienia SIWZ winny uwzględniać; znaczenie swobodnego uznania zamawiającego w opisaniu i realizacji zaspakajanych przy pomocy zamówień potrzeb, a także zakres dopuszczalnej ingerencji w powyższe przez wykonawców i organy orzekające; skutki orzeczenia dla brzmienia i sensu kształtowanych w ten sposób dokumentów przetargowych; egzekwowalność i wykonalność wyroków Izby… etc…
Zestawienie ich wzajemne powiązanie i konieczność powyższych okoliczności, każdorazowego brania pod uwagę przy orzekaniu o treści specyfikacji, sprawia, iż brzmienie sentencji wyroku w tym przedmiocie pozostaje sprawą specyficzną i formalnie znacznie bardziej skomplikowaną niż w stosunku do zarzutów i żądań dotyczących innych czynności zamawiającego (np. czynności wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty).
W szczególności we wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia, w tym przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołań – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353 1 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze

stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.
Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z

odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wynikały będą z przepisów samego Kodeksu cywilnego, jak też z regulacji Pzp (przykład takiego ograniczenia wskazany został w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03), która w tym zakresie może być traktowana jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako podstawowego aktu prawnego regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (vide art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp oraz generalne odesłania do stosowania przepisów Kc zawarte w art. 14 i 139 ustawy). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania…).
Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana jako wynikająca z przepisów jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę

uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.
Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych…etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowania czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszych dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia. Jak już wskazano, każde ograniczenie konkurencji występujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia (nawet to z pozoru naturalne i nieodzowne), podlegają badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.
Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do

nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.
Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.
Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.
Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne" przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego" nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.
Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą

---

wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.
W związku z faktem odwoływania się w niniejszym uzasadnianiu do pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego", a także w związku z możliwością kwestionowania zasadności odwoływania się do ww. pojęcia, jako nie wynikającego z przepisów Pzp, kwestia ta wymaga dodatkowego omówienia.
„Uzasadnione potrzeby zamawiającego" nie są pojęciem wprost wskazanym w przepisach ustawy. Pojęcie to zostało natomiast wypracowane już w orzecznictwie Zespołów Arbitrów i składa się na jego niepodważalny dorobek, przejmowany w tym zakresie nieomal bez zmian do orzecznictwa Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.

Uzasadnione potrzeby zamawiającego stanowią jak najbardziej racjonalną kategorię, służącą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z zastanego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywiście jak każde pojęcie teoretyczne, służące opisowi pewnych zjawisk, na które składają się określone kryteria i dystynkcje, „uzasadnione potrzeby zamawiającego" mogą być wyeliminowane z zasobu pojęć danej nauki lub działalności, czy ściślej – teorii i praktyki stosowania Pzp, a następnie zastąpione innym środkami opisu, lepiej spełniającymi postulaty „naukowości" (czy bardziej specyficznie w tym przypadku – odpowiadania przepisom prawa i jego prawidłowemu stosowaniu), takie jak adekwatność do opisywanego przedmiotu, koherentność z innymi pojęciami i założeniami, czy nawet (a może przede wszystkim) ze względu na postulat prostoty i praktycznej użyteczności danego pojęcia. Tego typu operacje wypierania jednym pojęć przez inne, a nawet zastępowania całych teorii, odbywają się nawet w naukach empirycznych, tym bardziej mogą mieć miejsce w doktrynie czy praktyce prawa.
Natomiast w tym przypadku, skład orzekający Izby nie widzi potrzeby wypracowywania innych pojęć czy kategorii, które ww. pojęcie mogłyby skutecznie zastąpić, a także racji dla postulatów aby przy ocenie stopnia ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ramach danego opisu przedmiotu zamówienia, z używania tego pojęcia w ogóle zrezygnować. W ocenie Izby, żadne inne pomocnicze pojęcia, stosowane dla oceny i kwalifikacji danego opisu przedmiotu zamówienia, nie są tak poznawczo doniosłe, nie oddają w takim stopniu

istoty problemu oraz równie celnie i całościowo nie opisują i nie oddają kryteriów oceny powyższego.
Jak już wskazano, właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Siłą rzeczy w zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej – zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje. Natomiast właśnie jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności owego stopnia danego ograniczenia konkurencji, jest właśnie kwalifikacja powyższego w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego". Kategoria ta umożliwia, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia i zamawiającego, przeprowadzenie pełnej oceny względów, którymi zamawiający kierował się przyjmując określony kształt i zakres przedmiotu zamówienia. Przy czym dodać należy, że odwołanie do „uzasadnioności" danych potrzeb zamawiającego, referuje zarówno do obiektywizacji tych potrzeb, jak też ich wykazania.
Ilustrując powyższe przykładem wskazać można, iż właśnie przez odwołanie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego najłatwiej ocenić i uzasadnić dopuszczenie zamówienia przez przewoźnika kolejowego elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), a wyłączenie możliwości dostawy jednostek z napędem spalinowym. Niewątpliwie przy pomocy pociągów spalinowych można realizować te same, podstawowe cele zamówienia (np. przewóz pasażerów), pociągi te mogą przemieszczać się po tych samych liniach kolejowych co „EZTy" plus po liniach niezelektryfikowanych… *etc.,* a jednak ocena szeregu zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego związanych z ekologią, ekonomią i komfortem użytkowania pociągów może przesądzić, iż ograniczenie konkurencji jedynie do pewnego segmentu rynku zostanie uznane za dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, pomimo, że taki opis przedmiotu zamówienia zupełnie eliminuje producentów posiadających w swojej ofercie jedynie jednostki spalinowe. Również w przypadku zakupu jednostek spalinowych, w przypadku wykazania przez zamawiającego, iż pociągów takich potrzebuje do obsługi linii niezelektryfikowanych, jakiekolwiek zarzuty braku dopuszczenia do zamówienia EZT zostaną uznane za niezasadne.
Powyższy przykład jest oczywiście bardzo zasadniczy i uproszczony. Ograniczenia konkurencji w ramach opisów przedmiotu zamówienia przybierają zazwyczaj bardziej skomplikowany charakter, niemniej jednak mechanizm i skutek jest zawsze ten sam – preferowane są jedne produkty czy rozwiązania, a niedopuszczane do zaoferowania lub dyskryminowane produkty inne. Do powyższego zazwyczaj referują również zarzuty i żądania

wykonawców, którym dany opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada, domagających się dopuszczenia w jego ramach również rozwiązań opisem tym nieobjętych. Natomiast

stwierdzenie dopuszczalności tego typu ograniczeń warunkowane jest właśnie oceną różnorakich względów z danym zamówieniem związanych (np. takich jak cel, który dane zamówienie ma realizować, warunki prowadzenia działalności przez zamawiającego, wszelkie uwarunkowania i skutki zastosowania określonych rozwiązań… etc.), określanych zbiorczo jako „uzasadnione potrzeby zamawiającego". Właśnie przez wskazanie i ocenę wagi potrzeb zamawiającego można najskuteczniej i najbardziej obiektywnie ocenić dany stopień ograniczenia konkurencji wynikający z zastanego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając na przykład, iż jest on dopuszczalny ze względu na istnienie adekwatnych doń potrzeb zamawiającego, których realizacji służy (i *vice versa* – że wykazane potrzeby zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia konkurencji i dostępu do zamówienia w zakresie przewidzianym przez zamawiającego). W skrajnych przypadkach waga i nagromadzenie potrzeb zamawiającego może nawet prowadzić do zupełnej eliminacji konkurencji z postępowania, prowadząc do konieczności udzielenia zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co w przepisach ustawy opisywane jest w ramach przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.
Omawiana kategoria znalazła również zastosowanie w odniesieniu do zarzutów jednego z rozpatrywanych odwołań (KIO 736/15), sprowadzającego się do postulowania dopuszczenia dostawy elementów systemu i telefonów IP pochodzących od różnych producentów zamiast wymaganej przez Zamawiającego jednorodności źródła pochodzenia powyższych.
Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane przez zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami o charakterze *iuris cogentis* regulującymi stosunku umowne danego typu, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353 ^{1} k.c..
Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353 ^{1} k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się

---

właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.
Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc, m.in. tych wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.
Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości" świadczeń, o którym mowa w *defieniendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla

porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiadanie świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.
W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych

(np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.
Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.
Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem

zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”
Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej

w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron."
Jak wynika z powyższego o zasadzie swobody umów w systemie prawa cywilnego i zamówieniach publicznych, wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiadały się sądy powszechne. Jakkolwiek większość orzecznictwa w tym kontekście dotyczy poszczególnych postanowień czy warunków umownych, to wskazać tu należy, iż znajduje ono zastosowanie również do przedmiotu umów. Postanowienia umowy, które przewiduje zamawiający w swojej SIWZ, stanowią integralną część warunków zamówienia (w szerszym znaczeniu składają się na opis przedmiotu zamówienia). Albo inaczej: w wymiarze przedmiotowym zasady swobody umów mieści się również opis przedmiotu zamówienia *sensu stricte* – to strony umowy decydują, co ma być jej przedmiotem, co chcą w jej ramach sprzedać lub kupić oraz w jaki sposób powyższe ma być zrealizowane.
Tym samym, skoro powołane wyżej wyroki sądów okręgowych dotyczące kształtowania warunków umowy, mogą zostać odniesione również do kształtowania samego opisu i zakresu zamówienia (a więc przedmiotu umowy). Wskazywany brak podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada, odnosi się również do przymuszania zamawiającego do zakupienia rzeczy czy świadczeń, których zakupić nie chce lub przyjęcia ich wykonania w terminie, który jest dla niego nieakceptowany. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izby Odwoławcza i sądy powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie potrzeb zamawiającego i sposobu ich zaspokojenia. W przepisach Pzp brak oparcia dla

opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków i terminu jego realizacji, kształtowania budżetu i przepływów finansowych zamawiającego... *etc.* W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien zakupić w zamian i w jaki sposób lub z jakich zamówień zrezygnować.
Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie działają bynajmniej jako organy administracji publicznej realizujące jakiekolwiek swoje władcze uprawnienia w stosunku do wykonawców, ale jako równoprawni uczestnicy cywilnoprawnego obrotu. W szczególności statusu tego typu nie mają zamawiający sektorowi kierujący się często w swojej działalności zwykłym rachunkiem ekonomicznym. Jakkolwiek przy pomocy zamówień publicznych zamawiający przeważnie realizują różnorakie cele i zadania publiczne, jednakże czynią to przy pomocy instrumentów typowo cywilnoprawnych, działając w sferze prawa cywilnego, a więc zwierając umowy, w ramach których nabywają potrzebne im dobra i usługi (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00). Wybory i decyzje zamawiających co do sposobu realizacji swoich statutowych czy ustawowych zadań w ramach i poprzez zamówienia publiczne (np. który odcinek autostrady zbudować i jak go poprowadzić, w jakiej formule, z jaką nawierzchnią; albo np. jaki kształt używanego systemu przesyłania danych przyjąć i jak ukształtować postanowienia umowne dotyczące usług telefonicznych i teleinformatycznych), pozostają ograniczane jedynie przez szczególne przepisy dotyczące ich działalności, względnie przez wolę podmiotów, którym są hierarchicznie czy politycznie podległe. W przepisach ustawy brak natomiast materialnych norm, które pozwalałyby powyższe zamawiającym narzucać. Ograniczenia swobody kontraktowania po stronie zamawiającego wynikające z przepisów ustawy mają inny aspekt, zakres i charakter (omawiany powyżej) – nie przekładają się natomiast na możliwość pozytywnego decydowania o kształcie zakupów zamawiającego.
Przy czym skład orzekający Izby bynajmniej generalnie i doktrynalnie nie przesądza o bezwzględnym zakazie jakiejkolwiek ingerencji w czynności zamawiającego kształtujące stosunki umowne nawiązywane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wykraczające poza stwierdzenie ich niezgodności z prawem i następującym po tym, nakazie ich unieważnienia lub powtórzenia. W pewnych wypadkach może być uznane za dopuszczalne,

nakazanie zamawiającemu dokonania określonych modyfikacji warunków przetargu (w tym opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy). W szczególności, po wysłuchaniu stron, w tym zamawiającego w przedmiocie określenia jego potrzeb i motywów, do których zaspokojenia zmierza przy pomocy danego zamówienia, ze względu na ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia, a także z powołaniem na pewne trudne do przecenienia, kształtujące się od początku funkcjonowania arbitrażu, tradycje czy nawet zwyczaje orzecznicze, możliwe będzie nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia dokładnie podyktowanych zmian SIWZ. Zwłaszcza jeżeli dane zmiany sprowadzały się będą li tylko do eliminacji niedopuszczalnych ograniczeń konkurencji w warunkach zamówienia, a nie zmieniały będą istoty zamówienia, jego zakresu i rodzaju, i jednocześnie nie będą nadmiernie ingerowały w sferę *dominium* zamawiającego lub będą przez niego akceptowane.
Można więc przyjąć i wskazać, że organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach obowiązywania zasady swobody umów i w systemie prawnym na tej zasadzie opartym, a nie w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej, winny ze szczególną ostrożnością i w ograniczonym zakresie kształtować stosunki umowne pomiędzy stronami obrotu cywilnoprawnego. Tym samym w celu narzucenia zamawiającemu konkretnego kształtu i zakresu jego zamówienia, wykonawcy winni zwracać się do instytucji, którym dany zamawiający jest organizacyjnie lub politycznie podległy (o ile takie występują), a nie do organów orzekających w sprawach zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Izba może natomiast, w przypadku adekwatnych wniosków odwołania w tym zakresie, nakazać unieważnienie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy, a dokonanie jego poprawienia egzekwowalnym wyrokiem Izby jest niemożliwe z powodów opisanych powyżej. W takiej sytuacji, unieważnienie postępowania przy pomocy egzekwowalnego wyroku Izby uniemożliwiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów prawa, a jednocześnie dałoby zamawiającemu możliwość odpowiedniego, zgodnego z jego potrzebami, poprawienia opisu własnego przedmiotu zamówienia, albo rezygnację z zakupu, którego zgodnie z przepisami prawa przeprowadzić nie chce, nie może lub nie potrafi.
W szczególności, przy potwierdzeniu niektórych zarzutów rozpatrywanych odwołań (zwłaszcza odwołania KIO 736/15), w odniesieniu do żądań z nimi związanych, Izba uznała, iż ich zasądzenie zmierzające do narzucenia zamawiającemu konkretnych warunków zakupu i opisania elementów przedmiotu zamówienia nie mieściło się w zakreślonych wyżej ramach.
Odnośnie powyższego dodać jeszcze generalnie należy, iż zarzuty dotyczące postanowień SIWZ niejednokrotnie definiowane są również przez żądania, które wykonawca względem

nich formułuje. Natomiast dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia często warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Tego typu sytuacje występują najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednakże wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć, przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast w przypadku niemożliwości zasądzenia danych żądań odwołania dotyczących brzmienia dokumentów przetargowych, zupełnie dowolna kreacja ich treści poza wolą stron, winna doznawać ograniczeń.
Jak już wskazano, Izba nie może wyręczyć zamawiającego i w wyroku nakazać konkretny opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza konkurencji i jednocześnie odpowiada potrzebom zamawiającego, a następnie nakazać dokonania tak opisanego zakupu. Natomiast jedynie pozornym rozwiązaniem powyższego problemu jest ogólne nakazywanie w wyroku dokonania takiej modyfikacji postanowień SIWZ, aby stały się zgodne z przepisami, zrozumiałe czy otwarte na konkurencję, etc… Wyrok z sentencją tego typu pozostaje nieegzekwowalny w rozumieniu art. 197 ustawy i tym samym wyklucza zastosowanie ww. przepisu. Ponadto samo wykonanie takiego wyroku przez zamawiającego będzie niedookreślone, dowolne i ocenne (co budzić będzie np. wątpliwości związane z zaistnieniem przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp). Należy więc postulować, aby w miarę możliwości unikać formułowania orzeczeń niekonkretnych, ale w przypadku niemożliwości sensownego nakazania poprawienia danych naruszeń

przepisów, nakazywać raczej usunięcie postanowień, z których owe naruszenia wynikają, a w skrajnych przypadkach nakazywać nawet unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.
Następną kwestią ogólną ważącą na zapadłym rozstrzygnięciu i wartą oddzielnego omówienia stanowi dokonanie zmian w czynnościach (tu: w treści SIWZ), których odwołania dotyczyły. Tego typu powtórzenie lub zmiana czynności zamawiającego dokonywana po wniesieniu odwołania pozostaje czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia a nie czynnością procesową, a więc działaniem dokonywanym poza postępowaniem odwoławczym, które jednak wywiera wpływ na rozstrzygnięcie odwołania przez dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy. (Przy czym powyższe pozostaje często jedynym sposobem na uniknięcie przez zmawiającego negatywnych skutków – zwłaszcza w postaci zasądzenia

---

kosztów postępowania odwoławczego – braku przewidzenia w ustawie możliwości uwzględnienia jedynie części zarzutów podniesionych w odwołaniu).
W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienia, czy raczej uznawania za zasadne, części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.
W takim przypadku, tj. przy zmianie czy wykonaniu czynności postulowanych w odwołaniu – co m.in. wskazała Izby w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r. , sygn. akt KIO 707/11 – należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na ten moment nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie – zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Powyższe należy również zakwalifikować jako przypadek podpadający pod dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp – nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, w odniesieniu do czynności (postanowień SIWZ) już nieistniejących i niewywierających skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią zmianą dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
W związku z powyższym w trakcie orzekania należało wziąć pod uwagę wszelkie wprowadzone przez zamawiającego zmiany w postanowieniach dokumentów przetargowych, których zarzuty odwołań dotyczyły (w tym przypadku właściwie odwołania KIO 739/15). Natomiast ocena zgodności z prawem samej nowej treść SIWZ wprowadzonej przez zamawiającego, znalazła się poza oceną Izby, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp – nowe postanowienia SIWZ nie były (i nie mogły być) zarzutami rozpatrywanych odwołań objęte. Przy czym ustalenie, co jest postanowieniem materialnie nowym, którego zarzuty odwołań nie mogły dotyczyć, przeprowadzono oceniając treść i zakres wprowadzonych zmian, a nie tylko biorąc pod uwagę sam fakt ich przeprowadzenia w odniesieniu do danej jednostki redakcyjnej SIWZ.
Opisane wyżej względy i okoliczność, zdeterminowały kształt zapadłego rozstrzygnięcia w przedmiocie rozpoznawanych odwołań.

Natomiast odnosząc się kolejno do podtrzymanych zarzutów poszczególnych odwołań, Izba stwierdziła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 736/15

Odwołanie jest niezasadne.
Wymaganie zestawienia systemu z elementów tego samego producenta nie narusza w tym przypadku zasad konkurencji, o których mowa w przepisach ustawy.
W zastanych okolicznościach sprawy istnieje bliżej nieustalona, ale i nieograniczona grupa producentów systemów teleinformatycznych produkujących równocześnie

aparaty IP, których produkty mogą być zaoferowane w tym postępowaniu. Istnieje również właściwie nieograniczona liczba dostawców, firm zainteresowanych udziałem w postępowaniu – takich jak Odwołujący, którzy mogą zestawić powyższe produkty i złożyć ofertę w postępowaniu. Istnieją również, co prawda, producenci poszczególnych elementów systemu, z których produktów nie można zestawić całości przedmiotu zamówienia (tacy jak Microsoft Corp., którego interesy zdaje się reprezentować Odwołujący), jednakże powyższe nie ogranicza konkurencji w postępowaniu w stopniu przez ustawę niedozwalanym. Przeciwnie, konkurencja w postępowaniu występuje, a wykazane względy i potrzeby jak najbardziej uzasadniają zastany, niewielki stopień jej ograniczenia. Zamawiający wcale nie musi kosztem swojej wygody czy bezpieczeństwa dopuszczać wszystkich rozwiązań obecnych na rynku (lub ich elementów).

Rzeczonymi względami uzasadniającymi eliminację niektórych produktów z postępowania jest w tym przypadku potrzeba jak najprostszego zagwarantowania i egzekwowania kompatybilności systemu i urządzeń. Notoryjna jest okoliczność, iż zaawansowane technologicznie produkty tego samego producenta niejako naturalnie będą współpracować ze sobą lepiej, niż produkty różnych firm, a żadna certyfikacja nie zapewni powyższego w takim samym stopniu. Ponadto przekonujące są w tym przypadku argumenty Zamawiającego, iż właściwie niemożliwie pozostaje pełnej kompatybilności w zabezpieczenie rozwiązań różnych producentów perspektywie kilkuletniej i certyfikacja powyższego w pełnym zakresie w przyszłości.

Jak już wskazano powyżej, ocena dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji czyli dostępu niektórych potencjalnych wykonawców do uzyskania zamówienia, zależy od porównania kilku zmiennych: wagi potrzeb zamawiającego,

---

które w ten sposób są zabezpieczane oraz stopnia ograniczenia konkurencji, dokonywanego przeważnie przez ustalenie kształtu rynku, którego ograniczenie dotyczy…etc. Przy czym zmienne te wykazują pewną, oczywiście nieliniową, zależność: im ograniczenie konkurencji mniejsze, mniej ważne mogą być również względy, które za nim przemawiają. I na odwrót, w przypadku wykazania konieczności danego rodzaju zakupu, możliwe stanie się wyeliminowanie konkurencji z postępowania w ogóle.

Izba oceniła dowód wnioskowany przez Odwołującego – informację ze strony internetowej Agencji NATO ds. Łączności i Informatyki – oraz uznała, że nie wnosi niczego istotnego do rozstrzygnięcia sprawy. Ocena ww. Agencji, że stosowany przez nią produkty Polycom i Microsoft gwarantują bezpieczeństwo komunikacji nie zmienia powyższych ustaleń Izby.

Sygn. akt: KIO 739/14

Zarzut nr 1 b)
Zarzut jest niezasadny.
Umowna opcja ograniczenia zakresu świadczonych usług w związku z wystąpieniem przyszłej, a niepewnej okoliczności dotyczącej utraty statutu operatora wyznaczonego przez Zamawiającego jest dopuszczalna i nie narusza dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp. Przygotowanie i wycenienie oferty jest w tym przypadku możliwe na zasadzie wycenienia ryzyk związanych z przebiegiem zamówienia. Wykonawca może tak skalkulować cenę usług telekomunikacyjnych, aby spodziewaną stopę zwrotu uzyskać już przed momentem ewentualnego, spodziewanego ograniczenia zakresu umowy.

Zarzut nr 1 c)
Zarzut jest niezasadny.
Według wykładni autentycznej SIWZ dokonanej przez Zmawiającego wskazane postanowienia nie mają zobowiązaniowego charakteru, tj. usługi czy dostawy nimi objęte nie wchodzą w zakres przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie będzie więc w ogóle zobowiązany do świadczenia usług na rzecz innych podmiotów Grupy Pocztowej i osiągnięcia z nimi porozumienia umownego.

Modyfikacja postanowień zał. nr 4 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia dla Części I z dnia 21 kwietnia br. pozostawała irrelewantna względem zarzutów odwołania.

Zarzut nr 1 e)
Zarzut jest niezasadny.
Odpowiedzialność wykonawców przewidywana w warunkach przetargowych nie obejmuje wcale odpowiedzialności za parametry czy wady sieci WAN/LAN. Nie ma więc potrzeby wprowadzania jakichkolwiek wyłączeń ani modyfikacji w tym zakresie.

Zarzut nr 1 f)
Zarzut jest niezasadny.
Kwestionowane postanowienia nie nakładają na wykonawców żadnego ryzyka rozszerzenia czy zasadniczej zmiany przedmiotu zamówienia poza ich kontrolą. Nie przekreślają istoty zmiany stosunków umownych – do aneksowania umowy ciągle niezbędne pozostaje zgodne oświadczenie woli obu stron. Zamawiający nie wprowadził tu żadnych jednostronnych klauzul zmieniających. To wykonawca otrzymując aneks wciąż decydował będzie od jakich powodów uzależni zgodę na jego zawarcie. Innymi słowy, to wykonawcy będzie oceniał i decydował czy dane powody są dla niego ważne i istotne. Nie sposób natomiast przyjąć w jaki sposób powyższa klauzula generalna miałaby posłużyć Zamawiającemu do zakwestionowania oceny wykonawcy i przymuszenia go do zawarcia aneksu.

Zarzut nr 1 g)
Zarzut jest niezasadny.
Kwestia dopuszczalności wymagania zawarcia trójstronnego porozumienia pomiędzy wykonawcą przedmiotowego zamówienia, Zamawiającym i wykonawcą Projektu WAN była rozstrzygana przez Izbę w ramach wyroku KIO z dnia 20.10.2015 r. (sygn. akt. KIO 1987/14, KIO 2000/14, KIO 2002/14) dotyczącym tego samego porozumienia – wymaganego od wykonawcy projektu sieci WAN.
Skład orzekający Izby w pełni podziela wyrażone w uzasadnieniu ww. wyroku stanowisko, iż wymagane porozumienie nie utrudnia i nie uniemożliwia wykonawcy *sporządzenie oferty w sytuacji, gdyż zakres* świadczenia *wykonawcy został*

wyczerpująco określony w specyfikacji, a porozumienie trójstronne ma dotyczyć wyłącznie tzw. reguł kolizyjnych (rozwiązywania problemów na wspólnych obszarach).

Zarzut nr 1 h)
Modyfikacją SIWZ z dnia 21 kwietnia 2015 r. Zamawiający zmienił objęte odwołaniem postanowienia rozdz. 11.1.8 Projektu umowy dla cz. 2, z tego względu zarzuty odwołania ich dotyczące stały się bezprzedmiotowe. Odwołujący mógł i powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej względem nowych postanowień SIWZ odrębnie.

Zarzut nr 1 i)
Modyfikacją SIWZ z dnia 21 kwietnia 2015 r. Zamawiający zmienił objęte odwołaniem postanowienia rozdz. 1 ust. 1.5 pkt. 4 OPZ dla cz. 2, z tego względu zarzuty odwołania ich dotyczące stały się bezprzedmiotowe. Odwołujący mógł i powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej względem nowych postanowień SIWZ odrębnie.

Zarzut nr 2 b)
Zarzut oddalono ze względu na niedopuszczalność żądań z nim związanych. Zmawiający jest uprawniony do żądania określonych rozwiązań technicznych (tu: komunikacji przez styk NNI) oraz nie dopuszczania innych, przy czym wymaganie takie ma nie naruszać konkurencji oraz zostać opisane w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 Pzp, tj. w sposób kompletny, jasny i umożliwiający złożenie oferty. Natomiast wykonawcy ani Izba nie mogą narzucić Zamawiającemu dopuszczenia rozwiązań, których kupić nie zamierza i nie chce.

Styk NNI może zbudować i zestawić każdy wykonawca obecny na rynku pod warunkiem posiadania wszelkich informacji składających się na prawidłowy opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Jednakże Odwołujący w swoich żądaniach nie wnioskował wcale o dodatkowe opisanie warunków budowy NNI i podania wszelkich informacji potrzebnych do jego wycenienia i wykonania (co niewykluczone,

36

---

iż byłoby zasadne), ale wnosił o przymuszenie Zamawiającego do dopuszczenia rozwiązań alternatywnych (co zasadne nie jest).

Zarzut nr 3
Zarzut jest niezasadny.
Odwołujący nie wykazał jakoby uruchomienie bramki SMS, w tym napisanie niezbędnych do tego aplikacji, było niemożliwe w terminie 50 dni wymaganych przez Zamawiającego i wymagało wydłużenia o min. 10 dni.
Izba uwzględniła i oceniła w tym zakresie dowody wnioskowane przez strony:
- pismo Materna Communications Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2015 r., w którym firma ta stwierdza, iż czas potrzebny na wykonanie ww. bramki SMS szacuje na min. 60 dni,
- wyciąg z umowy nr 356/CI/2012 r. pomiędzy Pocztą Polską S.A. a Materna Communications Sp. z o.o. wraz ze związanym z nią protokołem odbioru, z których wynika, iż bramkę SMS wdrożono od 17.10.2012 r. do 30.11.2012 r.
W ich świetle brak podstaw do stanowczego przesądzenia, że usługi tego typu nie da się wykonać w terminie o 10 dni krótszym niż wnioskowany przez Odwołującego. W szczególności oświadczenie jednego z uczestników rynku, partnera biznesowego Odwołującego, nie może stanowić podstawy do powyższego.

Zarzut nr 4
Zarzut jest niezasadny.
Izba nie dopatrzyła się w jakimkolwiek wzorcu kontroli postanowień SIWZ wynikającym czy to z przepisów ustawy czy Kodeksu cywilnego, podstawy do zakwestionowania wysokości przewidywanych kar umownych.
Ewentualne miarkowanie kar umownych może nastąpić w konkretnym przypadku po ich naliczeniu. Również na zasadach ogólnych, w określonych okolicznościach wykonawca może uchylić się od płacenia kar i zwolnić się z odpowiedzialności za opóźnienia.

37

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

38