Sygn. akt: KIO 318/12

WYROK
z dnia 24 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Nexrad Telecom Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o. o. w Nowym Dworze Mazowieckim,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Mazowieckiemu Portowi Lotniczemu Warszawa - Modlin Sp. z o. o. w Nowym Dworze Mazowieckim w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę sieci trankingowej dla Portu Lotniczego Warszawa – Modlin, dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przez wykreślenie w Załączniku nr 1 do siwz „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia", w rozdz. II „Wymagania dla terminali radiowych w standardzie TETRA" następujących jednostek redakcyjnych: pkt 1 ppkt 1.7 i 1.16, pkt 2 ppkt 2.7 i 2.16,

2. kosztami postępowania obciąża **Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o.o. w Nowym Dworze Mazowieckim** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Nexrad Telecom Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa - Modlin Sp. z o. o. w Nowym Dworze Mazowieckim** na rzecz **Nexrad Telecom Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

---

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 dla Warszawy-Pragi.

Przewodniczący: ……

---

sygn. akt KIO 318/12

UZASADNIENIE

Zamawiający, Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o. o. w Nowym Dworze Mazowieckim, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sieci trankingowej dla Portu Lotniczego Warszawa – Modlin.
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 02.02.2012 r. w Dz.U. UE pod

numerem 2012/S 22-035994. W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 13.02.2012 r. Nexrad Telecom Sp. z o.o. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, konkretnie wobec:

- ustalenia warunku udziału w postępowaniu, posiadania doświadczenia - w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji w tym , niedopuszczenie składania ofert wariantowych;
- ustalenia terminu wykonania zamówienia w sposób uniemożliwiający jego prawidłową realizację w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji;
- ustalenia w Istotnych postanowieniach umowy nieprawidłowego zakresu przekazania praw autorskich;
- ustalenia w Istotnych postanowieniach umowy wysokości kar umownych przy równoczesnym ustaleniu dowolnego zakresu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego;

- ustalenia w Istotnych postanowieniach umowy dowolnego zakresu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 w związku z art. 3 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uoznk) oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 5 kc, a także art. 144 ust 1 ustawy.
W związku z powyższym w odwołaniu wniesiono o:

- Nakazanie modyfikacji opisu warunku udziału w postępowaniu -posiadania doświadczenia zawodowego w sposób wskazany w treści odwołania;
- Nakazanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w treści odwołania;
- Nakazanie modyfikacji zapisów umowy w sposób wskazany w treści odwołania;
- Nakazanie zmiany terminu realizacji zamówienia w sposób umożliwiający jego wykonanie.
- Ewentualne nakazanie dopuszczenia składania ofert częściowych;
- Nakazanie przedłużenia terminu do składania ofert według norm prawem przepisanych.

I. W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w punkcie III.2.3) lit. c) ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednio w punkcie V1.2) lit. c) SIWZ Zamawiający zażądał, aby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca posiadał doświadczenie w realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu instalacji telefonii komórkowej GSM/DCS/UMTS - jako instalacji wewnętrznej o wartości zamówienia co najmniej 200 000 zł brutto.
Treść warunku, jakkolwiek związana z przedmiotem zamówienia, narusza zasadę uczciwej konkurencji. O udzielenie zamówienia nie mogą ubiegać się bowiem wykonawcy, posiadający nawet wielokrotnie większe doświadczenie w projektowaniu i budowie instalacji telefonii komórkowej GSM/DCS/UMTS - jako instalacji zewnętrznej, mieszanej lub wręcz sieci rozległej. W obecnym brzmieniu, warunek

dopuszcza do realizacji zamówienia podmioty o mniejszym doświadczeniu, odpychając od niego podmioty o większym doświadczeniu.
Według Odwołującego zaskarżony warunek udziału narusza przepis art. 7 ust. 1 ustawy

II. W Załączniku nr 1 do SIWZ zawarto „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia".

W części „Wymagania ogólne" w punkcie I. „Wymagania dla systemu łączności radiowej w standardzie TETRA" w pkt 3 opisano wymagania odnośnie redundancji elementów sterujących systemu.
Nie ulega najmniejszej wątpliwości i pozostaje poza jakimkolwiek sporem, że jakakolwiek awaria serwera sterującego, sterownika stacji bazowej itp. nie może mieć wpływu na działanie systemu. Wymaganie to zostało zawarte w punkcie 3.1. Niestety dalsze zapisy (punkt 3.2, 3.3 oraz komentarz pod nim) wskazują na konkretne rozwiązanie. Z punktu widzenia eksploatacji systemu, to jest tego, co w rzeczywistości widzi użytkownik, metoda realizacji redundancji nie ma żadnego znaczenia. W przedmiotowej sprawie zapisy te utrudniają konkurencję. Zamiast szczegółowego opisu w Załączniku nr 1 , Zamawiający może przyjąć oświadczenie wykonawcy lub producenta, że system jest redundantny i spełnia wymóg funkcjonalny zawarty w punkcie 3.1. Metodologia realizacji redundancji nie jest przedmiotem publikacji handlowych i częstokroć stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Stąd może wynikać błąd Zamawiającego w ustaleniu faktycznym co do jednorodności metodologii realizacji redundancji na ogóle rynku, co przełożyło się na wadliwy opis przedmiotu zamówienia w SIWZ.
Opis redundancji bez związku z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego odpycha od zamówienia nie tylko Odwołującego, ale w ogóle wszystkie podmioty, które mają inny od opisanego algorytm realizacji funkcji redundancji. Jako taki narusza art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust 2 ustawy
W związku z czym Odwołujący wniósł o wykreślenie punktów 3.2 oraz 3.3 wraz z komentarzem na stronie 16 Załącznika nr 1 do SIWZ.

III. W części „Wymagania ogólne" w punkcie II. Wymagania dla terminali radiowych w standardzie Tetra znalazły się liczne zapisy wskazujące, iż jedynym producentem,

---

którego urządzenia mogą spełnić niektóre parametry, jest firma CASSIDIAN/EADS, której przedstawicielem na Polskę jest RADMOR S.A.
W podpunkcie 1. opisano wymagania dla radiotelefonów doręcznych „pełnych" standardu Tetra w ilości 190 szt. Wśród nich, wpisano unikalne dla radiotelefonów CASSIDIAN/EADS THR9 funkcjonalności, które nie decydują w żadnej mierze o przydatności do pracy w systemie stanowiącym przedmiot zamówienia. Są to funkcjonalności dodatkowe, bez których, lub przy ich odmiennej realizacji - system łączności będzie doskonale funkcjonował:
1.7 Głosowe komunikaty potwierdzenia wyboru funkcji lub grupy w języku polskim.
1.16. Funkcja wskazywania azymutu i dystansu do użytkownika nadającego podczas połączenia grupowego.
Powyższa funkcja, w przypadku zamiaru korzystania z radiotelefonów wewnątrz pomieszczeń (zamiar taki Zamawiający ma, gdyż żąda budowy instalacji wewnętrznej), jest bezcelowa gdyż jak powszechnie wiadomo, system GPS w pomieszczeniach nie działa. Nie ma zasięgu satelitów, których sygnału nie da się retransmitować wewnątrz pomieszczeń. Ponadto, w przypadku niewielkiego obszaru działalności Zamawiającego, dokładność wskazań urządzeń GPS (wynikająca z właściwości satelitów) jest niska i obarczona takim błędem, iż w zasadzie czyni tę funkcję bezużyteczną nawet na zewnątrz. Ponadto zwracamy uwagę, że w/w funkcjonalność nie jest wymieniona w wymaganiach dotyczących radiotelefonów przewoźnych, prawdopodobnie z powodu tego, iż radiotelefony CASSIDIAN TMR880i nie mają takiej funkcjonalności, co w przypadku radiotelefonów montowanych w pojazdach poruszających się po terenie lotniska i okolicach, byłoby być może bardziej przydatne niż w przypadku radiotelefonów ręcznych.
Dodatkowo w punkcie 1.18.3. zażądano, aby bateria Li-jon (litowo -jonowa) pozwalała na pracę radiotelefonu w trybie czuwania przez minimum 40 godzin. Tego rodzaju określenie nie jest spotykane u innych producentów. Jest to sposób prezentacji możliwości radiotelefonu oferowanego tylko przez jednego producenta - CASSIDIAN/EADS THR9. Przyjęło się podawać czas pracy radiotelefonu dla trybu pracy 5/5/90 (5% czasu w nadawaniu, 5% czasu odbiór, 90% czasu czuwanie), podczas gdy wymaganie SIWZ dotyczy wyłącznie wydajności baterii w trybie

czuwania, czego się nie stosuje.

6

W podpunkcie 2. opisano wymagania dla radiotelefonów doręcznych „duże przyciski" standardu Tetra w ilości 20 szt. Także tutaj wymieniono szkodliwe dane właściwe wyłącznie dla radiotelefonów CASSIDIAN/EADS THR9:
2.7. Głosowe komunikaty potwierdzenia wyboru funkcji lub grupy w języku polskim.
2.16 Funkcja wskazywania azymutu i dystansu do użytkownika nadającego podczas połączenia grupowego.
2.18.3. Bateria Li-jon pozwalająca na pracę radiotelefonu w trybie czuwania przez minimum 40 godzin.
W punkcie 3. „Wymagania dla zastawów samochodowych (...)" . W punkcie 3.3 zażądano, aby uchwyt w którym umieszczany jest radiotelefon musi umożliwiać dołączenie zewnętrznych anten Tetra i GPS. Funkcja ta, jest oferowana tylko przez jednego producenta. Posiada ją Uchwyt samochodowy CARK-9 dla radiotelefonów CASSIDIAN/EADS THR9. Z kolei uchwyt samochodowy np. firmy Motorola nie ma uchwytu obrotowego i możliwości podłączenia anteny GPS ale w tym czasie radio może korzystać z wbudowanej anteny GPS. Zachowana jest zatem konieczna funkcjonalność przy jej odmiennej realizacji technicznej. W związku z tym, tak ujęty zapis SIWZ jest wymaganiem niezachowującym neutralności technologicznej i wskazuje na konkretny sposób rozwiązania wymaganej funkcjonalności a przez to na konkretnego producenta.
W punkcie 4. znalazły się „Wymagania dla radiotelefonów doręcznych standardu Tetra spełniający wymagania ATEX oraz IEC-EX w ilości 5 szt." Parametry właściwe dla radiotelefonu CASSIDIAN/EADS THR9 EX:
4.8. Głosowe komunikaty potwierdzenia wyboru funkcji lub grupy w języku polskim.
4.17. Funkcja wskazywania azymutu i dystansu do użytkownika nadającego podczas połączenia grupowego.
4.19.3. Bateria Li-jon pozwalająca na pracę radiotelefonu w trybie czuwania przez minimum 40 godzin.
Tego warunku nie spełnia nawet radiotelefon oferowany przez CASSIDIAN/EADS THR9 EX.
W punkcie 5. opisano „Wymagania dla radiotelefonów przewoźnych standardu Tetra w ilości 60 szt."

7

Osobliwym parametrem radiotelefonu CASSIDIAN/EADS TMR880i są:
5.5. Głosowe komunikaty potwierdzenia wyboru funkcji lub grupy w języku polskim.
W punkcie 6. opisano „Wymagania dla radiotelefonów stacjonarnych standardu Tetra w ilości 20 szt." Osobliwymi parametrami radiotelefonu CASSIDIAN/EADS TMR880i są:
6.5. Głosowe komunikaty potwierdzenia wyboru funkcji lub grupy w języku polskim.
Wskazane powyżej funkcjonalności nie zostały podyktowane potrzebami Zamawiającego. Ich usunięcie, zaś w przypadku wydajności baterii - odmienne opisanie - jest konieczne z punktu widzenia zachowania uczciwej konkurencji. Przy czym oferowane przez Odwołującego radiotelefony, spełniają wszystkie pozostałe parametry żądane przez Zamawiającego.

IV. W punkcie III opisano „Wymagania dla zintegrowanego systemu łączności radiowej". Na stronie 25, p. 1.7- Zamawiający wymaga aby Konsola Dyspozytorska realizowała wszystkie funkcje integracji w jednej aplikacji systemu obsługi centrali IP Nova. To wymaganie wskazuje jednoznacznie, że jedynym podmiotem zdolnym technicznie do realizacji zamówienia jest producent tej centrali.
Na stronie 26, p. 2.4 - Zamawiając wymaga rozbudowy centrali IP NOVA i integracji systemu radiowego TETRA do 60 kanałów, co bez zgody i współpracy jej producenta nie jest możliwe.
Strona 26, p. 2.5 - Zamawiający w jednoznaczny sposób zapisał we wszystkich

podpunktach wymagania które wymuszają zastosowanie systemu IP Nova oraz systemu dyspozytorskiego z nią zgodnego. Mimo że wymaganą funkcjonalność można osiągnąć w inny sposób to Zamawiający nie stworzył żadnej alternatywy co narusza zasady wolnej i uczciwej konkurencji.
Strona 28, p. 2.15 - W SIWZ Zamawiający nie określił ile konsol zamawia co uniemożliwia złożenie poprawnej oferty. W jednym miejscu SIWZ wymaga aby zaproponowany system dyspozytorski miał możliwości zaimplementowania minimum 10 konsol, a z drugiej strony w p. 1.1 na stronie 25 jest mowa o minimum 5 konsolach. Czyżby nie została jednoznacznie określona pojemność systemu? Taki brak stanowiłby osobne (poza zarzutami głównymi) naruszenie art. 29 ust 1 ustawy.

(Zarzut dotyczący określenia ilości konsol został wycofany na rozprawie – przypis Izby)
W procedurze otwartej, a taką właśnie Zamawiający prowadzi w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, obowiązkowe jest zapewnienie uczciwej konkurencji. Zasada uczciwej konkurencji zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy została oparta przede wszystkim o poszanowanie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jest ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz. U z 1993 r nr 47 poz. 211 z późn. zmianami (uoznk). Jej rozwinięciem, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jest zakaz takiego opisywania przedmiotu zamówienia, że mogłoby to utrudniać uczciwą konkurencję.
W przedmiotowym postępowaniu dochodzi do sytuacji, w której prawdopodobnie dwóch z potencjalnych wykonawców, którzy mogą kooperować -producentem konsol, central i oprogramowania, które wskazuje Zamawiający oraz RADMOR, który jest przedstawicielem firmy CASSIDIAN/EADS - producenta radiotelefonów, których unikalne funkcje zostały wpisane do opisu przedmiotu zamówienia, mogą decydować o tym, który z wykonawców może złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu a który nie. Sytuacja taka jest opisana w przepisach art. 3 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz art. 15 ust. 2 pkt 2 i 3 uoznk.
Problemem jest tu nie tylko możliwość nabycia konsoli kompatybilnych z posiadanymi przez Zamawiającego lecz również, a może przede wszystkim, wpływ producenta posiadanej przez Zamawiającego centrali IP NOVA na to, kto może złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu. Dokonanie czynności integracji bez współpracy z tym producentem jest w ogóle niemożliwe. Taka właśnie sytuacja ma miejsce w przypadku Odwołującego. Dysponując odpowiednim sprzętem i doświadczeniem, nie może on złożyć oferty nie podlegającej odrzuceniu, gdyż Zamawiający nie wskazał gdzie będą dostępne ewentualne protokoły transmisji lub/i kody, konieczne do integracji konsoli innych producentów z już posiadanymi urządzeniami IP NOVA. Oczywiście, jeżeli przed upływem terminu do składania ofert, z odpowiednim wyprzedzeniem, pozwalającym na przygotowanie i złożenie oferty, otrzymamy możliwość dostosowania Naszego systemu do wymagań Zamawiającego - dokonamy tego niezwłocznie.
W dniu 08 lutego Odwołujący zwrócił się na piśmie do producenta centrali IP NOVA o przygotowanie oferty handlowej na wykonanie części zamówienia objętego

---

postępowaniem przetargowym nr P/104/11 pod nazwą: „Dostawa sieci trankingowej dla Portu Lotniczego Warszawa - Modlin" z wyłączeniem:
1) systemu łączności pracującego w standardzie Tetra wraz z radiotelefonami;
2) projektów i wykonania infrastruktury.
Do momentu wniesienia odwołania, odpowiedzi nie otrzymał. Dlatego, w obecnym stanie sprawy Odwołujący stwierdza, że Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób, który umożliwia konkretnemu wykonawcy wpływanie na to, które podmioty mogą złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu.
Działanie takie oraz zaniechania Zamawiającego w jaskrawy sposób naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Doktryna i orzecznictwo w tej sprawie są jednogłośne: Zamawiający nie może żądać „dokupienia sobie przez wykonawców brakujących

modułów/ elementów", zwłaszcza, że powinien dla własnego bezpieczeństwa je posiadać. Opis przedmiotu zamówienia powinien być tak sporządzony, aby wykonawcy mogli składać oferty konkurencyjne. W tym przypadku, to Zamawiający powinien udostępniać wykazy sygnałów wejścia/wyjścia (interface), protokoły transmisji/ kody.
Odwołujący dysponuje sprzętem, który może prawidłowo współpracować z posiadanym przez Zamawiającego systemem. Problemem jest wyłącznie brak dostępu do interface. Bez powyższego, nie można złożyć nie podlegającej odrzuceniu oferty.
Z opinii publikowanych na stronach Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że „biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji".
Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w sposób jednoznaczny traktuje opisywanie przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 21.05.2008 r. sygn. KIO/UZP 442/08, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła fundamentalną zasadę neutralności przedmiotu zamówienia, powołując się przy tym na wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05 (niepubl.) zgodnie z którym:

„Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.
Zważywszy na to, że Zamawiający wspomina, iż posiada już pewne rozwiązania, zapewne możliwe byłoby udzielenie zamówienia z wolnej ręki na niektóre elementy systemowe oraz na integrację, jednocześnie poddając konkurencji pozostałą część przedmiotowego zamówienia.
Przez powyższe naruszono art. 7 ust. 1 i art. 29 ust 2 ustawy

V. W punkcie II.3) ogłoszenia i odpowiednio w Rozdziale V SIWZ, Zamawiający podał termin realizacji zamówienia. Zamówienie należy wykonać w terminie 56 dni od jego udzielenia co należy czytać jako 56 dni od daty zawarcia umowy na realizację zamówienia. Tak ustalony termin, nie umożliwia prawidłowej realizacji zamówienia.
Zgodnie z punktem II. 1.5) ust. 2 ogłoszenia o zamówieniu (Krótki opis zamówienia lub zakupu), zamówienie obejmuje między innymi.:
a. dostawę, instalację oraz uruchomienie systemu łączności radiowej w standardzie TETRA (stacja bazowa, terminale radiowe, niezbędna infrastruktura do realizacji łączności bezprzewodowej);
b. dostawę, instalację oraz uruchomienie systemu teleinformatycznego integrującego systemy łączności radiowej z istniejącym systemem łączności stacjonarnej;
c. dostawę, instalację oraz uruchomienie systemu dyspozytorskiego wyposażonego w konsole dyspozytorskie dla stanowisk koordynacji i zarządzania kryzysowego;
d. opracowanie projektu i wykonanie infrastruktury niezbędnej do realizacji łączności bezprzewodowej w standardzie TETRA i w technologii sieci komórkowych (GSM, DCS, UMTS, LTE) na terenie Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa -

Modlin. Projekt i realizacja musi obejmować: budynek Terminala Pasażerskiego,

teren Portu Lotniczego.
Zgodnie z § 14 ust. 4 lit. 2 istotnych warunków umowy:
4. Do pozostałych obowiązków Wykonawcy należą:
a) Uzyskanie wszelkich pozwoleń lub innych decyzji administracyjnych, które są wymagane dla prawidłowego działania systemów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.
W zakreślonym, 56 dniowym terminie wykonawcy muszą uzyskać zgodę Urzędu Komunikacji Elektronicznej na użytkowanie trzech częstotliwości (także Zał. 1 Wymagania ogólne, pkt. 3). Procedury, zgodnie z art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego nakazującym załatwienie spraw w ciągu miesiąca, bez uwzględniania terminów na uprawomocnienie się decyzji czy możliwości załatwienia spraw w ciągu dwóch miesięcy, stawiają pod znakiem zapytania możliwość wykonania zamówienia w tak krótkim czasie. Należy mieć przy tym na uwadze, że przydział częstotliwości warunkuje zarówno proces projektowania (teoretycznie nie można go bez tego rozpocząć) jak również odbioru. Jednocześnie Zamawiający w pkt 4.4 ppkt a Istotnych warunków umowy, przerzuca na Wykonawcę obowiązek uzyskania decyzji administracyjnej (przydziału częstotliwości). Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności w przypadku, gdyby organ administracji państwowej odmówił wydania korzystnej dla Zamawiającego decyzji.
Przykładową kalkulację czasu realizacji przedmiotowego zamówienia Odwołujący otrzymał od podmiotu trzeciego, Firmy AWEA Biuro Projektowo Inwestycyjne. Zgodnie z nią, czas konieczny na realizację przedmiotowego zamówienia nie może być krótszy niż 109 dni. Pismo AWEA z dnia 10 lutego 2012 r. załączono w charakterze dowodu do odwołania.
Zaskarżony termin narusza przepis art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust 2 ustawy.

VI. W załączniku nr 3 do SIWZ umieszczono Istotne postanowienia umowy. W § 10 znalazły się zapisy odnoszące się do praw autorskich. W ust. 1 zapisano oświadczenie wykonawcy:
1. Wykonawca oświadcza, że jest twórcą wszystkich utworów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia i przysługują mu do nich wyłączne i nieograniczone autorskie

prawa majątkowe lub posiada licencje lub jest właścicielem autorskich praw majątkowych do tych utworów w zakresie umożliwiającym przekazanie ich Zamawiającemu na warunkach określonych w niniejszym paragrafie.
Z powyższego wynika, że Zamawiający rozróżnia sytuację, w których wykonawca jest twórcą, albo posiada pełne prawa majątkowe do utworów od sytuacji (dopuszczalnych), w których wykonawca posiada niewyłączną licencję do używania na określonych polach eksploatacji w zakresie od wykonawcy niezależnym.
Tymczasem w ust. 5 zapisano:
5. Z chwilą odbioru końcowego Wykonawca przenosi na Zamawiającego, bez ograniczenia terytorialnego zakresu przeniesienia, całość majątkowych praw autorskich, na znanych w chwili przeniesienia polach eksploatacji, w szczególności:
a) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania Utworu - wytwarzanie dowolną techniką egzemplarzy Utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową, wprowadzanie do pamięci dowolnej ilości komputerów,
b) w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono - wprowadzanie do obrotu (np. sprzedaż), użyczenie, licencjonowanie lub najem oryginału albo egzemplarzy,
c) w zakresie rozpowszechniania Utworu w sposób inny niż określony w ustępie powyższym - publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie Utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym (np. wprowadzenie, przesyłanie i udostępnianie za pomocą sieci komputerowych, w tym Internet i Intranet),
d) trwałego lub czasowego zwielokrotnienia przedmiotu zamówienia w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie; w zakresie, w którym dla

wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania programu komputerowego niezbędne jest jego zwielokrotnienie, czynności te wymagają zgody uprawnionego,
e) tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym, z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała,

f) rozpowszechniania, w tym użyczenia lub najmu, programu komputerowego lub jego kopii.
Zapisy te stoją w sprzeczności z naturą prawną licencji niewyłącznej, jako takiej. Nie może wszak Zamawiający przyjąć, że pomimo zapisów ust. 1 , wykonawca jest twórcą lub właścicielem pełnych praw majątkowych do wszystkich utworów w tym oprogramowania narzędziowego oraz modułów standardowych, instalowanych we wszystkich, lub w większości podobnych zadań. Być może, założywszy że ofertę złożą wspólnie podmioty , które pełnię praw posiadają, nie zaistnieje kolizja pomiędzy realizacją ust. 1 oraz ust.5 i następnych, jednakże w przypadku, w jakim znajduje się Odwołujący, który musi nabyć licencje niewyłączne na oprogramowanie, nie jest możliwa realizacja zapisów ust. 5 w odniesieniu do tegoż oprogramowania. Wniosek stąd, że konieczne jest jasne określenie przez Zamawiającego, że w przypadku posiadania licencji, wystarczające będzie przekazanie tejże licencji zgodnie z jej zakresem.
Wadliwe zapisy dotyczące zakresu przekazania praw autorskich naruszyły według Odwołującego art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust 2 ustawy pzp.

VII. W § 12 ust 2 Istotnych warunków umowy, zawarto zapisy odnośnie kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy. Kara za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy została ustalona precyzyjnie oraz zakreślono jej górną granicę, 100 % wynagrodzenia wykonawcy:
2. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych:
a) Za każdy dzień zwłoki w należytym wykonaniu prac zgodnie z Harmonogramem rzeczowo - terminowo - finansowym w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1, licząc od terminu wykonania danych prac wskazanym w Harmonogramie rzeczowo - terminowo - finansowym i nie więcej niż 100 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1,
Kara jest ustalona w relacji do terminu, który nie jest znany w chwili składania oferty, ani nawet w chwili zawierania umowy. Harmonogram względem którego kara ma być naliczana, zgodnie z § 2 ust. 3 ma być przekazany dwa dni po zawarciu umowy.

Zdaniem Odwołującego kara może być nakładana wyłącznie w relacji do terminu znanego w chwili składania oferty. Co prawda merytoryczny zakres zobowiązania się nie zmieni, jednak warunki realizacji mogą być różne dla różnych wykonawców i zmiany te będą zachodzić już po zawarciu umowy.
W ten sposób naruszenia doznaje art. 7 ust. 1 ustawy, zaś w sensie systemowym, takie przepisy art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ust 1 ustawy.
Pewną jest kwota maksymalnej odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy. Kwota ta zostanie wyliczona w relacji do wynagrodzenia wykonawcy opisanego w § 3 ust. 1. Jest to wynagrodzenie za realizację przez wykonawcę całego zobowiązania niepieniężnego i wynika z oferty. Tymczasem Zamawiający, z mocy zapisów § 14 ust. 4 lit. b) może odstąpić od umowy w nieustalonej części. Z powodu odstąpienia (zmniejszenia zakupu), wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmniejszeniu. Jednakże kary z tego powodu w żadnym, nawet najmniejszym stopniu się nie zmniejszają. Co więcej, w § 12 ust. 2 lit. b) opisano kary za opóźnienie w terminie ustalonego przez strony usunięcia wad . Te także oblicza się w relacji do wynagrodzenia umownego, które zgodnie z § 14 ust. 4

lit. b), jest przyszłe i niepewne.
Wskutek wskazanych w odwołaniu zapisów może dojść do kumulacji kar umownych. Opóźnienie w realizacji projektu w jednej części, może powodować niejako automatyczne opóźnienie realizacji pozostałych czynności (z uwagi na ich obiektywnie późniejsze rozpoczęcie), pomimo zachowania staranności zawodowej, a także sumaryczne opóźnienie realizacji całego projektu.
Zasadnym jest zatem, tym bardziej że całe zamówienie ma być wykonane w stosunkowo krótkim czasie, ustalenie wyłącznie kary za opóźnienie w realizacji całego świadczenia w relacji do terminu opisanego w § 2 ust. 1 (56 dni od podpisania umowy)
Z kolei zmniejszenie zakupu (odstąpienie w części), którego rozmiary są nieznane w chwili składania oferty, spowoduje zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy kary umowne są nadal naliczane od wynagrodzenia zaoferowanego.
Opisane powyżej zapisy mogą doprowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy. Wykonawca może zostać ukarany do kwoty, której nie zdoła zarobić z uwagi na odstąpienie Zamawiającego w części od umowy. Jeżeli do tego dodać wcześniej omawianą kumulację kar, ziszczenie powyższego

---

jest bardzo prawdopodobne. Należy przy tym mieć na uwadze, że Wykonawca jest zobowiązany uzyskać zgodę Urzędu Komunikacji Elektronicznej na użytkowanie trzech częstotliwości (Zał. 1 Wymagania ogólne, pkt. 3). Uzyskanie zgody (30 dni), warunkuje nie tylko przekazanie przedmiotu umowy ale nawet zakończenie procesu projektowania. Istnieje zatem uzasadniona hipoteza, że powstanie obowiązek zapłaty kary umownej, zaindukowany opóźnieniem Organu. Co więcej, z oświadczenia firmy AWEA Biuro Projektowo - Inwestycyjne wynika, że już teraz oczywistym jest, że realizacja zamówienia wymaga bez mała dwa razy dłuższego terminu. Według Sądu Najwyższego, kryterium według którego należy oceniać, czy kara umowna jest rażąco wygórowana jest wysokość odszkodowania należnego zamawiającemu na zasadach ogólnych. Orzeczenie S.A. z 17.12.2008r. - Sygn. akt V Aca 483/08 - „z uwagi na fakt, że kara umowna jest surogatem odszkodowania, a odszkodowanie co do zasady nie powinno być źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia się poszkodowanego i nie powinno przewyższać szkody, przyjmuje się, że jej wysokość nie powinna przewyższać wielkości świadczenia, którego wykonanie ma zabezpieczać". Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego o sygnaturze I CSK 484/06 - nie jest dozwolone zastrzeganie we wzorcu umowy kary umownej rażąco wygórowanej. Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, iż zastrzeganie w umowie rażąco wysokich kar, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, co skutkuje uznaniem umowy w tej części z nieważną.
Odwołujący uważa, że Zamawiający czyni ze swojego prawa użytek sprzeczny z jego społeczno - gospodarczym przeznaczeniem. Przeznaczeniem bowiem kary umownej nie jest wprowadzanie wyzysku strony umowy realizującej świadczenie niepieniężne i jej krzywdzenie, tylko zapewnienie systemu kontraktowych zabezpieczeń prawidłowej realizacji umowy. Ten zaś nie może prowadzić do konieczności nieuzasadnionego ponoszenia przez wykonawcę nieproporcjonalnych obciążeń, mogących przenosić swoją wartością wielkość zobowiązania pieniężnego.
Zamawiającego, Każde wykonywanie prawa podmiotowego, podlega kontroli na gruncie art. 5 KC (potwierdza to wyrok SA w Krakowie z 18.12.1990 r. sygn. I ACr 117/90). Art. 5 KC ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego. Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97, nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie teleologicznego punktu widzenia.

Tym samym doszło do naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 5 kc.

VIII. W § 14 Załącznika nr 3 do SIWZ (Istotne warunki umowy), Zamawiający opisał

okoliczności zmian umowy. W § 14 ust. 4 lit. b) Zamawiający zapisał, że możliwa jest: rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami;
Odwołujący zwrócił uwagę, że umowa zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania ma charakter świadczenia jednorazowego, które ma zostać wykonane w relatywnie krótkim czasie. Zapis odnoszący się do rezygnacji w części (odstąpienia od umowy w części) mógłby znaleźć uzasadnienie w sytuacji, gdyby umowa dotyczyła świadczeń, których konieczność realizacji, zdolność Zamawiającego do finansowania albo przydatność, mogła się w istotnym stopniu zmienić. Taka sytuacja nie ma miejsca.
W sprawie KIO 2124/11 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła: Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Przewidziane zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb zamawiającego, w ocenie Izby, nie mogą zostać z góry wyłączone czy ograniczone - bez względu uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie tak w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien jednakowo pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. Trafnie odwołujący zdiagnozował, iż wskazywane postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały zachowane. Postanowienia te, zdaniem Izby mogą powodować ograniczenie kręgu wykonawców, zdolnych do złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych.
Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 r. (sygn. V Ca 1110/04): "wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że postanowienia projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie."
Według Odwołującego kontestowany zapis wzorca umowy powinien zostać usunięty w całości. Usunięcie wadliwego zapisu poprawi takie zgodność z prawem i dobrym obyczajem zapisów odnoszących się do kar umownych.
Nie można przy tym pominąć faktu, że przepis art. 144 ust 1 ustawy dopuszcza przewidziane i odpowiednio zaanonsowane zmiany umowy. Konieczne jest jednakże określenie przez Zamawiającego warunków wprowadzenia takich zmian. W treści § 14 ust. 4 lit. b) Załącznika nr 3, Zamawiający nie określił warunków zmiany umowy. Po raz kolejny czyni to z opisanej zmiany - zmianę bezprawną.
Naruszono w ten sposób art. 7 ust 1, art. 29 ust 2 oraz art. 144 ust. 1 ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:
1. Nakazanie modyfikacji opisu warunku udziału w postępowaniu -posiadania wiedzy i doświadczenia - do obowiązku legitymowania się doświadczeniem w

budowie wewnętrznych sieci GSM dopisanie możliwości wykazania się wykonaniem sieci zewnętrznej.
2. Nakazanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, to jest:
- wykreślenie zaskarżonych zapisów załącznika nr 1 do SIWZ wskazujących na konkretne rozwiązania radiotelefonów, funkcji systemowych i rozwiązań konkretnych producentów
- udostępnienie kodów/protokółów transmisji/komunikacji do sprzętu posiadanego przez Zamawiającego
- zdjęcie z Wykonawcy odpowiedzialności za brak pozytywnych decyzji administracyjnych, nie wynikających z błędów Wykonawcy.
  albo
- dopuszczenie składania ofert wariantowych w ten sposób, że wykonawcy będą mogli zaoferować własne, kompletne rozwiązania systemowe o tożsamych walorach funkcjonalnych, nie wskazujących na konkretnego producenta i nie uwzględniających wymienionych w odwołaniu unikalnych cech konkretnych produktów, w tym przewidujące wymianę istniejących rozwiązań, co do których ma być prowadzona integracja
- nakazanie przedłużenia terminu realizacji umowy i ustalenia, że termin ten ma wynosić 110 dni od daty zawarcia umowy.

3. Nakazanie modyfikacji zapisów umowy odnoszących się do:
   - Praw autorskich - poprzez jasne rozróżnienie i dopuszczenie możliwości zaoferowania licencji niewyłącznej na oprogramowanie do sterowania radiotelefonami
   - kar umownych - to jest ustalenie zaskarżonych kar w odniesieniu do zamówienia pewnego oraz w relacji do terminów znanych w chwili zawierania umowy
   - ustalenie jasnego katalogu zmian umowy oraz określenie warunków tych zmian w sposób nie naruszający zasady pewności obrotu

4. Nakazanie przedłużenia terminu do składania ofert według norm prawem przepisanych.

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, co następuje.

W treści odwołania zgodnie ze stanem faktycznym zacytowano treść adekwatnych postanowień siwz, co zostało zreferowane powyżej.
Dodatkowo Izba wskazuje na istotne postanowienia siwz, które nie znalazły się w treści odwołania:
Postanowienia siwz odnośnie redundancji systemu zawarte w Załączniku nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia". Część „Wymagania ogólne", pkt I „Wymagania dla systemu łączności radiowej w standardzie TETRA", ppkt 3.2 wymagały, aby redundancja systemu została zrealizowana na poziomie n+1. Tzn. w przypadku awarii jednego z głównych elementów sterujących systemu, element zapasowy przejmuje jego funkcję.
Dalej, w ppkt 3.3 wskazano:
„W normalnym trybie pracy wszystkie moduły nadawczo-odbiorcze muszą być obsługiwane przez n sterowników, n+1 sterownik musi stanowić element zapasowy i przechodzić w stan aktywny tylko w wypadku awarii jednego z n sterowników.
W przypadku modułów nadawczo-odbiorczych tylko jeden z nich musi nadawać w sposób ciągły ze względu na obsługę kanału sterującego. Jeżeli nastąpi zajęcie

wszystkich kanałów rozmównych na jednym module, kolejno muszą być uaktywniane pozostałe. Redundancja musi obejmować również pracę modułów nadawczo-odbiorczych – system musi obsługiwać n-modułów (n nośnych) oraz dodatkowo jeden moduł redundantny, który zastąpi jeden z n aktywnych modułów (przejmując jego częstotliwość) w przypadku awarii."

W § 14 załącznika nr 3 do siwz – Wzór umowy, zatytułowanym „Zmiana umowy", na wstępie wskazano, iż zmawiający przewiduje możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, w przypadku wystąpienia wymienionych niżej

okoliczności, z uwzględnieniem podawanych warunków ich wystąpienia. Dalej wskazano takie okoliczności.
Natomiast w ust. 5 § 14 Wzoru umowy wskazano, iż „wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę.
Dalej w ust. 6 wskazano dodatkowo zmiany, które nie stanowią zmian umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp (np. zmiana adresów, nr rachunków – lit a i b) oraz wprowadzono nie wymagającą aneksowania umowy klauzulę rewaloryzacyjną wynagrodzenia ze względu na zmianę stawki VAT (lit. c)

Izba uwzględniła i oceniła następujące dowody przedstawione przez odwołującego:

1. Pismo odwołującego z dnia 08.02.2012 r. do DGT Sp. z o.o. w Straszynie w sprawie oferty handlowej na wykonanie części przedmiotu zamówienia.
2. Pismo Biuro Projekowo-Inwestycyjne AWEA Sp. z o.o. w Pruszkowie skierowane do odwołującego w sprawie terminów potrzebnych na realizację zamówienia. Wskazano tam, iż czas potrzebny na wykonanie całego zamówienia to 109, oraz wskazano (w dniach) okresy potrzebne na wykonanie poszczególnych czynności/części zamówienia.
3. Pismo Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 22.02.2012 r. wskazujące jakich funkcjonalności wymaganych w ramach opisu przedmiotu zamówienia radiotelefony Motorola nie posiadają. Były to: głosowe komunikaty potwierdzające wybór funkcji lub grupy funkcji w języku polskim oraz funkcja wskazywania azymutu i dystansu do użytkownika nadającego podczas połączenia. Pismo wskazywało również, iż system oferowany przez Motorola jest refundowany w inny sposób niż wymagany w siwz.
4. Folder reklamowy modelu terminala przenośnego MTP850S produkcji Motorola.
5. Ulotkę reklamową terminala ręcznego STP 8200 produkcji SEPURA.
6. Folder reklamowy radiotelefonu doręcznego THR9 produkcji EADS

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 niniejszej ustawy.

Odnośnie zarzutu nieprawidłowego sformułowania warunku udziału w postępowaniu (zarzut nr I) wskazać należy, iż normy prawne regulujące opisywanie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego w kwestionowanym zakresie wynikają z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Następnie art. 22 ust. 4 ustawy stanowi, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania

warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny nie naruszać zasad ogólnych ustawy, w tym wynikającej z art. 7 ust. 1 zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Kwestionowany warunek (wymaganie doświadczenia w wykonaniu sieci wewnętrznych) jest związany z przedmiotem zamówienia i doń proporcjonalny. Odwołujący nie starał się nawet dowodzić okoliczności przeciwnych. Nie dowiódł również jakoby doświadczenie w wykonaniu sieci wewnętrznych nie różniło się od doświadczenia w wykonywaniu sieci zewnętrznych. Tym samym nie ma żadnych podstaw i powodów, aby zakwestionować uprawnienie zamawiającego do sprawdzenia specyficznego doświadczenia, które uznaje za ważne dla wykonania jego zamówienia, w szczególności przez domaganie się aby zamawiający sprawdzał również lub w zamian, doświadczenie inne.
W związku z powyższym zarzut uznano za niezasadny.

22

Odnośnie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać, iż 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.
Przystępując do rozpatrywania zarzutów odwołania podnoszących naruszenie zasad konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy przez wskazane w odwołaniu postanowienie siwz, Izba generalnie wskazuje na 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 kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp).
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, w istocie proceduralnych, 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, warunkach jego realizacji, *etc..)* oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert).

23

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 siwz (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 w przepisach

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, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowania czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszych dostaw czy usług obywających się bez stawiania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena, 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.
Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą

mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.
Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja).
Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). *A contrario* uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie ww. zasad ustawy. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiekolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych

powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać. 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 siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad 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, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.
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 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.
W szczególności, w ocenie Izby dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt oferowany przez odwołującego nie spełnia wymagań siwz. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona 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 rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Przystępując do rozpatrzenia zarzutów odwołania Izba wskazuje również na przepis warunkujący zakres orzekania w danej sprawie – zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym należy zastrzec, iż zarzut w odwołaniu nie polega li tylko na wskazaniu przepisów, które zamawiający miał naruszyć, ale winien wskazywać jaka czynność, w jakim zakresie i w jaki sposób/dlaczego jest ze wskazanymi jako naruszone normami, niezgodna. Zarzut polega więc nie tylko na wskazaniu naruszonych norm prawnych ale przede wszystkim na wskazaniu okoliczności faktycznych, na których zarzut polega. W przypadku odwołań dotyczących treści ogłoszenia o zamówieniu bądź siwz, będzie to w szczególności wskazanie konkretnych postanowień, które stanowią naruszenie norm ustawowych.

(Zarzut nr II) Uwzględniając powyższe postulaty oraz ustalając wskazane okoliczności warunkujące ocenę stopnia dopuszczalności ograniczenia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdza, że w świetle stanu dowodowego sprawy

niemożliwe było uwzględnienie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganego sposobu redundancji systemu, tj. stwierdzenia naruszenia konkurencji i utrudniania dostępu do udzielenia zamówienia jakimkolwiek zidentyfikowanym wykonawcom. Odwołujący nie wykazał nawet w jaki sposób opis redundancji zawarty w siwz uniemożliwia zastosowanie rozwiązań, które on oferuje. Izba potwierdza bowiem stanowisko zamawiającego, iż opis ten nie wyklucza stosowania rozwiązań z elementem zapasowym, który jest cały czas włączony, takich jakich posiadanie deklaruje odwołujący. Inaczej: nie ma tam zakazu ciągłej pracy elementu n+1, jest natomiast wymaganie jego uaktywnienia, które z fizycznym włączeniem czy wyłączeniem nie należy utożsamiać. Uaktywnienie w tym kontekście, to po prostu zapewnienie realizacji wymaganych funkcji i gwarancja niezakłóconej pracy systemu, którego redundancja została założona.
W związku powyższym zarzutu dotyczącego opisu redundancji nie potwierdzono.

(Zarzuty oznaczone nr III). Odnośnie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie funkcji radiotelefonów właściwych dla produktów tylko jednego producenta z obecnych na rynku w świetle okoliczności wykazanych przez odwołującego w trakcie postępowania dowodowego, możliwe było stwierdzenie i potwierdzenie realnej i nadmiernej możliwości naruszenia konkurencji przez wymaganie funkcji wskazanych w rozdz. II Załącznika nr 1 do siwz w pkt 1 ppkt 1.7 i 1.16 oraz pkt 2 ppkt 2.7 i 2.16, tj. żądania funkcji głosowych komunikatów potwierdzających wybór funkcji lub grupy w języku polskim i funkcji wskazywania azymutu i dystansu do użytkownika nadającego podczas połączenia grupowego w radiotelefonach, których wymagania te dotyczyły.
W pierwszej kolejności należy zaznaczyć w tym zakresie, iż sam producent telefonów, Motorola Solutions, na wyraźne pytanie o wskazanie, których funkcji radiotelefonów opisanych przez zamawiającego oferowane przezeń modele nie posiadają, wskazał tylko na obie funkcje wymienione wyżej. Nie zadeklarował, iż jego produkty nie spełniają innych wymagań kwestionowanych w odwołaniu jako swoistych dla telefonów EADS/Cassidian. Tym samym producent nie potwierdził w ten sposób tez odwołującego, co do wszystkich kwestionowanych w odwołaniu funkcjonalności.

Przy czym Izba uznała oświadczenie Motoroli w tym zakresie za wiarygodne i wystarczające dla uznania okoliczności braku określonych funkcjonalności w produkowanych przez firmę modelach radiotelefonów za udowodnioną. Za udowodnioną na podstawie przedłożonych materiałów reklamowo-informacyjnych uznano również okoliczność, iż telefon THR9 produkcji EADS posiada funkcje głosowego potwierdzania wyboru oraz wskazywania odległości i azymutu. Ponadto

okoliczności te zamawiający na rozprawie przyznawał, twierdził natomiast, iż wymagane przezeń rozwiązania nie są chronione patentami i mogą przez wszystkich producentów zostać zrealizowane. Tym samym i w świetle powyższego Izba przyjęła, iż na wąskim i wyspecjalizowanym rynku radiotelefonów istnieje jeden producent (EADS/Cassidian), którego radiotelefon (model THR9) wymagania zamawiającego we wskazanym zakresie spełnia oraz jeden producent (Motorola), którego produkty powyższych funkcjonalności nie posiadają. Istnienie innych adekwatnych produktów pochodzących od innych producentów obecnych na rynku pozostaje niepewne. Jednakże rozjaśnianie powyższego w świetle poczynionych wyżej rozważań ogólnych co do celu dowodowego przy wykazywaniu naruszenia konkurencji, o którym mowa w art. 29 ust. 2 Pzp, nie było wcale konieczne.
Natomiast zamawiający nie wykazał, ani przekonująco nie uzasadnił wagi i istnienia jego obiektywnych i nieodzownych do zaspokojenia potrzeb, które mogłyby uzasadnić tak daleko idące ograniczenie konkurencji w postępowaniu przejawiające się dopuszczeniem jednych spośród podobnych i konkurujących ze sobą produktów, a eliminacją innego. Wygoda użytkowników (głosowe komunikaty potwierdzające) oraz incydentalnie użytkowane funkcje lokalizacyjne (odległość i azymut), gdy rzeczywiste bezpieczeństwo użytkowników, w tym ich szybką lokalizację w przypadku alarmu, można zapewnić przy pomocy innych funkcji systemu, nie są wystarczającymi powodami do eliminacji konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Również argument sprowadzający się do sugestii, iż światowi producenci sprzętu komunikacyjnego mogą zmienić specyfikacje swojego seryjnie produkowanego sprzętu (przeprojektują go, przeprowadzą uzgodnienia, badania, spełnią wymogi zgodności z normami, wydadzą stosowne deklaracje i uzyskają certyfikaty... etc.) i wprowadzą doń dodatkowe funkcjonalności aby spełnić wszystkie wymagania zamawiającego dla możliwości sprzedania mu kilkudziesięciu czy nawet kilkuset aparatów, nie wart jest sensownego rozważania.

W związku z powyższym za zasadny uznano zarzut ograniczenia konkurencji odnośnie sformułowania opisu przedmiotu zamówienia dla radiotelefonów wskazanych w Zał. nr 1 rozdz. II pkt 1 i 2 w zakresie funkcji głosowego potwierdzania wyboru oraz wskazywania azymutu i odległości przez nieuzasadnione preferowanie przy udzielaniu zamówienia jednego wykonawcy obecnego na rynku, a eliminowanie z zamówienia drugiego potencjalnego wykonawcy (zastrzec przy tym należy, iż chodzi tu o konkurencję producentów i produktów, a nie konkurencję ich dealerów czy innych przedstawicieli). W konsekwencji nakazano usunięcie z treści siwz jednostki redakcyjne tego opisu (wskazane w sentencji wyroku), które o ograniczeniu konkurencji przesądzały.
Nie potwierdzono natomiast analogicznych zarzutów dotyczących innych telefonów niż wyżej wymienione, a to z racji nieudowodnienia przez odwołującego jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które pozwoliłyby zajście naruszenia konkurencji względem zastanego rynku stwierdzić. Przedłożone przez odwołującego materiały i sformułowane wnioski dowodowe dotyczyły tylko modelu THR9, a więc według wskazań odwołującego, radiotelefonu, o którym mowa w pkt 1 i 2 rozdz. II Załącznika nr 1 do siwz. Żadnych dowodów odnośnie pozostałych modeli EADS/Cassidian wymienionych w odwołaniu, które według odwołującego mogłyby być zaoferowane w ramach pozostałych punktów rozdz. II, nie przedstawiono. Również przedstawione ulotki dotyczące aparatów Motorola i Sepura nie mogły stanowić dowodu w tym zakresie – pozostały nieczytelne i nieomówione, a także sformułowane wnioski dowodowe nie wskazywały, których z części zamówienia aparaty te miałyby dotyczyć.

(Zarzut nr IV) Za nieudowodniony uznano również zarzut dotyczący niemożliwości złożenia oferty i wykonania przedmiotu zamówienia bez współdziałania producenta centrali IP Nova.
Odwołujący w tym zakresie twierdził, iż niemożliwa jest rozbudowa obecnie funkcjonującego systemu zamawiającego oraz jego integracja z systemem wykonywanym w ramach niniejszego zamówienia, tak jak wymaga tego

zamawiający. Natomiast zamawiający powyższemu w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie przeczył wskazując, iż wskazanie na rozbudowę systemu jest niefortunne i ma miejsce jedynie w warstwie semantycznej, natomiast w rzeczywistości, tzn.

rzeczowo, żadna rozbudowa nie jest w tym przypadku zamawiana, wykonawca w ramach zamówienia wykonuje oddzielny system, który ma zintegrować z posiadanymi przez zamawiającego urządzeniami w wymaganym i opisanym zakresie przez podane w siwz powszechnie dostępne protokoły. Przy czym odwołujący, którego generalnie obciąża ciężar dowodu, nie wykazał które konkretnie czynności opisane w siwz do wykonania czy wskazane tam funkcjonalności nie mogą zostać osiągnięte i wypełnione przy pomocy danych w siwz zawartych (protokołów wskazanych przez zamawiającego). Samo odwoływanie się do pustych pojęć typu „integracja" czy „rozbudowa" i wypełnianie ich hipotetyczną treścią dowodem takim nie jest. Jak wskazano udowodnienia w tym zakresie wymaga, które, rzeczowo uchwytne i zdefiniowane co do wymagań, obowiązki nakładane na wykonawcę przez zamawiającego, nie mogą zostać zrealizowane bez określonych informacji, czego nie przeprowadzono ani w odwołaniu, ani na rozprawie. Przy czym na marginesie można dodać, iż obowiązków i wymagań niedookreślonych wykonawca realizować w ramach zamówienia nie będzie musiał, albo inaczej – wykonawca będzie zobowiązany do wykonania tylko tych elementów zamówienia, które zostały wyraźnie opisane i wypełnione „treścią zobowiązaniową", a przede wszystkim tylko tych, których wykonanie, również ze względu na zakres informacji udzielonych przez zamawiającego, będzie możliwe. Niedopuszczalne jest zakładanie przez zamawiającego, iż przy jego niedokładnym czy niezupełnym opisie przedmiotu zamówienia wykonawca uzyska potrzebne do jego wykonania informacje skądinąd.

(Zarzut V). Nie potwierdził się również zarzut dotyczący ustalenia zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia. Również w tym przypadku Izba uznała, iż odwołujący nie udowodnił okoliczności, iż w przewidzianym terminie realizacji zamówienia jest niemożliwa. Jedynym dowodem przedstawionym w tym zakresie przez odwołującego była oferta, a więc oświadczenie wiedzy i woli bliżej nieokreślonego wykonawcy (AWEA), w którym właściwie padały tylko gołosłowne deklaracje co do długości czasu (ilości dni), które ten wykonawca potrzebuje na realizację poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia. Dlaczego w piśmie AWEA przyjęto wskazane, poszczególne wielkości czasowe nie jest wiadome. Jedynym wykazanym, bo wynikającym z przepisów prawa okresem, jest 30-dniowy okres na uzyskanie decyzji administracyjnej - pozwolenia na użytkowanie częstotliwości. Natomiast zamawiający generalnie podnoszonym twierdzeniom przeczył, twierdząc

ze swojej strony, iż wykonanie jego przedmiotu zamówienia w założonych 56 dniach (z uwzględnieniem 30 dniowego terminu na uzyskanie ww. decyzji) jest możliwe. Na marginesie można tu wskazać, iż to wykonawca oceniając warunki realizacji danego zamówienia może zadecydować czy jest w stanie je wykonać i czy będzie składać ofertę, a także odpowiednio skalkulować cenę ofertową, tak aby skompensować w ten sposób ryzyka, które jego realizacja niesie.

(Zarzut nr VI) Należy przyznać rację odwołującemu co do jego oceny treści i znaczenia postanowień § 10 ust. 5 Wzoru umowy (zał. nr 3 do siwz) w zakresie daleko idących skutków wymagań przeniesienia całości praw autorskich, na znanych w chwili przeniesienia polach eksploatacji, a przynajmniej (uwzględniając kontrowersje w orzecznictwie i doktrynie prawa autorskiego, co do sposobu określania pól eksploatacji) na polach wyraźnie w tej jednostce redakcyjnej umowy wskazanych, które określają zakres przejścia praw majątkowych i korzystania z utworu znacznie wykraczający np. poza zazwyczaj udzielne licencje niewyłączne do korzystania ze standardowego oprogramowania.
Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach

pokrewnych (Dz. U z 2006 r. Nr 90 poz. 631 ze zm.) umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej "licencją", obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione. Umowa licencyjna, o której mowa w rozdziale 5 ww. ustawy jest jak najbardziej jednym ze szczególnych przypadków przejścia autorskich praw majątkowych i praw tych dotyczy.
Zamawiający nie rozróżniając więc jakich praw majątkowych (w jaki sposób uzyskanych czy w jakim zakresie dysponowanych przez wykonawcę) wymaganie ust. 5 § 10 Wzoru umowy dotyczy, przez wskazanie bardzo szeroko zakreślonych pól eksploatacji, na których rzeczone prawa autorskie mają być zamawiającemu przekazane, *de facto* nałożył na wykonawców obowiązek wykonania przedmiotu zamówienia przy użyciu czy wytworzeniu tylko programów i innych utworów, do których wykonawca posiadał będzie właściwie pełnię autorskich praw majątkowych. W wypadku użycia utworów, którymi wykonawca nie dysponuje na wskazanych polach eksploatacji i nie będzie mógł majątkowych praw autorskich do nich

przekazać, wykonawca nie będzie mógł wypełnić obowiązku umownego opisanego w ust. 10 ust. 5 wzoru umowy.
Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia postawienie tego typu wymagań należy uznać za nieracjonalne, a ich pozostawienie w tym kształcie w siwz skutkować może uzyskaniem ofert bardzo drogich lub ich nieuzyskaniem w ogóle. W trakcie postępowania odwoławczego nie wykazano jednak przesłanek dla stwierdzenia, iż wymagania tego typu są niedopuszczalne w świetle zasad ogólnych ustawy, w szczególności, iż stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz formalnie uniemożliwiają jakimkolwiek wykonawcom dostęp do zamówienia i jego wykonanie.
Przy czym zaznaczyć należy, iż nie ma materialnej sprzeczności obowiązków umownych opisanych w ust. 1 i 5 § 10 Wzoru umowy. W ust. 1 zamawiający wymaga złożenia oświadczenia w przedmiocie rodzaju dysponowania prawami majątkowymi (w tym w ograniczonym zakresie ich korzystania – licencje) i tego, że może je przekazać zamawiającemu, a w ust. 5 wymaga już przeniesienia wszelkich praw majątkowych bez jakiegokolwiek rozróżnienia, w bardzo szerokim zakresie.
W związku z powyższym zarzut naruszenia wskazanych przepisów ustawy w związku ze wskazanymi wyżej okolicznościami uznano za niezasadny.

(Zarzut nr VII) Należy podzielić rozważania ogólne odwołania dotyczące istoty kar umownych i możliwości ich oceny w świetle zasad ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego, jednakże należy uznać za nietrafną ocenę konkretnych postanowień dotyczących kar umownych sformułowanych w siwz.
Kary w tym przypadku nie są ani wygórowane, ani nie są niemożliwe do wyliczenia ze względu na brak wskazania podstawy do ich wyliczenia, natomiast wskazana podstawa ich wyliczenia oraz okoliczności do których się odnoszą są jak najbardziej dopuszczalne w świetle klauzul generalnych Kodeksu cywilnego. W szczególności zamawiający nie naruszył w tym przypadku zasad współżycia społecznego czy nie uczynił z realizacji swojego prawa podmiotowego użytku niezgodnego z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem.
Zamawiający wskazał dokładnie zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania obowiązków umownych, podstawę ich obliczenia oraz ich faktyczne odniesienie. Tzn. zamawiający naliczał będzie kary względem uchybień terminów

wskazanych Harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym jako wskazany procent od umownego wynagrodzenia wykonawcy. Zastrzec przy tym należy, iż to wykonawca określi terminy realizacji poszczególnych elementów zamówienia i ich rzeczowy podział przygotowując ww. Harmonogram. Przy czym brak podstaw do wyprowadzenia postulatu jakoby dla możliwości powiązania z powyższym kar

umownych, terminy względem których liczone będą kary umowne winny być znane już w chwili podpisywania umowy oraz równe dla wszystkich wykonawców. W trakcie ewentualnego naliczania kar umownych zarówno podstawa ich wyliczenia (wynagrodzenie wykonawcy), jak i okoliczności faktyczne warunkujące ich naliczenie (terminy z Harmonogramu) będą znane i precyzyjnie określone. Od wykonawcy i przyjętego przezeń, a następnie realizowanego, sposobu wykonania zamówienia zależała też będzie ewentualna kumulacja kar umownych. Przy czym w świetle wysokości kar umownych zastrzeżonych w § 12 ust. 2 lit a) i b) oraz krótkich terminów realizacji zamówienia, nawet przy ewentualnej kumulacji kiku możliwych do wyobrażenia opóźnień, nie będą to kary rażąco wysokie, które nie odzwierciedlały będą stopnia dolegliwości i związanej z tym motywacji dla wykonawcy do sprawnego wykonywania zamówienia, a prowadziłyby tylko do rażącego wzbogacenia zamawiającego.
Ponadto w umowie nie przewidziano żadnej możliwości jednostronnego zmniejszenia zakontraktowanego zakresu zamówienia. Natomiast zarzutów dotyczących postanowień siwz dotyczących możliwości zmian terminów przewidzianych w ww. Harmonogramie, także w kontekście kar umownych, w odwołaniu nie sformułowano. W związku z powyższym zarzuty dotyczące określenia kar umownych uznano za niezasadne.

(Zarzut VIII) W świetle przywołanych w ustaleniach Izby postanowień Wzoru umowy, zamawiający nie przewidział w § 14 prawa do jednostronnego zmniejszenia zakresu umowy czy wprowadzenia innych jednostronnych zmian, które nie wymagałyby zgodnego oświadczenia woli obu stron złożonego w formie aneksu, poza przypadkami wskazanymi w ust. 6 tego paragrafu. Zarzuty odwołania oparte są więc w tym zakresie na nieprawidłowym odczytaniu znaczenia postanowień siwz. Jeżeli wykonawcy jakikolwiek aneks zaproponowany przez zamawiającego nie będzie odpowiadał, może go nie zawierać.

Ponadto Izba wskazuje na treść regulacji art. 144 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Znaczenie wynikającej z tego przepisu normy prawnej powoduje, iż zamawiający nie może jej naruszyć w treści siwz. Jeżeli nie sformułuje warunków takiej zmiany w siwz lub sformułuje je nieprawidłowo, nie będzie mógł po prostu dokonać zmian w umowie w zgodzie z powołanym przepisem. Normę art. 144 ust. 1 Pzp naruszy dopiero w chwili gdy pomimo to aneksy tego typu zawrze.
W związku z powyższym zarzuty odwołania dotyczące § 14 Wzoru umowy uznano za niezasadne.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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).

Przewodniczący: .....