Sygn. akt: KIO 340/16
KIO 341/16

WYROK
z dnia 29 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2016 r. przez:

1. wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 340/16),
2. wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 341/16),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Pocztę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 340/16 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami polegającą na:
   1.1. wykreśleniu z Rozdziału XVI ust. 2 SIWZ sformułowania, zgodnie z którym cena oferty obejmuje również koszty nieujęte w dokumentacji postępowania,

---

   1.2. wskazaniu w ust. 3 pkt 2 ppkt 2.8 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz w Tabeli nr 3 – „Wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych”, W3.7 parametru przepustowości łącza,
   z nr 1 OPZ – dla 1.3. wykreśleniu Tabeli „Wymagania techniczne Urządzenia Mobilnego”, W1.31 sformułowania „w całym okresie obowiązywania Umowy”,
   1.4. wykreśleniu z Rozdziału XXI ust. 4 SIWZ sformułowania, zgodnie z którym Zamawiający będzie uprawniony do weryfikacji wystawcy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
   1.5. wykreślenie ust. 3.2.4 z Rozdziału 3 załącznika nr 9 do SIWZ – „Projekt umowy” (PU),
   1.6. wykreślenie ust. 9.1.1.12 z Rozdziału 9 PU,
   1.7. wskazaniu w ust. 13.1.6 Rozdziału 13 PU katalogu dokumentów, które uzasadniać będą powstrzymanie się przez Zamawiającego z zapłatą wynagrodzenia do czasu ich dostarczenia przez wykonawcę, z oznaczeniem górnej granicy wynagrodzenia, z zapłatą której Zamawiający może się powstrzymać,
   1.8. wskazaniu w ust. 1 pkt 1.15 Załącznika nr 6 do Umowy – „Gwarancja, Usługi Gwarancyjne, Zgłoszenia Serwisowe” (GZS), że Zamawiający będzie uprawniony do samodzielnego usunięcia Wady/Awarii lub zlecenia ich usunięcia osobom trzecim w sytuacji nieusunięcia Wady/Awarii w następstwie powtórnego Zgłoszenia Serwisowego,
   1.9. skróceniu przysługującego Zamawiającemu terminu wynikającego z ust. 1 pkt 1.19 GZS do jednego Dnia Roboczego,
   1.10. wskazaniu w ust. 1 pkt 1.19.2 GZS, że w przypadku powtórnego Zgłoszenia Serwisowego czas usunięcia Wady/Awarii objętej zgłoszeniem zaczyna biec na nowo,
   1.11. skróceniu przysługującego Zamawiającemu terminu wynikającego z ust. 4 Załącznika nr 13 do Umowy – „Obsługa dostaw przez wykonawcę” do pięciu Dni Roboczych.

2. Oddala odwołanie wykonawcy T-Mobile Polska S.A. Warszawie w pozostałym zakresie.
3. Oddala odwołanie wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego oraz wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i:
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,

---

   4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika.
   4.3. zasądza od wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego przez z tytułu wynagrodzenia poniesione Zamawiającego pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 340/16
KIO 341/16

Uzasadnienie

Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Dostawa Urządzeń Mobilnych z Akcesoriami oraz Transmisją Danych, Signature padów i Licencji dla Poczty Polskiej S.A.” (znak sprawy: PI01/31/2016), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 20156 r. pod numerem 2016/S 040-066095. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił na stronie internetowej pełnomocnika specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Postanowienia SIWZ zaskarżone zostały odwołaniami wniesionymi do Prezesa Izby w dniu 7 marca 2016 r. przez:

1. wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 340/16),
2. wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 341/16),

Sygn. akt: KIO 340/16

Odwołujący – T-Mobile Polska S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie załącznika nr 9 do SIWZ („Projekt Umowy” – „PU”) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim wykonawca w zależności od ilości tygodni podanej przez niego w formularzu ofertowym, zobowiązany jest do zakończenia Wdrożenia w terminie nie dłuższym odpowiednio niż 8, 7, 6, 5, 4 lub mniej tygodni od daty podpisania Umowy (Rozdział 4 ust. 4.2.1 PU), przy czym, jak wynika z punktacji przyznawanej przez Zamawiającego w tym zakresie w ramach kryterium oceny ofert, pożądanym przez

Zamawiającego terminem jest termin 4 lub mniej tygodni,

2. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności

mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim w załączniku nr 3 do SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia", dalej: „OPZ") oraz w załącznikach do OPZ:

a) Cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji Postępowania, jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia (Rozdział XVI pkt 2, str. 18 SIWZ),

b) Zamawiający dopiero na etapie Projektu Technicznego wskaże Lokalizacje, do których wykonawca winien dostarczyć Zestawy i Signature Pad lub z których wykonawca winien odbierać, a po Naprawie dostarczyć, Urządzenia, Akcesoria i Karty SIM w ramach Zgłoszenia Serwisowego, przy jednoczesnym określeniu wyłącznie maksymalnej liczby Lokalizacji (nie więcej niż 7.200 w całej Polsce), podczas gdy dla kalkulacji ceny oferty i jej sporządzenia istotne znaczenie ma jaka konkretnie będzie liczba tych Lokalizacji (pkt 2 ppkt 2.1 i 2.2, str. 4 OPZ),

c) Wskazano, że przepustowość łącza zapewniającego połączenie infrastruktury sieciowej Zamawiającego i wykonawcy zostanie uzgodniona na etapie Projektu Technicznego i będzie wystarczająca do komfortowego świadczenia Usług, bez określenia co Zamawiający rozumie pod pojęciem „komfortowego świadczenia Usług" (pkt 2 ppkt 2.8, str. 4 OPZ oraz tabela nr 3 wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, W3.7 str. 22 OPZ),

d) Nieprecyzyjnie i niejednoznacznie wskazano liczbę baterii, które przez cały okres Umowy wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć w przypadku zaoferowana rysików zasilanych bateryjnie oraz zaniechano wprowadzenia analogicznego obowiązku w przypadku zaoferowania rysika zasilanego akumulatorem (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, W1.14 i W1.27, odpowiednio str. 7 i 12 OPZ),

e) Szczegóły dotyczące logo Zamawiającego, które ma zostać nadrukowane na etui Urządzenia Mobilnego zostaną ustalone dopiero na etapie (tabela nr 1 dla Projektu Technicznego wymagania techniczne Urządzenia Mobilnego, W1.25 pkt 13, str. 11 OPZ),

f) Wprowadzono wymóg, aby bateria umożliwiała ciągłe odtwarzanie filmu przez nie mniej niż 5 godzin i 30 minut w całym okresie obowiązywania Umowy zgodnie ze scenariuszem testowym opisanym w załączniku nr 1 do OPZ (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, W1.30, str. 13 OPZ),

g) Wprowadzono wymóg, aby czas całkowitego naładowania baterii dla wyłączonego Urządzenia Mobilnego był nie dłuższy niż 5 godzin w całym okresie obowiązywania Umowy (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, W1.31, str. 13 OPZ),

h) Wprowadzono wymóg, aby Urządzenie Signature Pad mogło współpracować z systemem operacyjnym Windows XP, Windows Server 2003 i Windows Server 2008 R2 (tabela nr 2 wymagania techniczne dla Urządzenia Signature Pad, W2.13, str. 17 OPZ),

i) Wprowadzono wymóg zgodnie z którym za zapewnienie bezpieczeństwa w punkcie styku z Internetem odpowiada wykonawca, bez jednoczesnego dookreślenia w jaki sposób i w jakim zakresie wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia bezpieczeństwa oraz konieczność udostępnienia Zamawiającemu przez dedykowaną aplikację lub serwis www możliwości kreowania i modyfikowania określonych polis regulujących uprawnienia oraz

limity dostępu do sieci Internet, jak również wskazano, że szczegóły techniczne rozwiązania zostaną uzgodnione z wykonawcą na etapie Projektu Technicznego (tabela nr 3 wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, W3.7 str. 22 OPZ),

j) Wprowadzono wymóg zgodnie z którym Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń Mobilnych i Urządzeń Signature Pad w trakcie testów (pkt 1 str. 1 i pkt 2 str. 2 załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń),

k) Wprowadzono wymóg zgodnie z którym, Zamawiający zastrzega sobie prawo do zrezygnowania z wykonania testu wybranych wymagań na Urządzeniu Signature Pad przy wykorzystaniu urządzenia CNC w całości lub w części, jeżeli z przyczyn technicznych wykonanie testu okaże się niemożliwe bez wskazania po czyjej stronie (wykonawcy czy Zamawiającego) mają pozostawać przyczyny techniczne uniemożliwiające wykonanie testu oraz bez określenia czy w takim przypadku test nie zostanie przeprowadzony dla wszystkich czy tylko wykonawcy, w odniesieniu, do którego zaistnieją przyczyny techniczne uniemożliwiające jego przeprowadzenie (pkt 6.5 str. 10 załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń),

3. art. 147 ust. 1 w zw. z art. 148 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do weryfikacji wystawcy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia (Rozdział XXI pkt 4 SIWZ),

4. art. 134 ust. 6 pkt 4 w zw. z art. 66 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez zobowiązanie wykonawcy do zaoferowania Zamawiającemu realizacji zamówień uzupełniających na warunkach nie mniej korzystnych niż wynikające z Umowy (Rozdział 3, ust. 3.2.4 PU),
5. art. 148 ust. 1 w zw. z art. 150 ust. 2 Pzp przez wprowadzenie dodatkowego sposobu zabezpieczenia należytego wykonania umowy polegającego na konieczności utrzymywania przez wykonawcę ciągłości polis OC oraz w sytuacji gdy wykonawca nie utrzyma ciągłości polisy OC, przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zawarcia i utrzymania takiego ubezpieczenia, regularnego potrącania składki na takie ubezpieczenie z dowolnej kwoty należnej wykonawcy z tytułu realizacji Umowy (w tym odpowiednie podatki i opłaty oraz koszty usług pośredników), które Zamawiający będzie musiał zapłacić ubezpieczycielowi (Rozdział 2 ust. 2.1.2.10 oraz Rozdział 3, ust. 3.1.4 PU),
6. art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie PU w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim:
   a) Umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia jej podpisania lub na okres do wyczerpania kwoty Wartości Umowy, co uniemożliwia określenie faktycznego okresu świadczenia Usługi Transmisji Danych (Rozdział 4 ust. 4.1.1),
   b) Wykonawca ma obowiązek, w terminie 4 Dni Roboczych, na własny koszt i ryzyko uwzględnić w całości zastrzeżenia do Projektu Technicznego zgłoszone przez Zamawiającego w Protokole Odbioru Projektu Technicznego (Rozdział 5 ust. 5.1.2),
   c) W Rozdziale 9 PU, Zamawiający przewidział kary umowne:
      za opóźnienie, a nie za zwłokę, −
      za opóźnienie w każdorazowej Naprawie Awarii Poziom Krytyczny, − Poziom Średni, Poziom Niski w nadmiernie wygórowanej wysokości, odpowiednio w kwocie 5.000,00 zł, 1.000,00 zł, 100,00 zł (ust. 9.1.6, ust. 9.1.7, ust. 9.1.8),
      w wysokości 10% wartości netto wskazanej w Formularzu Ofertowym − każdego Urządzenia, w którym zostanie stwierdzona Wada, gdy tożsama Wada będzie przedmiotem co najmniej 100 Zgłoszeń Serwisowych

(ust. 9.1.1.12),

bez wprowadzenia ograniczenia procentowego, co do wysokości kar − umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania Umowy.
w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego lub odstąpienia − od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez wykonawcę, z przyczyn leżących po jego stronie, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% Wartości Umowy netto, bez jednoczesnego przewidzenia analogicznego obowiązku dla Zamawiającego w przypadku wypowiedzenia Umowy przez wykonawcę lub odstąpienia od Umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po jego stronie (ust. 9.1.2 i ust. 9.1.3),

d) Nie przewidziano procedury reklamacyjnej w przypadku nałożenia przez Zamawiającego kar umownych, która umożliwiałaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia kary umownej (Rozdział 6 ust. 6.2.1 oraz Rozdział 9 ust. 9.1.4 i ust. 9.1.5),
e) Termin realizacji przez wykonawcę zamówienia wynikającego z opcji, w tym wszelkie zmiany, dostawy i instalacja dodatkowych urządzeń następować będą bezzwłocznie, w terminach uzgodnionych przez wykonawcę z Zamawiającym, nie będzie on jednak dłuższy niż 30 dni kalendarzowych od momentu złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji (Rozdział 10 ust. 10.1.4),
f) W Rozdziale 13 PU przewidziano, że Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym albo odstąpienia z zachowaniem prawa do kar umownych określonych w Rozdziale 9, w przypadku gdy:
zaistnieją podstawy do złożenia wniosku o upadłość wykonawcy − (ust. 13.1.1.1),
jeżeli opóźnienie w realizacji obowiązków wynikających z Umowy przekroczy − 30 dni kalendarzowych (ust. 13.1.1.3),
powstanie po stronie wykonawcy stan zagrożenia niewypłacalnością, − uzasadniający wszczęcie postępowania naprawczego wobec wykonawcy lub postępowanie to wszczęto (ust. 13.1.1.4),
istotnego naruszenia przez wykonawcę postanowień Umowy lub − postanowień SIWZ (ust. 13.1.1.6),

naruszenia przez wykonawcę lub podmioty działające w jego imieniu lub na − jego rzecz wymagań bezpieczeństwa określonych w załączniku nr 8 do Umowy (ust. 13.1.1.7),
innych rażących i uporczywych naruszeń postanowień Umowy przez − wykonawcę (ust. 13.1.1.8),

g) Uregulowane w Rozdziale 13 umowne prawo odstąpienia nie zostało ograniczone terminem po upływie, którego uprawnienie do umownego odstąpienia wygasa,
h) Zamawiający ma prawo powstrzymać się z zapłatą jakiejkolwiek części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy do czasu dostarczenia przez wykonawcę wszystkich dokumentów, którymi posługiwał się on lub osoby trzecie działające na jego zlecenie do chwili odstąpienia, wygaśnięcia albo rozwiązania Umowy lub które utworzył lub uzyskał w związku z wykonywaniem Umowy (Rozdział 13 ust. 13.1.6),

7. art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie załącznika nr 6 do Umowy („Gwarancja, Usługi Gwarancyjne i Zgłoszenia Serwisowe”) w sposób naruszający

zasady współżycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożlwiający oszacowanie ceny oferty, aw konsekwencji mogący prowadzić do nieporównywalności ofert w zakresie, w jakim:

a) Jeżeli nie usunie po wykonawca Wady/Awarii pierwszym w terminie, to jest Zamawiający uprawniony, Zgłoszeniu Serwisowym bez konieczności kolejnego wezwania i ustalania dodatkowego terminu samodzielnie usunąć Wady/Awarie lub zlecić ich usunięcie osobom trzecim, a powstałe koszty potrącić z wynagrodzenia wykonawcy, z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub obciążyć tymi kosztami wykonawcę (pkt 1.15),

b) Podstawę zamknięcia danego zgłoszenia serwisowego stanowi potwierdzenie przez Zamawiającego Naprawy albo wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM dokonane w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym (pkt 1.19 ppkt 1.19.1),

c) W przypadku, gdy w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym Zamawiający dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego czas usunięcia tej Awarii lub Wady liczy się od chwili

pierwszego Zgłoszenia Serwisowego danej Awarii lub Wady (pkt 1.19 ppkt 1.19.2),

d) Zamawiający ma prawo żądać wymiany baterii lub Urządzenia Mobilnego w przypadku, gdy bateria stanowi nierozłączną część urządzenia po stwierdzeniu przez Zamawiającego niespełniania wymagania W1.30 lub W1.31 w tabeli nr 1 Wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, OPZ (pkt 1.28) bez jednoczesnego wskazania liczby baterii lub Urządzeń Mobilnych, które w okresie obowiązywania Umowy będzie zobowiązany wymienić wykonawca oraz nie przewidziano w Formularzu rzeczowo-cenowym dla dostawy urządzeń typu tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych, signature padów – załącznik nr 1 a do Formularza ofertowego oddzielnej pozycji umożliwiającej wycenę wymiany baterii lub Urządzenia Mobilnego na żądanie Zamawiającego,

e) Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych – szczególnie na terenie placówek Zamawiającego uzgodnionych z Wykonawcą na etapie Projektu Technicznego (pkt 2.3), a w przypadku wystąpienia problemów z zasięgiem Usługi Transmisji Danych, wykonawca zobowiązany jest zapewnić osiągnięcie parametrów technicznych powodujących prawidłowy zasięg Usług Transmisji Danych (pkt 2.4),

f) Czas Reakcji i Naprawy w razie Wady lub Awarii jest nadmiernie wygórowany (pkt 3.4),

g) Wskazano, że wykonawca zobowiązany jest usunąć zaistniałe Wady/Awarie, które nie są objęte Usługami Gwarancyjnymi, zgodnie z pkt 1.20, w terminach uzgodnionych każdorazowo przez strony, bez jednoczesnego określenia czy i jakie wynagrodzenie będzie się należało wykonawcy za ich usunięcie (pkt 5.2),

8. art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie załącznika nr 13 do Umowy („Obsługa dostaw przez Wykonawcę”) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim zagwarantowano Zamawiającemu w terminie do 10 Dni Roboczych od podpisania Listu Przewozowego możliwości przeprowadzenia własnych testów poprawności pracy Zestawów i Urządzeń Signature Pad, które będą stanowiły podstawę podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru (pkt 4).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ przez:

1. wskazanie w Rozdziale 4 ust. 4.2.1 PU, że wykonawca zobowiązuje się do zakończenia Wdrożenia w terminie nie dłuższym niż podana przez niego w formularzu ofertowym ilość tygodni, tj. odpowiednio w terminie 12, 11, 10, 9, 8 lub mniej tygodni od dnia Odbioru Projektu Technicznego przez Zamawiającego, a w konsekwencji dokonanie modyfikacji warunku P4 oceny ofert – termin dostawy urządzeń do Lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego w terminie:
   12 tygodni – 0 pkt,
   11 tygodni – 1 pkt,
   10 tygodni – 3 pkt,
   9 tygodni – 7 pkt,
   8 tygodni lub mniej – 10 pkt.
2. wprowadzenie do SIWZ, OPZ oraz załączników do OPZ następujących zmian:
   a) Określenie, że cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, ale wyłącznie te, które wynikają wprost z dokumentacji Postępowania, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że nie obejmuje ona kosztów, które nie zostały ujęte przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania, a bez których nie można wykonać zamówienia (Rozdział XVI pkt 2, str. 18 SIWZ),
   b) Wskazanie w OPZ konkretnej liczby Lokalizacji do których wykonawca winien dostarczyć Zestawy i Signature Pad lub z których wykonawca winien odbierać, a po Naprawie dostarczyć, Urządzenia, Akcesoria i Karty SIM w ramach Zgłoszenia Serwisowego, ewentualnie wskazanie konkretnej liczby Lokalizacji z jednoczesnym określeniem, że ich liczba może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu o maksymalnie 15% (pkt 2 ppkt 2.1 i 2.2, str. 4 OPZ),
   c) Podanie w OPZ konkretnej przepustowości łącza zapewniającego połączenie infrastruktury sieciowej Zamawiającego i wykonawcy nie większej niż 50 mb/s (pkt 2 ppkt 2.8, str. 4 OPZ oraz tabela nr 3 wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, W3.7, str. 22 OPZ),
   d) Precyzyjne wskazanie liczby baterii, które w przypadku zaoferowania rysików zasilanych bateryjnie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca przez cały okres Umowy (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, W1.14 i W1.27, odpowiednio str. 7 i 12 OPZ) oraz dodanie do dla typu Formularza rzeczowo-cenowego dostawy urządzeń tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych, signature padów – załącznik nr 1a do Formularza ofertowego pozycji umożliwiającej ich oddzielną wycenę, jak również wskazanie, że wykonawca, który zaoferował rysik zasilany

akumulatorowo również jest zobowiązany do dostarczenia odpowiedniej liczby (precyzyjnie wskazanej przez Zamawiającego) akumulatorów lub rysika, w przypadku gdy akumulator stanowi nierozłączną część urządzenia oraz dodanie do Formularza rzeczowo-cenowego dla dostawy urządzeń typu tablet z akcesoriami oraz usługą transmisji danych, signature padów – załącznik nr 1 a do Formularza ofertowego pozycji umożliwiającej oddzielną wycenę dostarczanych akumulatorów,
   e) Podanie w OPZ szczegółów dotyczących logo Zamawiającego, które ma zostać nadrukowane na etui Urządzenia (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, W1.25 pkt 13, str. 11 OPZ),
   f) Wykreślenie w tabeli nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, W1.30, str. 13 OPZ sformułowania „[…](w całym okresie obowiązywania Umowy)[…]”,
   g) Wykreślenie w tabeli nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, W1.31, str. 13 OPZ sformułowania „[…](w całym okresie obowiązywania Umowy)[…]”,
   h) Wykreślenie wymogu współpracy Urządzenia Signature Pad z systemem operacyjnym Windows XP, Windows Server 2003 i Windows Server 2008 R2 (tabela nr 2 wymagania techniczne dla Urządzenia Signature Pad, W2.13, str. 17 OPZ),

i) Wskazanie w tabeli nr 3 wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, W3.7 , str. 22 OPZ w jaki sposób i w jakim zakresie wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia bezpieczeństwa w punkcie styku z Internetem oraz wykreślenie obowiązku udostępnienia Zamawiającemu przez dedykowaną aplikację lub serwis www możliwości kreowania i modyfikowania określonych polis regulujących uprawnienia oraz limity dostępu do sieci Internet, ewentualnie wskazanie w tabeli nr 3 wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, W3.7 str. 22 OPZ, że za zapewnienie bezpieczeństwa w punkcie styku z Internetem odpowiada Zamawiający,

j) Określenie, że Zamawiający będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń Mobilnych i Urządzeń Signature Pad w trakcie testów (pkt 1 str. 1 i pkt 2 str. 2 załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń),

k) Dookreślenie, że w przypadku, gdy z przyczyn technicznych po stronie Zamawiającego wykonanie testu wybranych wymagań na Urządzeniu Signature Pad przy wykorzystaniu urządzenia CNC okaże się niemożliwe, Zamawiający zrezygnuje z przeprowadzenia tego testu w odniesieniu do próbek

dostarczonych przez wszystkich wykonawców, a w przypadku gdy problemy techniczne wystąpią po przeprowadzeniu testu dla części próbek Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie będzie brał pod uwagę wyników otrzymanych w wyniku przeprowadzenia tego testu (pkt 6.5 str. 10 załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń).

3. Wykreślenie możliwości weryfikowania przez Zamawiającego wystawcy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia (Rozdział XXI pkt 4 SIWZ),
4. Wykreślenie Rozdziału 3 ust. 3.2.4 PU,
5. Wykreślenie z Rozdziału 2 ust. 2.1.2.10 PU sformułowania „[…]Wykonawca oświadcza i zapewnia, że umowa ubezpieczenia została zawarta zgodnie ze zwyczajowo przyjętą w branży praktyką, z uwzględnieniem takich postanowień dotyczących limitów i ochrony ubezpieczeniowej, aby były one wystarczające dla pokrycia ewentualnych szkód wyrządzonych przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy. Wykonawca oświadcza i zapewnia, że ciągłość polisy OC zostanie utrzymana przez cały okres obowiązywania Umowy.[…]” oraz wykreślenie Rozdziału 3 ust. 3.1.4 PU,
6. Wprowadzenie do PU następujących zmian:
   a) wskazanie, że Umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia jej podpisania, przy czym Usługa Transmisji Danych będzie świadczona przez wykonawcę przez okres nie krótszy niż 30 miesięcy od dnia zakończenia Wdrożenia (Rozdział 4, ust. 4.1.1),
   b) wskazanie, że wykonawca ma obowiązek w terminie 4 Dni Roboczych rozpatrzyć zastrzeżenia do Projektu Technicznego zgłoszone przez Zamawiającego w Protokole Odbioru Projektu Technicznego i podać, które z nich zostaną przez niego uwzględnione, a które nie zostaną uwzględnione wraz z przedstawieniem odpowiedniego uzasadnienia w tym zakresie; po przedstawieniu przez wykonawcę uzasadnienia Strony wspólnie uzgodnią dalszy sposób postępowania w zakresie zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń (Rozdział 5, ust. 5.1.2),
   c) modyfikację Rozdziału 9 PU w następujący sposób:
      wskazanie, że kary umowne należą się Zamawiającemu za zwłokę, a nie za − opóźnienie,
      zmniejszenie kary umownej za opóźnienie (po modyfikacji przewidzianej − w pkt 1 powyżej: za zwłokę) w każdorazowej Naprawie Awarii Poziom

Krytyczny, Poziom Średni, Poziom Niski odpowiednio do kwoty 200,00 zł, 50,00 zł i 10,00 zł (ust. 9.1.6, ust. 9.1.7, ust. 9.1.8),

wykreślenie ust. 9.1.1.12, −
wprowadzenie ograniczenia procentowego wysokości kar umownych, które − mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie trwania Umowy (nie więcej niż 30%) w stosunku do wypłaconego Wykonawcy wynagrodzenia,
wykreślenie ust. 9.1.2 i ust. 9.1.3, ewentualnie wprowadzenie postanowienia − zgodnie, z którym w przypadku wypowiedzenia Umowy przez wykonawcę lub odstąpienia od Umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po jego stronie, Zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną w wysokości 10% Wartości Umowy netto;

d) Wprowadzenie do Rozdziału 9 postanowienia zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych,
e) Termin realizacji przez wykonawcę zamówienia wynikającego z opcji, w tym wszelkie zmiany, dostawy i instalacja dodatkowych urządzeń następować będą bezzwłocznie, w terminach uzgodnionych przez wykonawcę z Zamawiającym, nie będzie on jednak dłuższy niż ilość tygodni podana przez wykonawcę w formularzu ofertowym w warunku P4 oceny oferty od momentu złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji i jednocześnie termin ten rozpocznie bieg nie wcześniej niż z momentem dokonania przez Zamawiającego Odbioru Projektu Technicznego (Rozdział 10 ust. 10.1.4),
f) Modyfikację Rozdziału 13 PU polegającą na:
wykreśleniu z ust. 13.1.1.1 sformułowania „[…]albo zaistnieją podstawy do − złożenia wniosku o jego upadłość[…]”,
− wykreśleniu ust. 13.1.1.3, ewentualnie zastąpienie zwrotu „opóźnienie” zwrotem „zwłoka”,
wykreśleniu ust. 13.1.1.4, −
wykreśleniu ust. 13.1.1.6, −
wykreśleniu ust. 13.1.1.7, −
wykreśleniu ust. 13.1.1.8, −

g) Wskazanie w Rozdziale 13, że umowne prawo odstąpienia wygasa po upływie 3 miesięcy od dnia podpisania Umowy,
h) Wykreślenie ostatniego zdania z Rozdziału 13 ust. 13.1.6: „[…]Do czasu dostarczenia przez Wykonawcę wszystkich wyżej wymienionych dokumentów, Zamawiający ma prawo powstrzymać się z zapłatą jakiejkolwiek części Wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy.[…]”,

7. Wprowadzenie do załącznika nr 6 do Umowy (Gwarancja, Usługi Gwarancyjne i Zgłoszenia Serwisowe) następujących zmian polegających na:
a) wykreśleniu pkt 1.15,
b) dodaniu do pkt 1.19 ppkt 1.19.1 stwierdzenia, że za datę zamknięcia danego Zgłoszenia Serwisowego uznaje się moment przekazania Zamawiającemu przez wykonawcę informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym,
c) zastąpienie obecnego brzmienia pkt 1.19 ppkt 1.19.2 następującym: „[…]dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego. Od momentu dokonania powtórnego Zgłoszenia Serwisowego czas usunięcia tej Awarii lub Wady zaczyna biec na nowo.[…]”,
d) wskazanie w pkt 1.28, że po upływie pierwszych 12 miesięcy obowiązywania Umowy, Zamawiający ma prawo dwukrotnie żądać wymiany precyzyjnie określonej liczby baterii lub Urządzeń Mobilnych w przypadku, gdy bateria stanowi nierozłączną część urządzenia po stwierdzeniu przez Zamawiającego niespełniania wymagania W1.30 lub W1.31 w tabeli nr 1 Wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, OPZ oraz dodanie do Formularza rzeczowo-cenowego dla dostawy urządzeń typu tablet

z akcesoriami oraz usługą transmisji danych, signature padów – załącznik nr 1a do Formularza ofertowego pozycji umożliwiającej wycenę wymiany na żądanie Zamawiającego precyzyjnie określonej liczby baterii lub Urządzeń Mobilnych w przypadku, gdy bateria stanowi nierozłączną część urządzenia,

e) Wykreślenie pkt 2.3 oraz pkt 2.4,

f) Określenie w pkt 3.4 następujących Czasów Reakcji i Naprawy w razie Wady lub Awarii:

Usługa Transmisji Danych Urządzenia i Akcesoria

Poziom zgłoszenia Czas reakcji Czas naprawy Czas reakcji Czas naprawy serwisowego

2 godziny 24 godziny Poziom 1 – Zegarowe zegarowe Awarie Poziom (zamiast 1 (zamiast 2 Krytyczny godziny) godzin) 4 godziny 48 godzin Poziom 2 – Zegarowe zegarowych Awaria Poziom (zamiast 1 (zamiast 8 Średni godziny) godzin) W uzgodnionym przez Strony 8 godzin czasie. Poziom 3 – A zegarowych (wykreślenie – aria Poziom Niski (zamiast 1 ale nie godziny) dłuższym niż 2 dni robocze) 48 godzin 14 Dni zegarowych Roboczych Wada (zamiast 1 (zamiast 5 Dni godziny) Roboczych)

g) Wskazanie w pkt 5.2, że wykonawca zobowiązany jest usunąć zaistniałe Wady/Awarie, które nie są objęte Usługami Gwarancyjnymi, zgodnie z pkt 1.20, w terminach i za wynagrodzeniem uzgodnionym każdorazowo przez Strony,

8. Modyfikację pkt 4 załącznika nr 13 do Umowy przez wskazanie, że Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić własne testy poprawności pracy Signature Pad w terminie 2 Dni Zestawów i Urządzeń Roboczych (zamiast obecnych 10 Dni Roboczych) od podpisania Listu przewozowego.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Pzp ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w Postępowaniu.

I. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – uwagi ogólne

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W jego ocenie szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało w sformułowanych przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczający do sporządzenia prawidłowej oferty i oszacowania jej kosztów, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

II. Termin zakończenia Wdrożenia

Odwołujący podał, że zgodnie z ust. 4.2.1 PU „[…]Wykonawca zobowiązuje się,

na warunkach określonych w Umowie oraz zgodnie z OPZ, do zakończenia Wdrożenia w terminie nie dłuższym niż … tygodni od daty podpisania Umowy zgodnie z ilością podaną w Załączniku nr 3 do Umowy – formularzu ofertowym w warunku P4 oceny oferty. Harmonogram zostanie przygotowany przez Wykonawcę w ramach Projektu Technicznego.[…]".

Jak wynika z punktacji ustalonej przez Zamawiającego w ramach warunku P4 oceny ofert, tj. kryterium oceny ofert „Termin dostawy urządzeń do lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego", oczekuje on zakończenia Wdrożenia w terminie 4 lub mniej tygodni od daty podpisania Umowy.

Odwołujący wyjaśnił, że punktacja określona przez Zamawiającego w ramach warunku P4 przedstawia się następująco: 8 tygodni – 0 pkt, 7 tygodni – 1 pkt, 6 tygodni – 3 pkt, 5 tygodni – 7 pkt, 4 tygodni lub mniej – 10 pkt. Ponieważ przy 8 tygodniach nie dodano sformułowania „lub więcej" należy przyjąć, że Zamawiający oczekuje zakończenia wdrożenia w terminie maksymalnie 8 tygodni.

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

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Umowy, pod pojęciem Wdrożenie należy rozumieć wszelkie czynności wykonawcy mające na celu uzyskanie pełnej funkcjonalności Przedmiotu Zamówienia. Zakończenie Wdrożenia wymaga dokonania szeregu czynności, w tym sporządzenia przez wykonawcę Projektu Technicznego wraz z Harmonogramem,

na co przewidziano 10 Dni Roboczych od podpisania Umowy (ust. 4.2.3.1 Projektu Umowy), a następnie dokonania jego odbioru przez Zamawiającego. Odbiór Projektu Technicznego nastąpi na podstawie Protokołu Odbioru Projektu w terminie do 4 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do Odbioru Projektu Technicznego, tj. od dnia dostarczenia Zamawiającemu kompletnego i opracowanego zgodnie z Umową Projektu Technicznego. W powyższym terminie Zamawiający ma prawo zgłoszenia w Protokole Odbioru Projektu Technicznego zastrzeżeń do Projektu Technicznego, które wykonawca ma w terminie do 4 Dni Roboczych, na własny koszt i ryzyko, uwzględnić w całości. W takim przypadku procedura odbioru Projektu Technicznego zostanie przeprowadzona ponownie. Protokół Odbioru Projektu Technicznego podpisany bez zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, stanowi warunek rozpoczęcia przez wykonawcę wykonywania pozostałych elementów Przedmiotu Umowy (vide: ust. 5.1.1 i ust. 5.1.2 Projektu Umowy).

W ocenie Odwołującego analiza powyższych terminów wskazuje, że w przypadku nie zgłoszenia przez Zamawiającego uwag do przedstawionego przez wykonawcę Projektu Technicznego jego odbiór przez Zamawiającego może nastąpić po około 3 tygodniach (14 Dni Roboczych), co czyni termin 4 lub mniej tygodni na zakończenie Wdrożenia od dnia podpisania Umowy niemożliwym do dotrzymania, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dostarczenia Urządzeń wraz z Akcesoriami i Kartami SIM do Lokalizacji Zamawiającego, których może być nawet 7200. Termin ten będzie tym bardziej niemożliwy do dotrzymania w przypadku chociażby jednokrotnego zgłoszenia przez Zamawiającego uwag do przedstawionego przez wykonawcę

Przy zgłoszeniu uwag, odbioru Projektu Technicznego. jednokrotnym termin Projektu Technicznego wydłuża się do 22 Dni Roboczych, co daje ok. 4,5 tygodnia. Termin ten może wydłużyć się o kolejne dni, w przypadku gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie będzie możliwe przygotowanie przez niego Projektu Technicznego w określonym w umowie terminie 10 Dni Roboczych. Wiele okoliczności i danych niezbędnych do jego wykonania zostanie bowiem przedstawionych przez Zamawiającego dopiero na etapie przygotowania Projektu Technicznego (pkt 2 str. 4 OPZ). W przypadku zbyt późnego przekazania przez Zamawiającego informacji lub ich nieuzgodnienia przez Strony niezwłocznie po podpisaniu umowy, dotrzymanie terminu 10 Dni Roboczych na wykonanie Projektu Technicznego może okazać się niemożliwe.

Biorąc pod uwagę powyższe terminy Odwołujący stwierdził, że również maksymalny

przewidziany przez Zamawiającego termin, który może zostać zadeklarowany przez wykonawcę w ramach warunku P4, tj. termin 8 tygodni, jest niewystarczający. Realny czas który pozostanie wykonawcy, odpowiednio – 5 tygodni w pierwszym przypadku i 3,5 tygodnia

w drugim, jest bowiem terminem zbyt krótkim na dostarczenie 13.000 Urządzeń Mobilnych wraz z Akcesoriami i 6.000 Signature Pad do nawet 7200 Lokalizacji Zamawiającego na terenie całego kraju.

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

III.Zarzuty dotyczące SIWZ, OPZ i załączników do OPZ

1. Cena oferty

W Rozdziale XVI pkt 2 SIWZ (str. 17) Zamawiający wskazał, że cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji Postępowania, jak również koszty w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Wprowadzając przedmiotowe postanowienie Zamawiający *de facto* przerzucił na wykonawcę całe ryzyko związane z nieujęciem przez Zamawiającego w treści SIWZ określonych kosztów realizacji zamówienia, bez których nie jest możliwa jego realizacja. Takie działanie Zamawiającego jest nieuzasadnione biorąc pod uwagę fakt, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, to na nim spoczywa ciężar dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca nie może ponosić ewentualnego kosztu ryzyka, którego nie może zidentyfikować i oszacować z uwagi na brak informacji o nim w dokumentacji Postępowania.

Ponadto, skoro określone elementy generujące koszt nie zostały uwzględnione w dokumentacji Postępowania, to nie zostaną one również objęte oświadczeniem wykonawcy zawartym w ofercie. Co do zasady treść oferty wykonawcy ma odpowiadać treści SIWZ. Skoro określony element nie może być objęty oświadczeniem wykonawcy zawartym w ofercie, z uwagi na jego nieujęcie w dokumentacji Postępowania, to wykonawca nie może zobowiązać się do uwzględnienia jego kosztów w cenie oferty.

2. Liczba Lokalizacji

Z analizy pkt 2 zamieszczonego na str. 4 OPZ wynika, że Zamawiający przewidział, że szereg informacji zostanie przez niego podanych lub uzgodnionych z wykonawcą na etapie przygotowania Projektu Technicznego. Jedną z takich informacji jest liczba Lokalizacji, do których wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć Urządzenia lub je z nich odbierać i ponownie dostarczyć.

Zgodnie z pkt 2 ppkt 2.1 i 2.2, str. 4 OPZ, na etapie Projektu Technicznego:

„[…]

2.1. Zamawiający wskaże Lokalizacje (ale nie więcej niż 7200 w całej Polsce) do których Wykonawca winien dostarczyć Zestawy i Signature Pad;

2.2. Zamawiający wskaże Lokalizacje (ale nie więcej niż 7200 w całej Polsce), z których Wykonawca winien odbierać, a po Naprawie dostarczyć, Urządzenia, Akcesoria i Karty SIM w ramach Zgłoszenia Serwisowego;

[…]".

Określenie liczby tych Lokalizacji jedynie przez wskazanie ich maksymalnego poziomu uniemożliwia wykonawcy należyte skalkulowanie i przygotowanie oferty, a w efekcie może również doprowadzić do nieporównywalności złożonych ofert. Każdy z wykonawców, zgodnie z własnym założeniami, może bowiem przyjąć do wyceny inną liczbę Lokalizacji. Koszty dostawy i odbioru urządzeń mogą natomiast znacznie różnić

się w zależności od tego czy Zamawiający wskaże 200, 1.000 czy maksymalną liczbę 7.200 Lokalizacji. Przykładowo można wskazać, że firmy kurierskie bardzo często uzależniają ceny przesyłek od ich ilości.

Ustalenie już na etapie SIWZ konkretnej liczby Lokalizacji z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać i dostarczać urządzenia ma również kluczowe znaczenie z perspektywy zapewnienia przez niego odpowiedniego zaplecza do świadczenia usług gwarancyjnych.

3. Przepustowość łącza

Zgodnie z pkt 2 ppkt 2.8m, str. 4 OPZ, połączenie infrastruktury sieciowej Zamawiającego i wykonawcy będzie realizowane w oparciu o dedykowane łącze dostarczone przez wykonawcę w architekturze redundantnej. Przepustowość łącza zostanie uzgodniona na etapie Projektu Technicznego i będzie wystarczająca do komfortowego świadczenia Usług.

Sporządzony przez Zamawiając opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny w zakresie, w jakim nie uwzględniono w nim wszystkich wymagań

i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Brak wskazania przez Zamawiającego w treści OPZ jaką przepustowość będzie uznawał za „wystarczającą do komfortowego świadczenia uniemożliwia wykonawcy Usług" oszacowanie kosztów związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia, a zatem uniemożliwia mu sporządzenie oferty. Tymczasem koszty zapewnienia połączenia infrastruktury sieciowej Zamawiającego i wykonawcy, realizowanego w oparciu o dedykowane łącze dostarczone przez wykonawcę w architekturze redundantnej, mogą znacznie się różnić w zależności od jego przepustowości. Z uwagi na brak powyższych informacji wykonawca na etapie przygotowania oferty nie ma możliwości zweryfikowania czy dysponuje warunkami technicznymi umożliwiającymi zapewnienie Zamawiającemu odpowiedniego łącza, a tym samym, czy nie będzie musiał ich stworzyć na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, co może spowodować znaczny wzrost kosztów wykonania tego elementu przedmiotu zamówienia.

4. Liczba baterii w przypadku zaoferowania rysika zasilanego bateryjnie i akumulatorów w przypadku zaoferowana rysika zasilanego akumulatorowo

Zdaniem Odwołującego Postanowienia OPZ w zakresie ilości baterii, które w okresie realizacji Umowy będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca oferujący rysik zasilany bateryjnie są niejednoznaczne i nieprecyzyjne

Zgodnie z wymogiem W1.14 (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, str. 7 OPZ) w przypadku dostarczenia rysików zasilanych bateryjnie wymagane jest zapewnianie dostaw baterii przez cały okres Umowy. Stosownie natomiast do wymogu W1.27 (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, str. 12 OPZ), w zestawie z każdym urządzeniem muszą znajdować się co najmniej 4 komplety baterii, w przypadku, gdy rysik zasilany jest bateriami bez możliwości ładowania.

Przy takim ukształtowaniu przywołanych powyżej postanowień nie sposób określić jaką liczbę baterii na cały okres realizacji umowy powinien uwzględnić wykonawca oferujący rysik zasilany bateryjnie. Mogą to być 4 komplety baterii, o których mowa w W.127, ale równie dobrze, na podstawie W1.14, biorąc pod uwagę liczbę rysików, które jest zobowiązany dostarczyć wykonawca w ramach zamówienia podstawowego, a zatem 13.000 sztuk, może to być nawet kilkutysięczne, jeżeli nie kilkusettysięczna liczba baterii. Podanie przez Zamawiającego niejednoznacznych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie oferty.

Uwzględniając z kolei fakt, że wszyscy wykonawcy oferujący rysiki zasilane bateryjnie powinni przyjąć do wyceny taką samą liczbę baterii należy stwierdzić, że koniecznym jest dodanie przez Zamawiającego do Formularza rzeczowo-cenowego odpowiedniej oddzielnej

pozycji umożliwiającej ich wycenę. Tylko takie rozwiązania zapewni porównywalność ofert w tym zakresie.

Obowiązek dostarczenia dodatkowych baterii został przewidziany wyłącznie w przypadku zaoferowania rysików zasilanych bateryjnie. Analogiczny obowiązek nie został

przewidziany w przypadku rysików zaoferowania zaoferowanych akumulatorowo. Odwołujący podkreślił, że również akumulatory ulegają zużyciu i w toku obowiązywania Umowy może wystąpić konieczność ich wymiany.

5. Logo Zamawiającego

Odwołujący podał, że stosownie do wymogu W1.25 (tabela nr 1 wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego, str. 11 OPZ) szczegółowe informacje dotyczące logo Zamawiającego, które ma zostać nadrukowane na etui Urządzenia Mobilnego zostaną ustalone dopiero na etapie Projektu Technicznego.

W wymogu tym, Zamawiający zawarł szczegółowy opis wyglądu i sposobu wykonania etui, co powoduje, że nie jest to powszechnie dostępne etui, ale etui dedykowane, dostosowane do potrzeb Zamawiającego. Ponieważ jest to etui dedykowane to będzie ono musiało zostać wyprodukowane przez wykonawcę. Konieczność wyprodukowania etui oznacza, że wykonawca potrzebuje na jego dostarczenie więcej czasu niż przypadku rozwiązań standardowych, powszechnie dostępnych na rynku. Biorąc pod uwagę, że szczegółowe informacje dotyczące logo Zamawiającego mają zostać ustalone dopiero na etapie Projektu Technicznego, niemożliwym jest wyprodukowanie i dostarczenie 13.000 sztuk etui w terminie 2 tygodni (w przypadku zadeklarowania 4 lub mniej tygodni na zakończeni Wdrożenia), a nawet 6 tygodni (w przypadku zadeklarowania 8 tygodni na zakończeni Wdrożenia).

6. Odtwarzanie filmu na baterii i czas całkowitego naładowania baterii

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wprowadził wymóg zgodnie z którym bateria ma umożliwiać ciągłe odtwarzanie filmu przez nie mniej niż 5 godzin i 30 minut w całym okresie obowiązywania Umowy, zgodnie ze scenariuszem testowym opisanym w załączniku nr 1 do OPZ (tabela nr 1 – „Wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego", W1.30, str. 13 OPZ) oraz wymóg, aby czas całkowitego naładowania baterii dla wyłączonego Urządzenia Mobilnego był nie dłuższy niż 5 godzin w całym okresie obowiązywania Umowy (tabela nr 1 – „Wymagania techniczne dla Urządzenia Mobilnego", W1.31, str. 13 OPZ).

Wprowadzenie powyższych wymogów jest nadmierne i nieuzasadnione biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca nie będzie miał wpływ na ilość ani na sposób ładowań baterii

w okresie obowiązywania umowy. Każde ładowanie baterii, jak również każde ładowanie jej w niewłaściwy sposób wpływa natomiast znacząco na jej żywotność.

7. Wymóg współpracy Urządzenia Signature Pad z systemem operacyjnym Windows XP, Windows Server 2003 i Windows Server 2008 R2

Odwołujący wskazał, że określony w tabeli nr 2 – „Wymagania techniczne dla Urządzenia Signature Pad", W2.13, str. 17 OPZ wymóg, aby Urządzenie Signature Pad mogło współpracować z systemem operacyjnym Windows XP Windows Server 2003 i Windows Server 2008 R2 jest nieuzasadniony, gdyż – jak wynika z informacji odstępnych na stronie internetowej Microsoft – producent zakończył wsparcie podstawowe dla tego systemu 14 kwietnia 2009 r., zaś wsparcie dodatkowe z dniem 8 kwietnia 2014 r. Koniec wsparcia oznacza, że od ww. daty firma Microsoft przestaje dostarczać automatyczne poprawki, aktualizacje i inne formy pomocy technicznej online dla tego systemu (http://windows, microsoft.com/pl-pl/windows/lifecycle). W sytuacji braku wsparcia ze strony producenta systemu i przy braku pewności co do zainstalowania w infrastrukturze Zamawiającego ostatniej dostępnej aktualizacji lub dodatku Service Pack dla tego systemu, wykonawca nie może zagwarantować, że Urządzenie Signature Pad na pewno będzie współpracowało z używanymi przez Zamawiającego, a wymienionymi powyżej systemami.

Reasumując, urządzenie signature pad może nie współpracować prawidłowo ze starszymi wersjami systemów Microsoft ze względu na brak oficjalnego wsparcia technicznego lub jego ograniczoną dostępność. Dotyczy to Windows XP, Windows Server 2003 i Windows Server 2008 R. Weryfikacja poprawności pracy w trybie usług terminalowych Windows wymaga dostępu do sieci testowej Poczty Polskiej w celu weryfikacji działania.

8. Dostęp do sieci publicznej Internet

W wymogu W.37 tabela nr 3 wymagania techniczne Usługi Transmisji Danych, str. 22 OPZ wskazano:

„[…]

Wykonawca zapewni możliwość dostępu do sieci Internet z prywatnego APN. Kierowanie ruchu do infrastruktury Zamawiającego oraz sieci Internet będzie realizowane przez

Wykonawcę (kierowanie routingiem) bez wykorzystania infrastruktury Zamawiającego.
Za zapewnienie bezpieczeństwa w punkcie styku z Internetem odpowiada Wykonawca.
Za prawidłowe zwymiarowanie przepustowości łącza internetowego w infrastrukturze Wykonawcy zapewniające komfortową pracę wszystkich urządzeń dostarczonych w ramach niniejszej umowy i przejętych z Umowy Pilotażowej odpowiada Wykonawca.
Wykonawca udostępni Zamawiającemu poprzez dedykowaną aplikację lub serwis www

możliwość kreowania i modyfikowania następujących polis regulujących uprawnienia oraz limity dostępu do sieci Internet:

- dozwolone serwisy internetowe (ang. white list) −
- niedozwolone serwisy internetowe (ang. black list) −
- dozwolone protokoły sieciowe −
- niedozwolone protokoły sieciowe. −
- konfigurowalny, przez Zamawiającego, parametr wielkości wykorzystanego transferu − danych do Sieci Internet przy którym ten dostęp zostaje zablokowany/ograniczony w kontekście każdego z Urządzeń Mobilnych.

Szczegóły techniczne rozwiązania zostaną uzgodnione z Wykonawcą na etapie Projektu Technicznego.
[…]".

Zdaniem Odwołującego przywołane postanowienie OPZ jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań lub okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Po pierwsze nie wskazano w nim w jaki sposób, jakimi narzędziami i w jakim zakresie wykonawca ma zapewnić w punkcie styku z Internetem. Stwierdzenie, że szczegóły techniczne rozwiązania zostaną uzgodnione z wykonawcą na etapie Projektu Technicznego uniemożliwia wykonawcy ich zaplanowanie i uwzględnienie w cenie oferty.

Ponadto, nałożenie na wykonawcę tego obowiązku jest nieuzasadnione, w sytuacji gdy wykonawca ma umożliwić Zamawiającemu możliwość kreowania i modyfikowania określonych polis regulujących uprawnienia oraz limity dostępu do sieci Internet przez dedykowaną aplikację lub serwis www. Nie można bowiem wymagać od wykonawcy zapewnienia bezpieczeństwa w sytuacji gdy Zamawiający bez jego udziału może dowolnie zmienić określone ustawienia.

Odwołujący zasygnalizował ponadto, że Zamawiający nie określił również przepustowości łącza. Aktualne w tym zakresie pozostają uwagi poczynione odnośnie zarzutu określonego w pkt 2 lit. c) *petitum* Odwołania.

9. Brak odpowiedzialności Zamawiającego za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych próbek

Odwołujący podał, że w pkt 1 (str. 1) i pkt 2 (str. 2) załącznika nr 1 do OPZ – „Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń" zastrzeżono, że Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń Mobilnych i Urządzeń Signature Pad w trakcie testów. Wprowadzenie powyższego

zastrzeżenia jest nieuzasadnione, gdyż Zamawiający powinien zachować dbałość i należycie zabezpieczyć przekazane mu próbki, których wartość może być dość znaczna.

10. Zrezygnowanie z testu określonych wymagań na Urządzeniu Signature Pad

Odwołujący wskazał, że w pkt 6.5 str. 10 załącznika nr 1 do OPZ– „Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń" Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zrezygnowania z wykonania testu wybranych wymagań na Urządzeniu Signature Pad przy wykorzystaniu urządzenia CNC w całości lub w części, jeżeli z przyczyn technicznych wykonanie testu okaże się niemożliwe. Zamawiający nie wskazał przy tym jednak po czyjej stronie (wykonawcy czy Zamawiającego) mają pozostawać przyczyny techniczne uniemożliwiające wykonanie testu. Nie określił również czy w takim przypadku test nie zostanie przeprowadzony dla wszystkich czy tylko dla jednego wykonawcy, w odniesieniu do próbki którego zaistnieją przyczyny techniczne uniemożliwiające jego przeprowadzenie.
Brak precyzji po stronie Zamawiającego w powyższym zakresie może mieć istotne znaczenie z perspektywy rzetelności i prawidłowości przeprowadzenia testów, a w efekcie

może wpływać na wynik badania i oceny ofert.

IV. Zarzut dotyczący weryfikacji wystawcy gwarancji

Zgodnie z Rozdziałem XXI pkt 4 SIWZ, wykonawca ma obowiązek przedstawić Zamawiającemu projekt gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej z odpowiednim wyprzedzeniem, przy czym weryfikacja Zamawiającego dotyczyć będzie zarówno treści gwarancji, jaki wystawcy gwarancji.

Odwołujący podał, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości weryfikacji przez Zamawiającego wystawcy gwarancji. Wprowadzając przedmiotowe postanowienie do SIWZ Zamawiający nie wskazał w jaki sposób (według jakich kryteriów) będzie dokonywał weryfikacji wystawcy gwarancji, ani jakie konsekwencje będzie miała negatywna weryfikacja. Uprawnienie to może zostać wykorzystane przez Zamawiającego do wywierania na wykonawcę wpływu przed podpisaniem Umowy.

V. Zamówienia uzupełniające.

W Rozdziale 3 ust. 3.2.4 PU wskazano, że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z określonej w SIWZ możliwości udzielenia zamówień uzupełniających wykonawca zobowiązuje się zaoferować Zamawiającemu realizację tych zamówień uzupełniających na warunkach nie mniej korzystnych niż wynikające z Umowy.

Przedmiotowe postanowienie pozostaje w sprzeczności z ideą zamówień uzupełniających, które udzielane są na podstawie odrębnej umowy, której warunki są uzgadniane przez strony przed jej zawarciem. Jest to element odróżniający zamówienia

uzupełniające od prawa opcji, realizowanego w ramach zwartej przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego.

VI. Polisa OC

Stosownie do Rozdziału 2 ust. 2.1.2.10 PU wykonawca oświadcza, że posiada aktualną polisę od odpowiedzialności cywilnej związaną z prowadzoną działalnością gospodarczą, korespondującą z Przedmiotem Umowy, opiewającą na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000,00 zł, która stanowi Załącznik nr 7. Wykonawca oświadcza i zapewnia, że umowa ubezpieczenia została zawarta zgodnie ze zwyczajowo przyjętą w branży praktyką, z uwzględnieniem takich postanowień dotyczących limitów i ochrony ubezpieczeniowej, aby były one wystarczające dla pokrycia ewentualnych szkód wyrządzonych przez wykonawcę w związku z realizacją Umowy. Wykonawca oświadcza i zapewnia, że ciągłość polisy OC zostanie utrzymana przez cały okres obowiązywania Umowy.

Z kolei stosownie do Rozdziału 3 ust. 3.1.4 PU w przypadku, jeżeli wykonawca wbrew zapewnieniu złożonemu w Rozdziale 2 ust. 2.1.2.10 nie utrzyma ciągłości polisy OC, Zamawiający może zawrzeć i utrzymać takie ubezpieczenie, regularnie potrącając składkę na takie ubezpieczenie z dowolnej kwoty należnej wykonawcy z tytułu realizacji Umowy (w tym odpowiednie podatki i opłaty oraz koszty usług pośredników), którą Zamawiający będzie musiał zapłacić ubezpieczycielowi.

Zdaniem Odwołującego wprowadzenie do PU przytoczonej powyżej wymogów powoduje, że wymagana od wykonawcy plisa OC związana z prowadzą działalnością staje się *de facto* dodatkowym sposobem zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia określonego w Rozdziale 3 ust. 3.1.4 PU jest nieuzasadnione również z uwagi na fakt, że wykonawca nie będzie miał wpływu ani na wybór ubezpieczyciela ani na warunki ubezpieczenia, co jest niecelowe, skoro jest to ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzoną działalnością, a nie ubezpieczenie tego konkretnego kontraktu.

VII. Zarzuty dotyczące PU

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy K.c., jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353^1 K.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 K.c.

Odwołujący stwierdził, że treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia, dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcom prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w PU zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353 1 K.c. w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp.

1. Okres obowiązywania Umowy

Zgodnie z Rozdziałem 4, ust. 4.1.1 Projektu Umowy, z zastrzeżeniem postanowień Rozdziału 12 ust. 12.1.1., Umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia jej podpisania lub na okres do wyczerpania kwoty Wartości Umowy.

Takie ukształtowanie okresu obowiązywania umowy uniemożliwia wykonawcy ustalenie okresu świadczenia Usługi Transmisji Danych i oszacowanie kosztów jej świadczenia. Ze względu na fakt, że w początkowym okresie obowiązywania Umowy przewidziano szereg czynności do wykonania, które poprzedzają rozpoczęcie świadczenia Usług Transmisji Danych wykonawca nie ma pewności jaki będzie faktyczny okres świadczenia przez niego Usługi Transmisji Danych. Może być to okres 34, 32 a również dobrze nawet 30 lub mniej miesięcy. Koszty świadczenia tego typu usługi ustala się natomiast m.in. w oparciu właśnie o okres przez który będzie ona świadczona.

2. Zastrzeżenie do Projektu Technicznego zgłoszone przez Zamawiającego

W Rozdziale 5 ust. 5.1.2 PU wskazano, że wykonawca ma obowiązek w terminie 4 Dni Roboczych, na własny koszt i ryzyko, uwzględnić w całości zastrzeżenia do Projektu Technicznego zgłoszone przez Zamawiającego w Protokole Odbioru Projektu Technicznego.

Nałożenie na wykonawcę konieczności realizacji tego obowiązku bez możliwości zgłoszenia uwag co do zastrzeżeń Zamawiającego jest nieuzasadnione. Skoro wykonawca jest profesjonalistą i ponosi odpowiedzialność za należytą realizacją zamówienia, to powinien mieć zagwarantowaną możliwość zgłoszenia uzasadnionych uwag co do zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń.

3. Kary umowne

Odwołujący podkreślił, że kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie (tak jak w przypadku PU) narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy.

Zdaniem Odwołującego prawie wszystkie kary umowne przewidziane przez Zamawiającego w Rozdziale 9 PU są karami za opóźnienie, a zatem zarówno za okoliczności zawinione jak i niezawinione przez wykonawcę, nie zaś za zwłokę, czyli jedynie za okoliczności zawinione przez wykonawcę. Kara umowna ma stanowić narzędzie dyscyplinowania wykonawcy, jednakże traci takie charakter gdy jest nadużywana przez Zamawiającego.

W ust. 9.1.6, 9.1.7 i 9.1.8 PU Zamawiający przewidział rażąco wygórowane kary umowne za opóźnienie w każdorazowej Naprawie Awarii Poziom Krytyczny, Poziom Średni, Poziom Niski. Zostały one przewidziane odpowiednio w kwocie 5.000,00 zł, 1.000,00 zł oraz 100,00 zł. Rażąco wygórowany charakter tych kar nie budzi wątpliwości zwłaszcza jeśli uwzględnić przewidziany przez Zamawiającego niezwykle krótki Czas Reakcji i Naprawy Awarii oraz definicje poszczególnych Awarii zawarte w załączniku nr 1 do Umowy („Definicje"). Każda z definicji ww. Awarii rozpoczyna się od słów „[…]każda nieprawidłowość w funkcjonowaniu Usługi Transmisji Danych[…]".

Z kolei w ust. 9.1.1.12 PU, przewidziano karę umowną w przypadku, gdy tożsama Wada będzie przedmiotem co najmniej 100 Zgłoszeń Serwisowych, w wysokości 10% wartości netto wskazanej w Formularzu Ofertowym każdego Urządzenia, w którym zostanie stwierdzona Wada. Wprowadzenie przedmiotowej kary umownej jest nieproporcjonalne do zakresu przedmiotu zamówienia, który w części podstawowej obejmuje 13.000 Urządzeń Mobilnych z rysikiem, 6.000 Signature Padów oraz analogiczną liczbę akcesoriów dla każdego z urządzeń. W przypadku takiego wolumenu zamówienia wystąpienie tożsamej Wady, rozumianej jako każda nieprawidłowość w funkcjonowaniu lub ograniczenie

w korzystaniu z Urządzeń, Akcesoriów lub Kart SIM (załącznik nr 1 do Umowy – „Definicje") w 100 urządzeniach, pomimo dochowania przez wykonawcę należytej staranności i szybkiego reagowania na pojawiające się Wady jest wysoce prawdopodobna.

Ponadto, określając poszczególne kary umowne Zamawiający nie wprowadził żadnego ograniczenia ich wysokości, co w przypadku takiego wygórowania kar może spowodować, że ich łączna wysokość nałożona w całym okresie obowiązywania Umowy znacznie przekroczy przysługujące wykonawcy wynagrodzenie.

Odwołujący stwierdził, że kolejnym przejawem naruszenia zasad współżycia społecznego jest przewidzenie w PU kar umownej w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez wykonawcę, z przyczyn leżących po jego stronie (ust. 9.1.2 i ust. 9.1.3 PU). W przypadku wystąpienia którejkolwiek z tych okoliczności, wykonawca zobowiązany jest zapłacić

Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% Wartości Umowy netto. Wprowadzając powyższe kary nie przewidziano jednak analogicznego obowiązku dla Zamawiającego aktualizującego się w przypadku wypowiedzenia Umowy przez wykonawcę lub odstąpienia od Umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz w przypadku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po jego stronie.

4. Brak procedury reklamacyjnej

W Rozdziale 6 ust. 6.2.1 oraz w Rozdziale 9 ust. 9.1.4 i 9.1.5 PU Zamawiający przewidział automatyczne potrącanie nałożonych na wykonawcę kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy bez jakiejkolwiek procedury reklamacyjnej z której mógłby skorzystać wykonawca.

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

5. Termin realizacji zamówienia wynikającego z prawa opcji

Odwołujący podał, że zgodnie z Rozdziałem 10 ust. 10.1.4 PU Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w całym okresie realizacji Umowy. Termin realizacji przez wykonawcę zamówienia wynikającego z opcji, w tym wszelkie zmiany, dostawa i instalacja dodatkowych urządzeń następować będą bezzwłocznie, w terminach uzgodnionych przez wykonawcę z Zamawiającym, nie będzie on jednak dłuższy niż 30 dni kalendarzowych od momentu złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.

Zamówienie w ramach prawa opcji w przypadku każdego z urządzeń i akcesoriów obejmuje ponad połowę liczby sztuk dostarczanych w ramach zamówienia podstawowego (np. Urządzenia Mobilne z rysikiem – zamówienie podstawowe 13.000 sztuk, natomiast zamówienie w ramach prawa opcji to 6.883 sztuki), a elementy takie jak np.

lub do potrzeb etui wymagają wyprodukowania dostosowania Zamawiającego. Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że termin ich dostawy w ramach prawa opcji powinien być co najmniej taki sam jak w przypadku zamówienia podstawowego.

6. Wypowiedzenie i odstąpienia do Umowy

W Rozdziale 13 PU Zamawiający przewidział szereg okoliczności uprawniających go do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym albo do odstąpienia od Umowy z zachowaniem prawa do kar umownych określonych w Rozdziale 9 PU.

Jedną z takich okoliczności jest zaistnienie podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wykonawcy (ust. 13.1.1). Przedmiotowa okoliczność jest nieprecyzyjna, niejednoznaczna i może być dowolnie interpretowana przez Zamawiającego na etapie realizacji Umowy. Nie wskazano bowiem jakie okoliczności zostaną uznane przez Zamawiającego za podstawy do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, ani kto będzie decydował o tym czy rzeczywiście one wystąpiły.

Kolejną z przesłanek uprawniających Zamawiającego do wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej jest sytuacja, w której opóźnienie w realizacji obowiązków wynikających

z Umowy przekroczy 30 dni kalendarzowych (ust. 13.1.1.3). Po raz kolejny Zamawiający posługuje się sformułowaniem „opóźnienie", podczas gdy wykonawca powinien ponosić negatywne konsekwencje zawinionych przez siebie działań.

W ust. 13.1.1.4 wskazano, że Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy lub odstąpienia od niej w sytuacji, gdy po stronie wykonawcy powstanie stan zagrożenia niewypłacalnością, uzasadniający wszczęcie postępowania naprawczego wobec wykonawcy lub to postępowanie wszczęto. Odnosząc się do powyższej przesłanki należy zauważyć, że z dniem 1 stycznia 2016 r. weszła w życie ustawa Prawo restrukturyzacyjne, która wprowadziła szereg zmian do ustawy Prawo Upadłościowe (poprzednio: Prawo upadłościowe i naprawcze), w tym na mocy której uchylono przepisy o postępowaniu upadłościowym.

Nieprecyzyjna i niejednoznaczna jest również kolejna z przesłanek uprawniająca Zamawiającego do wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy, tj. przesłanka określona w ust. 13.1.1.6., zgodnie z którym Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym albo odstąpienia z zachowaniem prawa do kar umownych określonych w Rozdziale 9 w przypadku istotnego naruszenia przez wykonawcę postanowień Umowy lub postanowień SIWZ. Istotnym naruszeniem Umowy lub SIWZ jest w szczególności wykonywanie obowiązków wynikających z Umowy niezgodnie z warunkami zawartymi w OPZ i zaakceptowanymi przez wykonawcę w złożonej w ofercie lub niezgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ, dostawa Urządzeń o cechach niezgodnych z warunkami określonymi w SIWZ, naruszenie postanowienia Umowy dotyczącego terminu jej wykonania lub zasad zachowania poufności, ochrony danych osobowych.
Nieprecyzyjność i niejednoznaczność sformułowań, którymi posłużył się Zamawiający dookreślając przedmiotową przesłankę powoduje, że może ona być dowolnie interpretowana na etapie realizacji Umowy i skutkować zakończeniem jej obowiązywania z nieistotnego powodu.

W ust. 13.1.1.7 wskazano, że Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy lub odstąpienia od niej w sytuacji naruszenia przez wykonawcę lub podmioty działające w jego imieniu lub na jego rzecz wymagań bezpieczeństwa określonych w załączniku nr 8 do Umowy. Tym samym już jednozrazowe naruszenie przez wykonawcę lub podmioty w z nim współpracujące wymagań bezpieczeństwa określonych w załączniku nr 8 do Umowy będzie skutkowało zakończeniem obowiązywania Umowy, co należy uznać za sankcję nadmierną i nieuzasadnioną.

Nieprecyzyjna i niejednoznaczna jest również przesłanka określona w ust. 13.1.1.8, zgodnie z którą Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy lub odstąpienia od Umowy w przypadku innych rażących i uporczywych naruszeń postanowień Umowy przez wykonawcę. Ponieważ Zamawiający nie wskazał, co należy rozumieć pod sformułowaniem „rażące i uporczywe naruszenia postanowień Umowy" to przedmiotowa przesłanka może być przez niego dowolnie interpretowana na etapie realizacji Umowy.

7. Umowne prawo odstąpienia

Uregulowane przez Zamawiającego w Rozdziale 13 umowne prawo odstąpienia nie zostało ograniczone terminem. Takie jego ukształtowanie pozostaje w sprzeczności z art. 395 § 1 K.c., stosownie do którego można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo dostąpienia od Umowy. Zaniechanie wskazania terminu po upływie którego umowne prawo odstąpienia wygasa powoduje, że przez cały okres realizacji umowy wykonawca będzie pozostawał w niepewności co do okresu jej obowiązywania.

8. Uprawnienie Zamawiającego do powstrzymania się z zapłatą części wynagrodzenia

Zgodnie z Rozdziałem 13 ust. 13.1.6 PU, „[…]W przypadku wypowiedzenia Umowy lub odstąpienia od Umowy przez którakolwiek ze Stron i na jakiejkolwiek podstawie (umownej lub ustawowej), Wykonawca zobowiązuje się zwrócić Zamawiającemu wszystkie dokumenty w wersji papierowej jak i elektronicznej (nawet, jeżeli nie zostały jeszcze ukończone i zaakceptowane przez Zamawiającego), którymi posługiwał się on lub osoby trzecie działające na jego zlecenie do chwili odstąpienia, wygaśnięcia albo rozwiązania Umowy lub które utworzył lub uzyskał w związku z wykonywaniem Umowy, w terminie 3 dni kalendarzowych od daty złożenia oświadczenia o odstąpieniu albo wypowiedzeniu Umowy. Do czasu dostarczenia przez Wykonawcę wszystkich wyżej wymienionych dokumentów,

Zamawiający ma prawo powstrzymać się z zapłatą jakiejkolwiek części Wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy.[…]".

Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zatrzymania całości lub części wynagrodzenia wykonawcy do czasu dostarczenia przez wykonawcę wszystkich

dokumentów w wersji papierowej jak i elektronicznej (nawet, jeżeli nie zostały jeszcze ukończone i zaakceptowane przez Zamawiającego), którymi posługiwał się wykonawca lub osoby trzecie działające na jego zlecenie do chwili odstąpienia, wygaśnięcia albo rozwiązania Umowy lub które utworzył lub uzyskał w związku z wykonywaniem Umowy, jest nieuzasadnione i prowadzi do naruszenia zasad współżycia społecznego. Nie wskazano, bowiem w jaki sposób i na jakich zasadach Zamawiający ustali czy doszło do przekazania wszystkich dokumentów. Przedmiotowe postanowienie może być nadużywane przez Zamawiającego na późniejszym etapie współpracy.

VIII. Zarzuty dotyczące załącznika nr 6 do Umowy

Zdaniem Odwołującego również załącznik nr 6 do Umowy (Gwarancja, Usługi Gwarancyjne i Zgłoszenia Serwisowe) został sporządzony przez Zamawiający w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

1. Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do samodzielnego naprawienia Wad/Awarii

Zgodnie z pkt 1.15 załącznika nr 6 do Umowy, jeżeli wykonawca nie usunie Wady/Awarii po pierwszym Zgłoszeniu Serwisowym w terminie, to w takim przypadku Zamawiający jest uprawniony, bez konieczności kolejnego wezwania i ustalania dodatkowego terminu, samodzielnie usunąć Wady/Awarie lub zlecić ich usunięcie osobom trzecim, a powstałe koszty potrącić z wynagrodzenia wykonawcy, z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub obciążyć tymi kosztami wykonawcę.
Przyznanie Zamawiającemu powyższego uprawnienia jest nieuzasadnione i w rażący sposób narusza zasady współżycia społecznego. Wykonawca powinien mieć możliwość ponownego przystąpienia do usunięcia Wady/Awarii i usunięcia ewentualnych nieprawidłowości.

2. Potwierdzenie przez Zamawiającego zamknięcia zgłoszenia serwisowego

Zgodnie z pkt 1.19 ppkt 1.19.1, w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym, Zamawiający potwierdzi wykonawcy Naprawę lub Wymianę Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM, co będzie podstawą do zamknięcia danego Zgłoszenia Serwisowego. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający sformułował wygórowane Czasy Reakcji i Czasy Naprawy (od 1 do 8 godzin zegarowych) za nieuzasadnione należy uznać przyznanie Zamawiającemu aż 2 Dni Roboczych na potwierdzenie wykonawcy Naprawy lub Wymiany Urządzeń, Akcesoriów, Kart SIM, co będzie podstawą do zamknięcia danego Zgłoszenia Serwisowego.

3. Powtórne zgłoszenie serwisowe

Zgodnie z pkt z pkt 1.19 ppkt 1.19.2, w terminie do 2 Dni Roboczych od otrzymania od wykonawcy informacji o zakończeniu Naprawy Wady lub Awarii zgłoszonej w danym Zgłoszeniu Serwisowym, Zamawiający dokona powtórnego Zgłoszenia Serwisowego, z zastrzeżeniem, że czas usunięcia tej Awarii lub Wady liczy się od chwili pierwszego Zgłoszenia Serwisowego danej Awarii lub Wady – w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieskuteczności usunięcia Awarii lub Wady.

Również w tym przypadku zestawienie Czasu Reakcji i Czasy Naprawy (od 1 do 8 godzin zegarowych) jaki ma wykonawca z okresem, w którym Zamawiający może dokonać powtórnego Zgłoszenia Serwisowego prowadzi do wniosku, że przyznanie Zamawiającemu tego uprawnienia jest nieuzasadnione i narusza zasady współżycia społecznego. Jest to tym bardziej nieuzasadnione, że w okresie, w którym Zamawiający może dokonać powtórnego Zgłoszenia Serwisowego nie ulega zawieszeniu termin przewidziany dla wykonawcy na usuniecie Awarii lub Wady. Co więcej, w przypadku powtórnego dokonania przez Zamawiającego zgłoszenia serwisowego czas usunięcia tej Awarii lub Wady liczy się od

chwili pierwszego Zgłoszenia Serwisowego danej Awarii lub Wady, a zatem już w momencie dokonania przez Zamawiającego powtórnego zgłoszenia wykonawca będzie opóźniał się z usunięciem Awarii Wady o 2 Dni Robocze, a zatem co najmniej o 16 godzin za które mogą mu zostać naliczone bardzo wysokie kary umowne.

4. Brak precyzyjnego wskazania liczby baterii lub Urządzeń Mobilnych do wymiany, których będzie zobowiązany wykonawca w całym okresie obowiązywania Umowy

Zgodnie z pkt 1.28 Zamawiający ma prawo żądać wymiany baterii lub Urządzenia Mobilnego w przypadku, gdy bateria stanowi nierozłączną część urządzenia po stwierdzeniu przez Zamawiającego niespełnienia wymagania W1.30 lub W1.31 w tabeli 1 OPZ. Podstawą do Zgłoszenia Serwisowego jest niespełnienie wyżej wymienionych wymagań w trakcie trzech kolejnych pełnych cykli ładowania w warunkach biznesowych. Przez pełen cykl ładowania rozumie się ładowanie baterii od stanu, w którym Urządzenie Mobilne wyłączyło się automatycznie do pełnego naładowania baterii - sygnalizowane, jako 100% naładowania baterii.

Odwołujący podkreślił, że formułując przedmiotowe postanowienie Zamawiający nie wskazał precyzyjnej liczby baterii do wymiany, do której wykonawca będzie zobowiązany w całym okresie obowiązywania Umowy, co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie związanych z tym kosztów i uwzględnienie ich w treści oferty. Ponadto, zaniechanie podania powyższej informacji przez Zamawiającego może doprowadzić do nieporównywalności ofert,

ze względu na przyjęcie przez wykonawców różnej liczby baterii i Urządzeń, które będzie należało wymienić w okresie obowiązywania Umowy.

5. Stabilny zasięg oferowanej Usługi Transmisji Danych

W pkt 2.3 i 2.4 wskazano odpowiednio, że wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia stabilnego zasięgu oferowanej Usługi Transmisji Danych – szczególnie na terenie placówek Zamawiającego uzgodnionych z Wykonawcą na etapie opracowywania Projektu Technicznego (pkt 2.3). W przypadku wystąpienia problemów z zasięgiem Usługi Transmisji Danych, Wykonawca zapewni osiągnięcie parametrów technicznych powodujących prawidłowy zasięg Usług Transmisji Danych (pkt 2.4).

Każdy operator sieci mobilnej tworząc mapy zasięgowe i wypełniając wymogi koncesyjne, nie może odpowiadać za zapewnienie zasięgu wewnątrz budynków (na terenie placówek Zamawiającego), ponieważ propagacja sygnału uzależniona jest od struktury tychże budynków, materiałów z których jest wykonany, itd. W szczególności nie może być odpowiedzialny za zasięg w pomieszczeniach znajdujących się poniżej poziomu ziemi.

Przez dedykowane inwestycje „tylko dla klienta" możliwe jest lokalne poprawienie zasięgu wewnątrz budynku, ale wiąże się to z dużymi nakładami finansowymi, nawet do kilkuset tysięcy złotych per lokalizacja.

6. Czas Reakcji i Naprawy

Zdaniem Odwołującego Zamawiający przewidział bardzo wygórowane Czasy Reakcji i Czasy Naprawy Awarii/Wady wynoszące w przypadku Usług Transmisji Danych od 1 godziny zegarowej do 8 godzin zegarowych, a w przypadku Urządzeń i Akcesoriów 1 godziny zegarowej (Czas Reakcji) i 5 Dni Roboczych (Czas Naprawy). Biorąc pod uwagę zakres zamówienia (tj. 13.000 Urządzeń Mobilnych i 6.000 Urządzeń Signature Pad) oraz przewidziane przez Zamawiającego bardzo wysokie kary umowne za opóźnienie w Naprawie, a także bardzo długie okresy na wykonanie przez Zamawiającego określonych czynności (2 dniowe) nie może budzić wątpliwości, że ustalenie tak wygórowanych Czasów Reakcji i Czasów Naprawy stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego. Określenie ich na tak niskim poziomie uniemożliwia wykonawcy należyte wykonanie zamówienia.

7. Naprawienie Wad nieobjętych Usługami Gwarancyjnymi

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 5.1.:

„[…]

Strony zgodnie ustalają, że Usługi Gwarancyjne nie obejmują usuwania Wad i Awarii powstałych na skutek:

5.1.1. zmian konfiguracji sprzętowej łub programowej, mających wpływ na powstanie

uszkodzenia dokonanych przez firmę lub osobę nieupoważnioną przez Wykonawcę;
5.1.2. eksploatacji niezgodnej z przekazanymi instrukcjami obsługi lub Dokumentacją;
5.1.3. niewłaściwych warunków zasilania Urządzeń, o ile zostały wyraźnie określone przez Wykonawcę;
5.1.4. Awarii i Wad wynikających z zawinionego działania Zamawiającego.
[…]".

Z kolei stosownie do pkt 5.2. w powyższych przypadkach wykonawca zobowiązuje się usunąć zaistniałe Wady/Awarie zgodnie z pkt 1.20. powyżej, w terminach uzgodnionych każdorazowo przez Strony. Mając na uwadze, że wady określone w pkt 5.1. nie są objęte Usługami Gwarancyjnymi to wykonawca powinien otrzymywać wynagrodzenie za ich wykonanie, które powinno być każdorazowo uzgadniane przez strony przed przystąpieniem przez wykonawcę do ich naprawienia.

IX. Zarzut dotyczący załącznika nr 13 do Umowy – Obsługa dostaw przez wykonawcę

W pkt 4 załącznika nr 13 do Umowy – Obsługa dostaw przez wykonawcę wskazano, że „[…]W terminie do 10 Dni Roboczych od podpisania Listu Przewozowego przeprowadzi testy poprawności pracy Zestawów i Urządzeń Signature Pad. W przypadku pozytywnych wyników testów Zamawiający podpisze Protokół Odbioru. Zamawiający może zgłosić uwagi do jakości urządzenia, które Wykonawca naprawi i przystąpi do ponownej procedury odbioru w terminie 3 dni roboczych. Nieprzeprowadzenie przez Zamawiającego testów w terminie, o którym mowa w zdaniu drugim, będzie traktowane równoznacznie z podpisaniem przez Zamawiającego Protokołu Odbioru, chyba, że nieprzeprowadzenie testów wynika z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego.[…]".

Zagwarantowanie Zamawiającemu aż 10 Dni Roboczych na przeprowadzenie testów poprawności pracy Zestawów i Urządzeń Signature Pad jest nieuzasadnione, biorąc pod uwagę, że jest to kolejny termin zastrzegający bardzo długi okres czasu na wykonanie danej czynności przez Zamawiającego (w porównaniu do okresu zagwarantowanego wykonawcy), który dodatkowo faktycznie wpływa na skrócenie i tak bardzo krótkich okresów na dostawę urządzeń przez wykonawcę.

Sygn. akt: KIO 341/16

Odwołujący – Orange Polska S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 Pzp przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, z uwagi na wymaganie aby technologiczny następca oferowanego urządzenia (jak również akcesoria do niego),

spełniał wszystkie wymagania SIWZ oraz zapewniał poprawność funkcjonowania oprogramowania użytkowego Zamawiającego korzystającego z API systemu operacyjnego oraz ewentualnych dodatkowych komponentów służących do rejestracji danych biometrycznych odręcznego podpisu w zakresie przez normę co krąg rekomendowanym ISO/IEC 19794-7, ogranicza potencjalnych wykonawców jedynie do producentów urządzeń z uwagi na to, że jedynie producent jest w stanie potwierdzić możliwość zapewnienia zgodności technologicznej następcy oferowanych urządzeń,

2. art. 29 ust. 1 Pzp przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na zawarcie w ofercie postanowienia 12.1.11, z którego wynika zobowiązanie wykonawcy do wyrażenia zgody na zmianę umowy w zakresie, o którym mowa w pkt 12.1.2 – 12.1.4, co uniemożliwia wykonawcy przygotowanie oferty, w szczególności z uwagi na brak możliwości określenia zakresu świadczenia w odniesieniu do rodzaju oferowanych urządzeń, oraz ilości dostarczonych urządzeń i użytkowników usług.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez:

1. wykreślenie postanowienia Rozdziału 4 ust. 2 W1.35 OPZ oraz innych odpowiadających mu postanowień z treści SIWZ i załączników do SIWZ,
2. wykreślenie postanowienia 12.1.11 PU oraz innych odpowiadających mu postanowień z treści SIWZ i załączników do SIWZ,

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia żądania

3. dodanie w pkt 12.1.11 PU zastrzeżenia, że wykonawca nie będzie miał prawa

odmówić wprowadzenia zmiany do umowy, bez wskazania szczególnie istotnego powodu jedynie w przypadkach, o których mowa w pkt 12.1.2.1 i 12.1.2.4

Odwołujący stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań mających wpływ na sporządzenie oferty. Uniemożliwia to Odwołującemu przygotowanie oferty, a w konsekwencji uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że opis przedmiotu zamówienia należy uznać za niezgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, co wynika z następujących względów

1. Obowiązek dostarczenia urządzeń, których następcy technologiczni będą spełniać wszystkie wymagania zawarte w SIWZ

Zgodnie z Rozdziałem 4 ust. 2 W1.35 OPZ Zamawiający wymaga, aby Technologiczny następca Urządzenia Mobilnego spełniał wszystkie wymagania SIWZ oraz zapewniać poprawność funkcjonowania oprogramowania użytkowego Zamawiającego korzystającego z API systemu operacyjnego oraz ewentualnych dodatkowych komponentów służących do rejestracji danych biometrycznych odręcznego podpisu w zakresie rekomendowanym przez normę ISO/IEC 19794-7. Wymaganie obejmuje również wszystkie Akcesoria oraz rysik wraz z technologią zapewniającą integrację z urządzeniem.

W ocenie Odwołującego postanowienie to jest niezgodne z art. 29 ust. 2 Pzp. Zwrócił uwagę na użyte przez Zamawiającego sformułowanie „technologiczny następca". Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN (wersja on-line) „następca" to rzecz, która zastępuje inną, wcześniejszą. Oznacza to, że Zamawiający formułuje konkretne wymaganie, aby kolejny, przyszły – nieznany jeszcze – model z danej linii produktów, spełniał wymagania zawarte aktualnie w SIWZ. Należy przy tym zauważyć, że część wymagań ma charakter niestandardowy, jak np. wymagania dotyczące danych biometrycznych, podpisu i rekomendowanych przez normę ISO/IEC 19749-7.
Takie zobowiązanie mógłby przyjąć jedynie podmiot decydujący o rozwoju danej linii produktów, w szczególności, jaki cechy będą dalej rozwijane, jakie zostaną natomiast usunięte, a przede wszystkim, czy dana linia produktów będzie kontynuowana i rozwijana. Takim podmiotem jest jedynie producent urządzeń. Co więcej, decyzje w powyższym zakresie podejmowane są samodzielnie i swobodnie przez producentów, w ramach swobody działalności gospodarczej. Jakiekolwiek oczekiwania i wymagania Zamawiającego dotyczące zobowiązania się do kontynuowania w przyszłości określonej linii produktowej, technologicznej, itp. produktów, są oczywiście niezasadne.

Odwołujący podkreślił, że jest to tym bardziej niezrozumiałe wymaganie, że Zamawiający nawet nie przewiduje wymiany urządzeń po upływie danego okresu realizacji zamówienia, a w szczególności nie wymaga dostarczenia urządzeń mobilnych będących następcami technologicznymi urządzeń, które zostały wskazane w ofercie. Nawet gdyby Zamawiający przewidywał zmianę Urządzeń Mobilnych po upływie określonego czasu i tak wymaganie, aby zaoferowany został tylko i wyłączenia następca technologiczny danego urządzenia* należało by uznać za nadmierne i naruszające zasady konkurencji.

Za uzasadnione można by natomiast uznać wymaganie dostarczenia innego nowego urządzenia, które spełniałoby minimalne wymagania określone w OPZ. Takim urządzeniem może być zarówno technologiczny następca urządzenia wskazanego w ofercie, lecz również

może to być dowolny inny produkt, który zapewniałby realizację potrzeb Zamawiającego. Zatem nawet w przypadku, gdyby Zamawiający przewidział wymianę sprzętu po danym okresie obowiązywania umowy, również należałoby uznać wymaganie Zamawiającego za nadmierne w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. Prowadziłoby ono bowiem do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, a przy tym nie było niezbędne dla uzyskania przez Zamawiającego urządzeń spełniających jego potrzeby.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wymaganie, aby wykonawca gwarantował, że następca technologiczny zaoferowanego przez niego urządzenia jest nadmiarowe, nie znajduje uzasadnienia w OPZ i prowadzi jedynie do zawężenia potencjalnego kręgu

wykonawców. Zamawiający nie wymaga wymiany urządzeń na nowe, w szczególności na technologicznych następców urządzeń, które zostały wskazane w ofercie, przy czym nawet gdyby wymagał, nie jest wykluczone, że funkcje te mogłyby zostać spełnione przez inne urządzenia niż będące następcami technologicznymi zaoferowanych Urządzeń Mobilnych, a pochodzące nawet od tego samego producenta. Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

2. Wymuszona zmiana Umowy

Odwołujący podał, że Zamawiający w pkt 2.1.11 PU sformułował po stronie wykonawcy obowiązek dokonania zmiany umowy, co oznacza w praktyce możliwość jednostronnego modyfikowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego (w tym zakresu świadczenia wykonawcy) już po zawarciu umowy. Takie zastrzeżenie należy uznać za niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z pkt 2.1.11 PU „[…]W przypadku, gdy którakolwiek ze Stron wyrazi chęć zmiany, o której mowa w Rozdziale 12 ust. 12.1.2.1-4, Strona ta przedłoży drugiej Stronie pisemny wniosek o dokonanie takiej zmiany wraz z uzasadnieniem. Każda ze Stron będzie zobowiązana do rozważenia wniosku o zmianę, z tym zastrzeżeniem, że Wykonawca nie może odmówić zgody na wprowadzenie zmiany, bez podania na piśmie szczególnie istotnego powodu[…]".

Oznacza to, że wykonawca nie może odmówić zmiany umowy w następujących sytuacjach:

- w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków, gdyby wykonanie Umowy było połączone z nadmiernymi trudnościami, albo groziłoby jednej ze Stron rażącą stratą, lub też, jeżeli zmiana taka nie jest niekorzystna dla Zamawiającego,
- w przypadku, gdy wprowadzenie zmian jest uzasadnione w rozwoju − świetle technologicznego, pod warunkiem, że proponowana zmiana jest korzystna dla

Zamawiającego, w szczególności wiąże się z uzyskaniem produktów lepszej jakości,
- w przypadku, gdy wprowadzenie zmian jest uzasadnione planowanymi lub − dokonanymi zmianami w infrastrukturze IT Zamawiającego, pod warunkiem, że są one konieczne ze względu na dostosowanie zakresu, sposobu lub harmonogramu realizacji Umowy do nowych warunków,
- w przypadku jeżeli z wyników przeprowadzonej kontroli jakości wynika konieczność − wprowadzenia zmian, których celem będzie zmiana terminów lub sposobu realizacji Umowy, pod warunkiem, że wprowadzone zmiany będą miały na celu realizację zaleceń wynikających z przeprowadzonej kontroli jakości,
- w przypadku zmian w organizacji Zamawiającego, w szczególności w przypadku − zmniejszenia zakresu Przedmiotu Umowy,
- powstania rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w Umowie, − których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie Umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej zapisów przez Strony.

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące postanowienia PU:

- pkt 12.1.2.2 PU – Zamawiający zastrzega, że wykonawca może być zmuszony do − zmiany umowy „w przypadku, gdy wprowadzenie zmian jest uzasadnione w świetle rozwoju technologicznego, pod warunkiem, że proponowana zmiana jest korzystna dla Zamawiającego, w szczególności wiąże się z uzyskaniem produktów lepszej jakości". Należy zwrócić uwagę, że za rozwój technologiczny można uznać wprowadzenie na rynek dowolnego nowego urządzenia i będzie to zmiana korzystna dla Zamawiającego i będzie wiązała się z możliwością uzyskania produktów lepszej jakości. Oznacza to w konsekwencji, że wykonawca składając ofertę nie jest w stanie jednoznacznie określić jakie urządzenia będzie musiał dostarczyć, gdyż Zamawiający może zmusić go do zaoferowania innych urządzeń,
- pkt 12.1.2.3 Projektu Umowy – Zamawiający zastrzega, że wykonawca może być − zmuszony do zmiany umowy „w przypadku, gdy wprowadzenie zmian jest uzasadnione planowanymi lub dokonanymi zmianami w infrastrukturze IT Zamawiającego, pod warunkiem, że są one konieczne ze względu na dostosowanie

zakresu, sposobu lub harmonogramu realizacji Umowy do nowych warunków”. Oznacza to dla wykonawcy, że może być zmuszony do zmiany umowy, a tym samym przedmiotu swojego świadczenia, w nieokreślonych granicach, co do zakresu, sposobu wykonania, oraz terminów realizacji, w związku z bliżej nieokreślonymi zmianami w infrastrukturze IT Zamawiającego,

39

---

pkt 12.1.3 Projektu Umowy – Zamawiający zastrzega, że wykonawca może być − zmuszony do zmiany umowy „w przypadku zmian w organizacji Zamawiającego, w szczególności w przypadku zmniejszenia zakresu Przedmiotu Umowy”. Dla wykonawcy oznacza to, że nie może skalkulować oferty, ani w zakresie liczby dostarczanych ani w zakresie ilości usług. urządzeń, świadczonych Antycypując zarzut, że nie ma wymagania, aby dostarczyć wszystkie urządzenia jednocześnie (choć nie jest to wykluczone z uwagi na to, że harmonogram ma zostać ustalony na etapie projektu technicznego), należy zwrócić uwagę, że wykonawca zwracając się do producenta o dostarczenie 13.000 urządzeń, uzyska korzystniejszą ofertę, niż w przypadku, gdy będzie chciał zamówić 10.000 urządzeń. Należy również mieć na względzie, że skoro OPZ stanowi załącznik do Projektu Umowy, może on zostać zmieniony również na warunkach określonych w Projekcie Umowy, tym samym dla wykonawcy przestają być wiążące jakiekolwiek minimalne gwarantowane ilości sprzętu i usług, w szczególności minimalna gwarantowana liczba aktywacji, o której mowa w Roz. 6 ust. 1 pkt 3) OPZ,
pkt 12.1.4 Projektu Umowy – Zamawiający zastrzega, że wykonawca może być − zmuszony do zmiany umowy „powstania rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w Umowie, których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie Umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej zapisów przez Strony”. Oznacza to, że Zamawiający będzie mógł narzucić wykonawcy określone rozumienie danego pojęcia. Wskazane przez Zamawiającego rozumienie usunie rozbieżności (będzie obowiązywać jedynie rozumienie zaproponowane przez Zamawiającego) i doprecyzuje Umowę, zapewni także jednoznaczną interpretację jej zapisów przez Strony, jednakże dla wykonawcy może to oznaczać zmianę przedmiotu świadczenia. Zamawiający może bowiem zmienić tak podstawowe pojęcia zawarte chociażby w załączniku nr 1 do Umowy pn. Definicje, jak definicja Urządzenia, czy czasu reakcji na Awarię, a także samej Awarii.

Tym samym, przynajmniej we wskazanym wyżej zakresie, wykonawca na skutek niezgodnych z Pzp działań Zamawiającego nie jest w stanie, nawet w toku dodatkowej interpretacji ustalić zakresu dostaw i usług, które stanowią przedmiot zamówienia, a tym samym nie ma możliwości należytego przygotowania oferty i obliczenia ceny, co należy uznać za niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp.

Mając na względzie powyższe zważywszy, że wykonawca nie będzie mógł odmówić dokonania zmiany umowy, chyba że poda bliżej nieokreślony „szczególnie istotny powód”, którego „istotność” będzie podlegać ocenie przez Zamawiającego, należy stwierdzić,

40

że wskazane wyżej postanowienia dotyczące wymuszonej zmiany umowy naruszają art. 29 ust. 1 Pzp przez zmianę OPZ w taki sposób, że staje się on niejednoznaczny, niewyczerpujący i nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołania wniósł o ich oddalenie.

Sygn. akt: KIO 340/16

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, aby którekolwiek z kwestionowanych postanowień SIWZ lub załączników do niej w istocie naruszało przepisy Pzp. W jego ocenie odwołanie jest w rzeczywistości próbą narzucenia mu określonych rozwiązań, które byłyby niewątpliwie korzystne dla Odwołującego, ale ich uwzględnienie pozostawałoby w sprzeczności z uzasadnionym interesem Zamawiającego, jakim jest możliwie szybkie i terminowe zrealizowanie zamówienia na szczegółowo określonych w specyfikacji warunkach.

Zamawiający podkreślił, że postanowienia SIWZ nie są wypadkową jego nieuzasadnionych potrzeb, ale mają na celu zapewnienie należytego wykonania umowy na świadczenie usług pocztowych i w w obrocie krajowym zagranicznym zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz sądów powszechnych (dalej jako „Umowa na obsługę korespondencji sądowej"), jaka wiąże Zamawiającego ze Skarbem Państwa – Sądem Apelacyjnym w Krakowie. Natomiast uwzględnienie żądań odwołania naraziłoby Zamawiającego na nabycie urządzeń i usług nie odpowiadających jego potrzebom, jak i uniemożliwiającym należyte zrealizowanie wyżej wymienionego kontraktu.

Żądanie **zmiany czasu wdrożenia (pkt 1** żądań **Odwołania)**

Nie zasługuje na uwzględnienie żądanie wydłużenia minimalnego i maksymalnego czasu wdrożenia przez zmianę kryterium oceny ofert P4, polegającą na wydłużeniu minimalnego czasu z 4 do 8 tygodni, a maksymalnego z 8 do 12 tygodni. Zamawiający podkreślił, że czas wdrożenia ma dla niego kluczowe znaczenie i z tego powodu omawianemu kryterium przyporządkowano aż 10%. Opisując kryteria oceny ofert Zamawiający celowo przesunął akcenty z ceny oferty, na jej jakość, pod którą należy rozumieć nie tylko dostarczenie urządzeń o parametrach będących na wysokim poziomie, ale też czas zrealizowania dostaw.

Oświadczył, że maksymalny akceptowalny termin wynosi dla niego 8 tygodni od podpisania umowy, jakkolwiek preferowanym jest dostawa w terminie 4 tygodni. Nie jest możliwe wydłużenie tego terminu z uwagi na zobowiązania Zamawiającego wynikające

z Umowy na obsługę korespondencji sądowej. Zgodnie z jej postanowieniami jest on zobowiązany do realizacji usługi Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru na terenie całego kraju od dnia 1 września 2016 r., a wobec przekroczenia tego terminu będzie zobowiązany do ponoszenia kar umownych na rzecz jednostek Skarbu Państwa.

Zamawiający zasygnalizował, że przed wdrożeniem obsługi procesu doręczania przesyłek z EPO konieczne jest przeprowadzenie szeregu czasochłonnych czynności, spośród których można wymienić m.in.:

a) przeprowadzenie konfiguracji urządzeń mobilnych,
b) instalacji i integracji urządzeń Signature Pad w ok. 6.000 placówkach pocztowych,
c) przeprowadzenie szkoleń dla ok. 17.000 listonoszy i ok. 6.000 pracowników zaplecza pocztowego,
d) przeprowadzenie przynajmniej kilkudniowego pilotażu przygotowanych rozwiązań,
e) wdrożenie przygotowywanych rozwiązań w ok. 6 tys. placówek.

Zważywszy, że termin składania ofert został wyznaczony na 7 kwietnia 2016 r. (wskutek zmian SIWZ o których mowa poniżej, termin ten został odpowiednio wydłużony), to przy uwzględnieniu okoliczności niezależnych od Zamawiającego, takich jak konsekwencje ewentualnych procedur odwoławczych (przedłużenie okresu *standstill),* czy formalności poprzedzających zawarcie umowy, należy przyjąć, że jej podpisanie nastąpi najwcześniej w maju. W przypadku zaś wdrożenia trwającego 8 tygodni, zostanie ono ukończone w lipcu, co zapewni Zamawiającemu jeszcze od jednego do półtora miesiąca rezerwy na przeprowadzenie wyżej wymienionych czynności i należyte przygotowanie się do rozpoczęcia realizacji Umowy na obsługę korespondencji sądowej. W przypadku jednak jakichkolwiek opóźnień w realizacji zamówienia – niezależnie od ich przyczyn – Zamawiający ryzykuje nieterminowe rozpoczęcie świadczenia usług na rzecz sądów powszechnych, co oznaczać będzie nie tylko dotkliwe konsekwencje finansowe, ale też poważne straty wizerunkowe. Zamawiający podkreślił, że należyte wykonanie tej umowy ze Skarbem Państwa jest dla niego priorytetem, natomiast może zostać podważone przez późniejsze od zakładanego zrealizowanie Wdrożenia, a w ten sposób wyrządzi uszczerbek nie tylko Zamawiającemu, ale też będzie niekorzystne dla interesu publicznego. Przez pryzmat powyższego należy zatem negatywnie ocenić nie tylko żądanie wydłużenia czasu wdrożenia, ale też inne roszczenia Odwołującego.

W ocenie Zamawiającego istotne jest też, że Odwołujący *de facto* zdołał jedynie wykazać, że zrealizowanie zamówienia w terminie ośmiu tygodni może być zadaniem trudnym, jednak w żaden sposób nie dowiódł, iż jest obiektywnie niemożliwe, a tylko pod tym kątem można by ewentualnie rozważać niedopuszczalność ust. 4.2.3.1 PU jako

stanowiącego zobowiązanie do świadczenia niemożliwego. Jednakże ryzyka wynikające ze stopnia złożoności Umowy, czy krótkiego czasu Wdrożenia powinny być albo wkalkulowane w cenę oferty albo decydować o wycofaniu się z Postępowania, w żadnym razie nie mogą być one natomiast podstawą do narzucenia Zamawiającemu warunków zamówienia, które pozostają ewidentnie sprzeczne z jego uzasadnionym interesem.

Zamawiający zauważył na marginesie, że kwestionowane postanowienie ma, zdaniem Odwołującego, naruszać art 353 1 i art. 487 § 2 K.c., jednak w odwołaniu nie podjęto nawet próby wykazania, w jaki rzekomo sposób Zamawiający naruszył wspomniane przepisy, a w szczególności czy treść stosunku prawnego, jaki ma powstać w skutek udzielenia zamówienia sprzeciwia się jego naturze, ustawie czy zasadom współżycia społecznego. Zamawiający ma prawo żądać zrealizowania ogółu czynności określanych jako „Wdrożenie" w oczekiwanym przez siebie terminie i jak długo jest to wykonalne – a tego Odwołujący nie zakwestionował – to nie można twierdzić, że treść umowy narusza zasady współżycia społecznego, przepisy K.c., czy też nie odpowiada rzeczywistej naturze umowy dostawy urządzeń telekomunikacyjnych i przygotowania ich do użycia.
Całkowicie niezrozumiałe jest natomiast, w jaki sposób naruszono art. 487 § 2 K.c., który definiuje wzajemność świadczeń na gruncie prawa zobowiązań.

Określenie zobowiązania wykonawcy (pkt 2 lit. a żądań **Odwołania)**

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, w którego zakresie głównej działalności znajduje się właśnie realizacja podobnych umów, powinien być najlepiej zorientowany w kosztach wykonania tego rodzaju zamówienia. Natomiast Zamawiający, działając jako jego klient, przedstawił w treści OPZ swoje potrzeby i oczekiwania co do nabywanych urządzeń (co i tak uczynił na szczególnie wysokim poziomie staranności i szczegółowości, a czego potwierdzeniem jest już objętość SIWZ), zasadnie jednak przyjmując, że uwzględnienie wszystkich elementów mogących mieć wpływ na cenę spoczywa nie na nim, lecz oferentach, świetnie zorientowanych we wszystkich biznesowych aspektach wykonania takiej umowy. Zauważyć należy też, że poza blankietowym odesłaniem do art. 29 ust. 1 Pzp, Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów uzasadniających rzekomo nieprecyzyjne sformułowanie OPZ. W istocie żądanie odwołania w tym zakresie nie ma na celu dookreślenia treści opisu przedmiotu zamówienia, lecz zmierza wyłącznie do ograniczenia własnej odpowiedzialności i niezasadnego przerzucenia ryzyka biznesowego na Zamawiającego.

Podał również, że podobne postanowienia są standardem w umowach na realizację podobnych projektów, gdy rzeczywistym zamiarem zamawiającego jest uzyskanie w pełni

funkcjonalnej usługi od profesjonalisty, który posiadając niezbędną wiedzę i doświadczenie może ją należycie zrealizować.

Zamawiający wskazał ubocznie, że Odwołujący jest obecnym wykonawcą bliźniaczego zamówienia pn.: „Dostawa Urządzeń typu tablet z Akcesoriami oraz Transmisją Danych, Signature padów i Licencji Systemu MDM dla Poczty Polskiej SA", które miało jeszcze szerszy zakres przedmiotowy, bowiem oprócz dostawy samych urządzeń obejmowało również wdrożenie systemu MDM. Odwołujący jest zatem doskonale zorientowany w realiach wykonania bliźniaczego zamówienia i posiada pełną wiedzę co do wszystkich elementów lub okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przygotowując kolejną, bardzo podobną ofertę. Zamawiający zauważył, że w specyfikacji postępowania o udzielenie tego ww. zamówienia znalazło się zresztą identyczne postanowienie i wówczas nie było ono kwestionowane przez Odwołującego. Zakładając zatem, że wcześniej nie zgłaszał on zastrzeżeń, natomiast złożył najkorzystniejszą ofertę i obecnie z powodzeniem realizuje już jedną taką umowę, to jego wywody również na tej podstawie należy uznać za całkowicie bezpodstawne i zmierzające do nieuzasadnionego ograniczenia własnej odpowiedzialności.

Wskazanie liczby lokalizacji (pkt 2 lit. b żądań **Odwołania)**

Zamawiający stwierdził, że nie do zaakceptowania są twierdzenia Odwołującego, jakoby określenie dokładnej liczby lokalizacji, do których mają być dostarczone urządzenia, dopiero na etapie Projektu Technicznego, przy jednoczesnym określeniu górnego progu 7.200 lokalizacji, miało naruszać art. 29 ust. 1 Pzp. W jego przekonaniu dla każdego

rozsądnego wykonawcy podobne postanowienie oznacza jedynie tyle, że kalkulując cenę oferty należy wziąć pod uwagę konieczność dostarczenia urządzeń do 7.200 miejsc, natomiast ewentualne obniżenie tej liczby wiązać się będzie z bezpośrednimi oszczędnościami na kosztach dostaw. Dopuszczalne i powszechnie stosowane jest bowiem takie określenie przedmiotu zamówienia, które będzie jednoznacznie określać tylko górną granicę zobowiązania wykonawcy, nie dając przy tym gwarancji, że umowa zostanie wykonana w jej maksymalnym zakresie. Podążając natomiast logiką odwołania należałoby również zakwestionować dopuszczalność prawa opcji czy umów ramowych, które również nie dają pewności co do ostatecznego zakresu zamówienia (czego ekonomiczne konsekwencje i tak ponosi zamawiający, bowiem wykonawcy zawsze uwzględniają, że zamówienie będzie zrealizowane w całości i zgodnie z takim założeniem przygotowują swoje oferty, co znajduje bezpośrednie odzwierciedlenie w cenie oferty).

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że wykaz jego placówek jest powszechnie dostępny m.in. pod adresem http://placowki.poczta-polska.pl/ i powinien

stanowić punkt wyjścia przy szacowaniu kosztów logistycznych przez Odwołującego. Zamawiający przyznał, że nie jest w stanie na tym etapie określić dokładnej liczby i adresów lokalizacji, bowiem będzie to uwarunkowane szeregiem okoliczności związanych z jego strukturami, przygotowaniami do rozpoczęcia wykonywania Umowy na obsługę korespondencji sądowej i innymi przyczynami o charakterze wewnętrznym, które zadecydowały o tym, że Zamawiający postanowił określić lokalizacje na etapie uzgadniania Projektu Technicznego (uwzględniając nawet, że może to mieć wpływ na wyższą cenę składanych ofert). Mimo to jest oczywiste, że informacje o maksymalnej liczbie lokalizacji (7.200 miejsc), jak i ich położeniu (obszar całego kraju) są wystarczające do skalkulowania kosztów dostarczenia urządzeń, np. w oparciu o powszechnie dostępne cenniki firm kurierskich.

Określenie przepustowości łącza (pkt 2 lit. c żądań **Odwołania)**

Zamawiający oświadczył, że nie jest w stanie określić wymaganej przepustowości ze względu na charakterystykę usługi, jak i brak doświadczenia, którego należy oczekiwać od operatorów telekomunikacyjnych jako profesjonalistów. Ruch jaki odbywać się będzie po łączach jest zarówno ruchem biznesowym, jak i ruchem związanym z aktualizacją systemu operacyjnego urządzeń mobilnych, a w treści SIWZ wskazano wszystkie informacje niezbędne do ustalenia przez wykonawcę koniecznej przepustowości łącza. Jeżeli jednak Odwołujący nie jest w stanie ustalić powyższego z uwagi na brak niezbędnych danych wyjściowych, to powinien się o nie zwrócić do Zamawiającego w trybie art. 38 ust.1 Pzp, czego do dnia sporządzenia niniejszej odpowiedzi jednak nie uczynił.

Zamawiający zaznaczył również, że nadesłany przez Odwołującego wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ zawiera w pkt 20 żądanie wskazania dokładnej przepustowości, a jednocześnie nie zmierza do wyjaśnienia (czemu zresztą służy instytucja pytań do SIWZ), jakie są uwarunkowania po stronie Zamawiającego mogące mieć wpływ na prawidłowe świadczenie usług. Odwołujący zamiast podjąć starania o uzyskanie niezbędnych informacji, kieruje pod adresem Zamawiającego bezpodstawne życzenia co do pożądanego kształtu SIWZ, co tylko uprawdopodabnia tezę, że nie tyle chodzi tu o umożliwienie kalkulacji ceny oferty, lecz wyłącznie o dodatkowe ograniczenie własnej odpowiedzialności kosztem interesu Zamawiającego.

Wskazanie liczby zapasowych baterii (ad pkt 2 lit. d żądań **Odwołania)**

Zdaniem Zamawiającego całkowicie błędne są wywody odwołania o rzekomym braku precyzji OPZ odnoszącym się do ilości zapasowych baterii. Wyjaśnił, że w pkt W1.14 „Wymagań technicznych dla Urządzenia Mobilnego" określił swoje wymagania dotyczące rysików przez wskazanie wymagań funkcjonalnych odpowiadających konkretnym

wymaganiom biznesowym. Stwierdził, że ponieważ dostępne na rynku rysiki zasilane bateryjnie wykorzystują baterie o różnej pojemności i charakteryzują się różnym poborem prądu, nie może z góry przewidzieć ile baterii będzie potrzebnych w czasie obowiązywania umowy. Wymaganą wiedzę w zakresie zasilania oferowanych rysików posiada wyłącznie wykonawca i z tego względu tylko on może, na etapie przygotowania oferty, oszacować ile

baterii będzie potrzebnych oraz jaka będzie ich wartość.

Zamawiający wskazał również, że nie można też pominąć jego kluczowej potrzeby, jaką jest zapewnienie prawidłowego i efektywnego funkcjonowania Urządzeń i Akcesoriów, obejmujących również rysiki. Zamawiający preferuje rysiki, które nie wymagają zasilania lub które pobierają energię elektryczną z Urządzenia Mobilnego, czemu dał wyraz premiując takie rozwiązania w ramach pkt K1.7 pozacenowego kryterium P2 „Funkcjonalność Urządzeń Mobilnych" (za zaoferowanie urządzenia o takich cechach można uzyskać 4 pkt). Z drugiej strony Zamawiający, nie chcąc ograniczać konkurencyjności Postępowania, zdecydował się również na dopuszczenie innych rozwiązań, pomimo tego, że łączą się z bardziej kłopotliwą obsługą rysików (konieczność wymiany baterii lub ładowania akumulatorów) i przez to są mniej korzystne dla samego Zamawiającego. Wykonawcom pozostawiono więc alternatywę: mogą zaoferować rysiki tzw. „bezobsługowe", które w zdecydowanie większym stopniu odpowiadają potrzebom Zamawiającego i wobec czego ich oferta otrzyma wyższą liczbę punktów. Równolegle dopuszczalne jest też zaoferowanie urządzeń mniej funkcjonalnych, jednak wówczas wykonawca naraża się na konieczność dostarczania baterii przez cały czas trwania Umowy. Dla Zamawiającego istotne jest uzyskanie efektu w postaci sprawnych urządzeń, zdatnych do używania przez okres wykonywania Zamówienia, natomiast wykonawcom pozostawiono swobodę w wyborze środka, w drodze którego efekt ten zostanie osiągnięty. W istocie Zamawiający mógł ograniczyć dopuszczalne rozwiązania tylko do rysików „bezobsługowych" i wymóg taki również nie naruszałby przepisów Pzp. Skoro jednak zdecydował się na większą konkurencyjność postępowania kosztem własnego interesu, to nie sposób stawiać mu zarzutu, że zabezpiecza swoje potrzeby za pomocą innych rozwiązań, takich jak właśnie wymóg odpowiednich dostaw zapasowych baterii.

W ocenie Zamawiającego całkowicie bezpodstawny i zarazem błędny jest wniosek Odwołującego o rozbudowę formularza ofertowego, przewidującego osobną pozycję dla ceny baterii. Wbrew twierdzeniom odwołania, takie rozwiązanie w żadnym stopniu nie zapewniłoby, że oferty byłyby porównywalne (co gwarantują zresztą obecne postanowienia SIWZ), bowiem różne urządzenia przewidują różne zużycie baterii, a dla Zamawiającego istotny jest efekt w postaci nieprzerwanego korzystania z rysika, a bez znaczenia pozostaje cena elementów takich jak bateria.

Zamawiający podkreślił, że aby uniknąć ewentualnych wątpliwości, dokonał odpowiedniej zmiany modyfikacji SIWZ, wskazując w pkt W1.14 OPZ *in fine,* iż „[…]liczba baterii zapewniająca ciągłość pracy zostanie ustalona przez Wykonawcę na podstawie wiedzy i doświadczenia w zakresie oferowanego sprzętu[…]". W ten sposób jasne powinno być dla wykonawców, iż to na nich spoczywa obowiązek uwzględnienia w cenie oferty kosztów baterii. Jednakże Zamawiający dopuszcza inne rozwiązania, a zatem jeżeli brak wiedzy czy doświadczenia wykonawcy uniemożliwia mu oszacowania liczby koniecznych baterii, to zawsze może się zdecydować na zaoferowanie innego sprzętu, który takiej wymiany nie przewiduje.

Określenie szczegółów logo Zamawiającego na etui (pkt 2 lit. e żądań **Odwołania)**

Zamawiający podał, że w dniu 22 marca 2016 r. wprowadził zmiany do treści SIWZ, na podstawie których uszczegółowiono wymagania dotyczące etui, w tym logo Zamawiającego. Zgodnie z obecnym brzmieniem pkt W1.25 OPZ, logo powinno zostać naniesione w sposób trwały przez wyhaftowanie. Szczegóły dotyczące wyglądu logo zostały zaś przedstawione w formie grafiki wektorowej, umożliwiającej jego identyczne odwzorowanie w trakcie produkcji etui.

Stwierdził, że ponieważ wprowadzone zmiany pokrywają się z żądaniami Odwołującego w tym zakresie, odwołanie stało się w tej części bezprzedmiotowe, bowiem dotyczy nieistniejących już czynności Zamawiającego.

Charakterystyka baterii Urządzenia Mobilnego (pkt 2 lit. f i g żądań **Odwołania)**

W przekonaniu Zamawiającego Odwołujący bezzasadnie kwestionuje jego kompetencję do samodzielnego określenia cech, jakim mają odpowiadać nabywane urządzenia. W OPZ posłużono się przykładowymi metodami pozwalającymi zweryfikować wydajność baterii, przy czym mają one charakter obiektywny i dla każdego zaoferowanego urządzenia umożliwią w takie samo potwierdzenie spełniania warunków OPZ. Zamawiający żąda dostarczenia urządzeń, które przez cały czas trwania umowy będą

spełniały wymagania specyfikacji, a do nich zalicza się również określona sprawność baterii. Co więcej, zgodnie z pkt 1.1 GZS, gwarancją objęty jest Zestaw, obejmujący również Urządzenie Mobilne, nie wyłączając jego baterii. Natomiast wykreślenie kwestionowanych postanowień OPZ skutecznie uniemożliwi skorzystanie z uprawnień gwarancyjnych przewidzianych w Umowie, pozbawiając Zamawiającego możliwości weryfikacji cech urządzenia, których brak stanowiłby podstawę do dokonania zgłoszenia serwisowego.

Współpraca z systemami operacyjnymi Windows XP, Windows Server 2003 i Windows Server 2008 R2 (pkt 2 lit. h żądań **Odwołania)**

Zamawiający stwierdził, że brak wsparcia systemów operacyjnych Windows XP, Windows Server 2003 czy Windows Server 2008 R2 przez Microsoft nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowej współpracy Urządzenie Signature Pad z tymi systemami. Zauważył, że wsparcie systemów operacyjnych ma na celu zapewnienie bieżących aktualizacji, polegających m.in. na usunięciu błędów systemowych, zwiększeniu bezpieczeństwa, czy dostosowaniu do nowszych wersji urządzeń czy oprogramowania. Wsparcie oznacza tylko tyle, że system operacyjny jest nie tyle rozwijany, co dostosowywany do zmieniającego się otoczenia informatycznego. Jednakże brak wsparcia w żaden sposób nie uniemożliwia poprawnego działania systemu z urządzeniami dostosowanymi do danego systemu operacyjnego, bowiem każde urządzenie współpracuje z systemem operacyjnym za pośrednictwem sterowników. Jeżeli dane sterowniki umożliwiają prawidłowe działanie urządzenia z oprogramowaniem, zagadnienie aktualizacji systemu operacyjnego pozostaje bez znaczenia, bowiem w istocie nie ma już czego ulepszać.

Zamawiający wskazał, że jego infrastruktura informatyczna opiera się w zdecydowanym stopniu na wymienionych wyżej systemach operacyjnych, które są zainstalowane na dziesiątkach tysięcy komputerów i serwerów. Zasadne jest zatem oczekiwanie, że wykonawca zaoferuje urządzenia dostosowane do tych systemów, co niewątpliwie jest możliwe, bowiem takie urządzenia wciąż są produkowane. Ocenił, że Odwołujący żąda *de facto* dostosowania infrastruktury Zamawiającego do oferowanych przez siebie urządzeń, przy czym uwzględnienie odwołania w tym zakresie oznaczałoby albo konieczność zainstalowania nowych systemów operacyjnych, co wiąże się z wielomilionowymi nakładami na oprogramowanie, albo wiązałoby się z nabyciem urządzeń niewspółpracujących z komputerami i serwerami Zamawiającego, a zatem całkowicie bezużytecznych.

Zapewnienie bezpieczeństwa w punkcie styku z Internetem (pkt 2 lit. i żądań **Odwołania)**

W opinii Zamawiającego OPZ jest w tym zakresie jednoznaczny i wystarczający dla prawidłowego przygotowania oferty.

Wyjaśnił, że przez zapewnienie bezpieczeństwa – co dla Odwołującego jako profesjonalisty powinno być oczywiste – należy rozumieć zapewnienie odpowiedniego poziomu atrybutów bezpieczeństwa takich jak: poufność, integralność, dostępność oraz rozliczalność. Technologia zapewniająca te poziomy powinna być odpowiednio dobrana przez wykonawcę, a szczegóły ustalone przy Projekcie Technicznym, przy czym punkt styku

jest w infrastrukturze wykonawcy. Zamawiający nie jest w stanie kazuistycznie opisać oczekiwanego rozwiązania, gdyż w ten sposób narzuciłby jeden określony model, który z kolei mógłby być kwestionowany jako ograniczający konkurencję. Odnośnie szczegółów rozwiązania, Zamawiający będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy, zakładając jednocześnie, że szerokie ujęcie zapewnienia bezpieczeństwa punktu styku z Internetem podyktowane było otwartością stosowanie technologie informatyczne w tym zakresie. W związku z tym, że zarządzenie punktem styku leżeć będzie po stronie wykonawcy, Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez wykonawcę odpowiednich do bieżących zagrożeń środków ochrony, umożliwiających wykonawcy proaktywne działanie w celu zapewnienia ciągłości świadczenia usług.

Zamawiający stwierdził, że podobnie jak we wcześniejszych przypadkach, liczy na zapewnienie określonego efektu, którym w tym przypadku jest bezpieczeństwo systemu informatycznego, jednak dobór efektywnych narzędzi pozostawia wykonawcy.

Podał, że za chybione należy uznać twierdzenia, jakoby brak określenia przepustowości łącza miał jakikolwiek wpływ na omawiane zagadnienie. Jest to bowiem parametr, który w tym przypadku pozostaje całkowicie bez znaczenia.

Podobnie nietrafiony jest argument, jakoby Zamawiający zastrzegał sobie prawo do dowolnych modyfikacji parametrów, takich jak dozwolone i zabronione serwisy internetowe i protokoły sieciowe. Jest bowiem dokładnie przeciwnie – Zamawiający zastrzegł sobie w ten sposób absolutne minimum, niezbędne do prawidłowego korzystania z Internetu, a tego rodzaju możliwości „ręcznej" konfiguracji przewidują np.: zapory internetowe (tzw. firewall), dedykowane nawet dla indywidualnych użytkowników. Możliwość samodzielnego zablokowania dostępu do określonych stron internetowych siłą rzeczy nie może negatywnie wpływać na bezpieczeństwo, bowiem ograniczona zostaje możliwość załadowania danej strony i tym samym ataku za jej pośrednictwem. Z kolei zagwarantowanie sobie prawa do określenia stron mających być dostępnymi (tzw. biała lista) ma na celu zapewnienie, że wykonawca nie zablokuje dostępu do stron internetowych, które są niezbędne do prawidłowego korzystania z Urządzeń w sposób przydatny dla Zamawiającego. Jednakże strony internetowe lub protokoły, z których korzysta Zamawiający, są w pełni wiarygodne i stale weryfikowane przez specjalistów, zatem wykluczone jest wystąpienie ataku za ich pośrednictwem (niewątpliwie też służby Zamawiającego monitorujące kilkanaście stale używanych stron czy protokołów i tak zdążyłyby szybciej zareagować w razie zagrożenia i zablokować do nich dostęp, niż uczyniłby wykonawca obsługujący setki tysięcy użytkowników).

Odpowiedzialność za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych urządzeń (pkt 2 lit. j żądań **Odwołania)**

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał zmiany SIWZ polegającej na dodaniu w pkt 1 i 2 Załącznika nr 1 do OPZ – „Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń" postanowienia, zgodnie z którymi nie będzie ponosił odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dostarczonych Urządzeń Mobilnych lub Signature Padów w trakcie testów, chyba że zniszczenie lub uszkodzenie będzie wynikało z jego winy. Wprowadzona zmiana odpowiada również żądaniom odwołania, a zatem obecne brzmienie kwestionowanych postanowień powoduje, że odwołanie jest w tej części bezprzedmiotowe.

Jednocześnie podkreślił, że dalej idąca zmiana byłaby niedopuszczalna, gdyż zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 9 lit. g) SIWZ do oferty muszą być załączone próbki wymagane dla że dostawy wymogom potwierdzenia, oferowane odpowiadają Zamawiającego. Ponieważ oferty do chwili ich otwarcia pozostają tajne, Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji, czy dostarczone wraz z ofertą urządzenia nie były uszkodzone już w chwili przekazania ich Zamawiającemu. Uwzględnienie żądania Odwołującego oznaczałoby konieczność wprowadzenia do SIWZ również postanowień uprawniających Zamawiającego do weryfikacji nadesłanych wraz z ofertą urządzeń pod kątem ewentualnych uszkodzeń, co z kolei naruszyłoby art. 86 ust. 1 Pzp stanowiący, że do czasu otwarcia oferty pozostają niejawne. Biorąc pod uwagę znaczenie kluczowej reguły jaką jest niejawność składanych ofert przed ich otwarciem, należy przyznać jej prymat przed możliwością poniesienia ewentualnego uszczerbku, jaki hipotetycznie mógłby ponieść wykonawca w związku z uszkodzeniem przekazanych urządzeń.

Sposób przeprowadzenia testu próbek (pkt 2 lit. k żądań **Odwołania)**

Zdaniem Zamawiającego zarzuty odwołania w tej części mogą wynikać wyłącznie z niezrozumienia pkt 6.5 Załącznika nr 1 do OPZ – „Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzeń". Podał, że testy mają za zadanie sprawdzić wymagania SIWZ, natomiast nie przeprowadzenie testu nie daje podstaw do odrzucenia oferty, gdyż nie ma dowodu na niespełnienie warunków SIWZ.

Celem uniknięcia ewentualnych wątpliwości, Zamawiający zdecydował się na zmianę pkt 1 i 2 wspomnianego załącznika do OPZ, zgodnie z którą test zostanie uznany za zakończony z wynikiem pozytywnym, jeżeli testu nie było można przeprowadzić ze względów leżących po stronie Zamawiającego. Analogiczne postanowienie przyjęto również w zakresie testu CNC (por. pkt III ppkt 5 Informacji o zmianie SIWZ). Jednakże dalej idąca zmiana byłaby bezzasadna, bowiem brak jest wytłumaczenia, dlaczego brak testu tylko

jednej oferty miałby zwalniać próbki innych wykonawców z weryfikacji spełniania wymagań OPZ.

Weryfikacja wystawcy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy (pkt 3 żądań **Odwołania)**

W przekonaniu Zamawiającego żądanie odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Odwołujący nie wskazał jaki wpływ może mieć przedmiotowe postanowienie na wynik Postępowania. Oczywistym jest, że postanowienie to pozostaje bez wpływu na sposób wyłonienia wykonawcy, a samo zagadnienie nie podlega kognicji Izby.

Zamawiający wyjaśnił, że omawiane postanowienie ma dla niego kluczowe znaczenie, bowiem umożliwi z odpowiednim wyprzedzeniem przeprowadzenie weryfikacji tego, czy gwarancja jest wystawiona prawidłowo i odpowiada postanowieniom umownym. Z uwagi na fakt, że niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w prawidłowej formie uniemożliwia jej podpisanie (zgodnie z Rozdziałem XXI pkt 8 Zamawiający nie podpisze Umowy, dopóty dopóki zabezpieczenie nie zostanie wniesione), a jednocześnie na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium, należy stwierdzić, że mechanizm umożliwiający weryfikację i ewentualną korektę treści dokumentu jest szczególnie dla gwarancji korzystny wykonawców, zatem zastanawiające jest, jaki interes w kwestionowaniu tego postanowienia posiada Odwołujący.

Zamówienia uzupełniające (pkt 4 żądań **Odwołania)**

Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Projekt Umowy nie przewiduje, że zamówienia uzupełniające będą wykonanie w oparciu o umowę główną bowiem oczywiste jest, że dla ich udzielenia konieczne będzie zawarcie umowy dodatkowej. Podał, że ust. 3.2.4 Umowy zawiera w swojej istocie jedynie zobowiązanie do prowadzenia negocjacji w określonej formie (zaoferowanie usług uzupełniających na dotychczasowych lub korzystniejszych warunkach), natomiast nie narzuca samego obowiązku złożenia oferty. Postanowienie to należy zatem ocenić pozytywnie, gdyż przeciwdziała patologicznemu zjawisku, jakim jest udzielanie zamówień uzupełniających za wyższą cenę, niż w przypadku zamówienia podstawowego. W ten sposób zachowana zostaje zasada równego traktowania przedsiębiorców, która często zostaje naruszona już na etapie wykonania umowy, gdy wykonawca – wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję jako podmiotu już realizującego umowę – narzuca zamawiającemu niekorzystne warunki kontraktowe ze świadomością że i tak zostaną zaakceptowane, gdyż w przeciwnym razie zamawiający musiałby zwrócić się do innego wykonawcy.

Jeżeli zatem Odwołujący, jako potencjalny przyszły wykonawca, nie będzie zainteresowany wykonaniem zamówienia uzupełniającego na co najmniej takich samych warunkach, jak w przypadku zamówienia podstawowego, to zachowuje uprawnienie do nieskładania oferty. Nie będzie mógł natomiast podejmować prób „wymuszania" na Zamawiającym takich warunków wykonania zamówienia uzupełniającego, które gdyby były przewidziane w treści SIWZ, to mogłyby skłonić konkurencyjnych wykonawców do złożenia tańszych ofert, skalkulowanych w oparciu o założenie, że obniżka zostanie skompensowana w większym wynagrodzeniu za zamówienie uzupełniające.

Ubezpieczenie OC wykonawcy (pkt 5 żądań **Odwołania)**

Zamawiający wskazał, że za nieuprawnioną należy uznać tezę Odwołującego, jakoby wymóg ubezpieczenia OC wykonawcy stanowi dodatkową formę zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać różnic pomiędzy obowiązkiem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wykonawcy, a zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przede wszystkim umowa ubezpieczenia OC ma na celu ochronę nie tylko uzasadnionego interesu Zamawiającego, ale też osób trzecich, które byłyby uprawnione do dochodzenia odszkodowania od wykonawcy. Dodał, że podobne postanowienia są powszechnie stosowane w umowach, a ich dopuszczalność jednoznacznie potwierdziła KIO w swoim orzecznictwie.

Zmiana czasu trwania umowy (pkt 6 lit. a żądań **Odwołania)**

Zamawiający wyjaśnił, że wywody Odwołującego o rzekomej niemożliwości przygotowania oferty z uwagi na obecne określenie czasu trwania Umowy, która zgodnie z obecnym brzmieniem wygaśnie po 36 miesiącach od dnia jej podpisania lub po

wyczerpaniu jej wartości są bezpodstawne. Zauważył, że w przypadku Usług Transmisji Danych sam wykonawca wskazuje wartość miesięcznego pakietu danych dla każdego urządzenia mobilnego, przy czym kwota ta powinna być wynikiem kalkulacji uwzględniającej koszt świadczenia tej usługi o parametrach wskazanych w OPZ. Wykonawca przygotowując ofertę powinien zatem wziąć pod uwagę miesięczny koszt świadczenia zamawianej usługi i odpowiadającą mu kwotę wskazać w formularzu ofertowym. Co istotne, sam Odwołujący nie kwestionuje tego, że przeprowadzenie powyższego obliczenia jest niewykonalne (będąc jednym z najbardziej doświadczonych operatorów telekomunikacyjnych doskonale potrafi wycenić koszt każdej świadczonej usługi), jak też nie przytacza jakichkolwiek argumentów przemawiających za tym, że omawiane postanowienie uniemożliwia przygotowanie oferty.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący jest jednym z największych operatorów telekomunikacyjnych i posiada bardzo rozbudowaną infrastrukturę, obejmującą swoim

zasięgiem cały kraj. Skala przedmiotowego zamówienia – jakkolwiek znacząca w porównaniu do innych – stanowi ułamek ogółu obsługiwanych przez Odwołującego urządzeń korzystających z usług transmisji danych. Bieżące realizowanie zamówienia nie będzie miało najmniejszego przełożenia na przepustowość infrastruktury Odwołującego, a z pewnością nie będzie wymagało poniesienia dodatkowych nakładów na jej ulepszenie, które ewentualnie amortyzowałyby się w czasie trwania Umowy. Dla operatora telekomunikacyjnego, który posiada umożliwiającą infrastrukturę świadczenie Usługi Transmisji Danych na terenie całego kraju, koszt świadczenia przez jeden miesiąc i przez 36 miesięcy pozostaje proporcjonalnie zawsze taki sam. Tym bardziej należy więc uznać żądania Zamawiającego w tym zakresie jako mające charakter negocjacji warunków Umowy i zmierzające do nadania jej kształtu, który nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego i narażałby go na poniesienie wyższych kosztów niż przewidział w ramach budżetu zamówienia.

Uwzględnianie zastrzeżeń do projektu technicznego (pkt 6 lit. b żądań **odwołania)**

Zamawiający stwierdził, że za nieuzasadnioną należy uznać próbę narzucenia mu dodatkowej formuły negocjacji treści Projektu Technicznego. Natomiast uwzględnienie żądania odwołania w tym zakresie może doprowadzić do sytuacji, że wykonawca dostarczy Projekt Techniczny nieodpowiadający potrzebom Zamawiającego, a jednocześnie przyzna wykonawcy prawo do kwestionowania uwag Zamawiającego, co będzie oznaczało konieczność bliżej niesprecyzowanego „wspólnego uzgodnienia dalszego sposobu postępowania w zakresie przez zgłoszonych Zamawiającego zastrzeżeń.
Wobec uwzględnienia żądań odwołania Zamawiający nie będzie miał jakiejkolwiek wpływu na treść Projektu Technicznego, bowiem każdą jego uwagę wykonawca będzie mógł dowolnie zakwestionować, co też będzie obligowało strony do prowadzenia negocjacji o nieokreślonym kształcie i sposobie zakończenia. Wprowadzenie zmiany oczekiwanej przez Odwołującego może znacząco utrudnić zrealizowanie zamówienia w przypadku nawet błahego sporu pomiędzy stronami.

Podał, że wbrew twierdzeniom odwołania, wykonawca nie jest pozbawiony prawa do zgłoszenia uwag, ponieważ zawsze może je zgłosić i jeżeli okażą się uzasadnione – z pewnością zostaną uwzględnione przez Zamawiającego. W przeciwnym jednak wypadku musi podporządkować się zaleceniom Zamawiającego, co jest zresztą regułą w przypadku tego rodzaju kontraktów.

Zmiany kar umownych (pkt 6 fit. c i d żądań **odwołania)**

W opinii Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie w szczególności twierdzenie, jakoby ustanowienie kar umownych za opóźnienia w wykonaniu poszczególnych

obowiązków miałby być niezgodne z przepisami Pzp K.c. Możliwość taką dopuszcza orzecznictwo Izby i Sądu Najwyższego.

Zamawiający stwierdził, że w odwołaniu w żaden sposób nie wykazano, aby kary umowne były rażąco wygórowane, przy czym warto odnotować, że ich wysokość Odwołujący kwestionuje jedynie w przypadku kar za opóźnienie w naprawie awarii. Kary te są jak najbardziej adekwatne do wysokości szkody, jaką może ponieść Zamawiający wskutek

opóźnień w usuwaniu usterki, a gdy weźmie się pod uwagę ogólnopolski zasięg zamówienia, staje się nawet oczywiste, że kary te są zbyt niskie w stosunku do uszczerbku, jaki może zostać wyrządzony Zamawiającemu.

Podobnie nieprawdą jest, że przewidziany czas na usunięcie usterki jest zbyt krótki – w istocie już obecnie jest on bardzo długi, natomiast zauważyć należy, że model biznesowy przyjęty przez Odwołującego polega na zapewnieniu sobie możliwie dużej rezerwy czasowej na naprawę danej usterki, aby móc w tym czasie zrealizować bardziej priorytetowe – gdyż obarczone większą sankcją za opóźnienie – usterki. Wolą Zamawiającego jest to, aby był traktowany co najmniej na równi z innymi klientami wykonawcy, a przewidziane terminy na naprawę usterek z pewnością nie mogą być uznane za zbyt krótkie.

Podobnie za uzasadnione należy uznać nałożenie kary w wysokości 10% wartości każdego urządzenia, za każde wadliwe urządzenie, gdy liczba tożsamych usterek będzie równa lub przekroczy 100 sztuk. Tego rodzaju powszechność usterek nazywana jest awarią masową i wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, nie powinna mieć miejsca, gdy wykonawca działa z należytą starannością. W przypadku stwierdzenia tego rodzaju powszechnej usterki w dostarczanych urządzeniach, Zamawiający będzie domagał się zapłaty kary odpowiadającej liczbie wadliwych urządzeń, a zatem zarówno sposób, w jaki kara zostanie nałożona, jak i jej wysokość są w pełni proporcjonalne i uzasadnione. Warto zauważyć, że interes Zamawiającego nie polega na tym, aby otrzymać uszkodzone urządzenia i być potem uprawnionych do ich skutecznej reklamacji – przeciwnie, oczekuje się, że zostaną dostarczone urządzenia pełnowartościowe, a ich reklamacja będzie wyjątkiem.

Zamawiający podał, że nie można się zgodzić z Odwołującym, który zarzuca brak ograniczenia odpowiedzialności z tytułu kar umownych. Warto zauważyć, że sam brak takiego ograniczenia nie może być naruszeniem zarówno przepisów Pzp (te omawianej materii w ogóle nie regulują), ale też przepisów K.c., które dopuszczają ustanowienie kar umownych bez żadnych ograniczeń, zastrzegając jedynie w art. 484 § 2 K.c. uprawnienie do domagania się obniżenia kar umownych, gdy są rażąco wygórowane w stosunku do uszczerbku jaki może ponieść druga strona umowy lub zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Tym samym wprowadzenie limitu odpowiedzialności z tytułu kar

umownych – jakkolwiek przyjęte w obrocie – nie wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów, a brak takiego ograniczenia nie może być uważane za niezgodne z prawem.

Z tych samych względów należy zakwestionować zarzucany brak wzajemności w przypadku kar za odstąpienie lub wypowiedzenie Umowy przez wykonawcę. Wystarczy bowiem zauważyć, że wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od umowy w przypadku trzymiesięcznego opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia. Decydujące jest to, że świadczenie Zamawiającego ma wyłącznie pieniężny charakter, a zatem w przypadku nieotrzymania zapłaty wykonawca będzie uprawniony do otrzymania odsetek od zaległego wynagrodzenia, które stanowią surogat odszkodowania za korzystanie z cudzego kapitału, zatem pełnią analogiczną funkcję do kar umownych. Z tych właśnie przyczyn, w orzecznictwie utrwalił się pogląd, że niedopuszczalne jest ustanawianie kar umownych za opóźnienie w płatnościach, a tego rodzaju postanowienia są niezgodne z art. 483 K.c.

Zamawiający podkreślił, że jakiekolwiek obniżenie kar umownych spowodowałoby, że w przypadku nienależytej realizacji zamówienia przez wykonawcę, nienależycie zostanie wykonana Umowa na obsługę korespondencji sądowej, natomiast Zamawiający zostanie pozbawiony możliwości wyegzekwowania kar, które sam będzie musiał zapłacić na rzecz Skarbu Państwa, chociaż nie on, a wykonawca odpowiadał za nieprawidłowości. Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia w zakresie kar umownych korespondują z przepisami Umowy na obsługę korespondencji sądowej, a co istotne – również tamta umowa podlegała kontroli KIO w postępowaniu toczącym się wskutek odwołania wniesionego przez konkurenta Zamawiającego. W tym rozstrzygnięciu Izba uznała wszystkie kwestionowane postanowienia za dopuszczalne

Bezcelowość procedury reklamacyjnej (pkt 6 lit. d żądań **odwołania)**

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wyjaśnił czemu miałoby służyć wprowadzenie bliżej nieokreślonej „procedury reklamacyjnej" w przypadku zaistnienia podstaw do naliczania kar umownych. Oczywistym jest, że wobec zaistnienia sporu co do podstaw naliczania kar umownych jakakolwiek reklamacja niczego nie wyjaśni i nie okaże się w żadnym stopniu pomocna, natomiast będzie sprzyjała przeciągnięciu sprawy w czasie.

Natomiast jeżeli Zamawiający potrąci z wynagrodzenia wykonawcy naliczone kary, to w przypadku zaistnienia wątpliwości co do wysokości otrzymanej zapłaty wykonawca zawsze będzie mógł zwrócić się z prośbą o udzielenie stosownych wyjaśnień i ewentualną zmianę stanowiska przez Zamawiającego. Natomiast dodawanie jakichkolwiek postanowień o „procedurze reklamacyjnej" jest oczywiście zbędne, a zresztą to na Odwołującym spoczywa ciężar wskazania we wniosku, na czym taka procedura miałaby polegać, czego jednak nie uczynił.

55

Żądania **w zakresie sposobu skorzystania z prawa opcji (pkt 6 lit. e** żądań **odwołania)**

Zamawiający oświadczył, że dokonał zmiany SIWZ, zgodnie z którą wykonanie dostaw lub usług w ramach prawa opcji powinno nastąpić nie dłużej niż w terminie wynikającym z formularza ofertowego – kryterium P4. Wprowadzona zmiana jednocześnie odpowiada żądaniom odwołania, które w obecnej chwili stały się bezprzedmiotowe.

Wypowiedzenie i odstąpienie od Umowy (pkt 6 lit. f i g żądań **odwołania)**

W opinii Zamawiającego bezprzedmiotowe są wywody odwołania w części dotyczącej przewidzianych w Umowie podstaw odstąpienia lub wypowiedzenia.

opiera się na niejednoznaczności Argumentacja Odwołującego wyłącznie rzekomej okoliczności uprawniających Zamawiającego do odstąpienia, chociaż Umowa jest w tym zakresie wyjątkowo precyzyjna.

Jedną z kwestionowanych przesłanek jest m.in. zaistnienie podstaw do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, że art. 11 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe w bardzo obszerny sposób definiuje zagadnienie niewypłacalności i właśnie do niej odwołuje się ust. 13.1.1.1 Umowy. Odnosząc się zaś do supozycji, jakoby nie było jasne, kto będzie oceniał, czy przesłanki do złożenia takiego wniosku rzeczywiście zostały spełnione, to wyjaśnić należy Odwołującemu, że będzie to sąd upadłościowy (rozpoznający wniosek o ogłoszenie upadłości), a ponadto kontrola skuteczności oświadczenia woli o odstąpieniu na tej podstawie (jak i na każdej innej) zawsze będzie pozostawała w kompetencji sądu powszechnego.

Jeżeli zaś chodzi o powstanie stanu zagrożenia niewypłacalnością, to pojęciem tym posługują się przepisy ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne. Zgodnie z jej art. 6 ust. 3 za „dłużnika zagrożonego niewypłacalnością" należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny. Jeżeli więc można czynić zarzuty związane z niewystarczającą określonością tych pojęć, to ich adresatem może być wyłącznie ustawodawca, lecz w żadnym przypadku nie Zamawiający, który w Umowie odsyła do obowiązujących przepisów i posługuje się używaną przez nie terminologią.

Pozostałe kwestionowane przesłanki odwołują się do „opóźnienia w realizacji obowiązków wynikających z Umowy przekraczających 30 dni" (przy czym podważane jest opóźnienie, zamiast zwłoki, a nie np. jego termin), „istotne naruszenie przez Wykonawcę postanowień Umowy lub SIWZ" (po czym następuje egzemplifikacja tych naruszeń, która dla Odwołującego jest wciąż niezasadna) czy „rażące i uporczywe naruszanie postanowień Umowy". We wszystkich tych przypadkach zdaniem Odwołującego zachodzą tak dalekie niejednoznaczności, że uniemożliwiają ustalenie ich rzeczywistego zakresu.

56

Z kolei w przypadku Załącznika nr 8 do Umowy – „Ochrona informacji i innych aktywów Poczty Polskiej S.A.", to Odwołujący zdaje się twierdzić, że postanowienia tam zawarte są na tyle nieistotne, że odstąpienie od umowy za chociaż jedno jego naruszenie jest sankcją oczywiście nadmierną.

W odwołaniu pominięto przy tym całkowicie fakt, że chociaż jedno jego naruszenie może przynieść Zamawiającemu szkody znacznie przekraczające wartość udzielanego zamówienia, a z drugiej strony w przypadku ochrony informacji nie jest możliwe efektywne stopniowanie rodzajów naruszeń.

Co jednak zastanawiające, Odwołujący nie wskazał w swoich żądaniach, jak należałoby te rzekomo niejasne przesłanki doprecyzować. Szybko okazałoby się, że nie jest możliwe uniknięcie kazuistyki, a i tak nie zostałyby wyczerpująco przewidziane wszystkie dające się przewidzieć przypadki uzasadniające odstąpienie. W odwołaniu zatem proponuje

się ich całkowite wykreślenie, przez co oczywistym jest, że zamiarem odwołania jest wyłączna ochrona pozycji wykonawcy, która odbyłaby się jednak szczególnie dużym kosztem uzasadnionego interesu Zamawiającego.

Prawo do zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy wobec nieprzekazania dokumentów (pkt 6 lit h żądań **odwołania)**

Zamawiający wskazał, że kwestionowane postanowienie jest standardem w podobnych umowach, co wynika z faktu, że upływ czasu sprzyja niekontrolowanemu rozprzestrzenianiu się dokumentów, a w konsekwencji może narazić Zamawiającego na znacznej wysokości szkody. W odpowiedzi na to postanowienie, Odwołujący przedstawił całkowicie niezrozumiałą argumentację, jakoby niedopuszczalne było zastrzeżenie w Umowie zatrzymania wynagrodzenia do czasu przedstawienia wszystkich dokumentów. Zastanawiające jest, że wykonawca, który zobowiązuje się do realizacji zamówienia z należytą starannością jest jednocześnie zdania, że zapewnienie zwrotu dokumentów związanych z realizacją Umowy jest obowiązkiem nie tylko przekraczającym jego możliwości, ale nawet – jak wskazano wprost w odwołaniu – narusza zasady współżycia społecznego. Zdaniem Zamawiającego takie postanowienia, spotykane zresztą w złożonych kontraktach wdrożeniowych, gdy udostępnia się tzw. dane wrażliwe, mają ogromne znaczenie dla podmiotu udzielającego zamówienia, w szczególności jeżeli jest to operator pocztowy realizujący zadania ważne również perspektywy bezpieczeństwa państwa.

Postanowienia dotyczących gwarancji, usług gwarancyjnych i zgłoszeń serwisowych (pkt 7 żądań **odwołania)**

Zamawiający wskazał, że Odwołujący – poza zreferowaniem odpowiednich postanowień SIWZ – nie wykazał w jakimkolwiek stopniu i na czym miałyby polegać rzekome

naruszenia przepisów Pzp. Wszystkie żądania w tym zakresie mają bowiem charakter życzeń co do pożądanego przebiegu procedur reklamacyjnych i zgłaszania awarii, jednakże w żadnym stopniu nie uwzględniają one interesu i potrzeb Zamawiającego.

Wyjaśnił, że uwzględnienie żądań odwołania bezpośrednio przyczyniłoby się do powstania ryzyka operacyjnego w postaci braku wykonywania usług biznesowych i w następstwie oznaczałoby nieprawidłowe wykonanie Umowy na obsługę korespondencji sądowej, ze wszystkimi tego negatywnymi konsekwencjami dla Zamawiającego (dotkliwe kary umowne, straty wizerunkowe itd.). Podkreślił, że nie może pozwolić sobie na opóźnienia w naprawach serwisowych, natomiast zgłoszenie nie powinno być zamknięte jeżeli wykonawca nie usunął wady lub awarii kompleksowo. Ponadto uwzględnienie żądań mogłoby spowodować „niekończące" się naprawy (tzn. nieustanne wydłużanie czasu procedowania zgłoszeń) bez jakichkolwiek konsekwencji dla wykonawcy.
Odwołujący w żadnej części odwołania nie wykazał, iż zrealizowanie zgłoszeń w terminach określonych w Umowie jest obiektywnie niemożliwe, a podkreślić należy, że już obecnie są one szczególnie długie jak na standardy branży telekomunikacyjnej i stąd korzystne dla Odwołującego, natomiast ich dalsze wydłużenie pozbawiłoby zgłoszeń Zamawiającego jakiegokolwiek priorytetu względem innych reklamacji.

Zamawiający negatywnie ocenił również żądania usunięcia pkt 2.3 i 2.4 Załącznika nr 6 do Umowy. Ich uwzględnienie oznaczałoby, że niektóre z lokalizacji nie byłyby objęte zasięgiem wykonawcy, co uniemożliwiłoby prawidłowe wykonanie Umowy, a Zamawiającego pozbawiło prawa do wyciągania od wykonawcy konsekwencji z tego tytułu.

objęcie Dla Zamawiającego kluczowym jest zasięgiem wszystkich placówek,
bowiem wyłączenie chociaż jednego urzędu pocztowego z zasięgu wykonawcy podważałoby sens udzielania tego zamówienia.

Nie zasługuje także na uwzględnienie żądanie ograniczenia prawa Zamawiającego do reklamowania baterii w przypadku, gdy przestaje ona osiągać wymagane parametry. Oczekuje się od wykonawcy, iż dostarczy w pełni funkcjonalne i wartościowe urządzenia, których trwałość – przy zapewnieniu prawidłowego używania – umożliwi prawidłowe działanie przez 36 miesięcy. Skoro Odwołujący już obecnie bierze pod uwagę, że dostarczy Urządzenia gorszej jakości, to powinien uwzględnić w cenie oferty koszt wymiany baterii. Jako podmiot posiadający szczególne doświadczenie w świadczeniu napraw urządzeń mobilnych z pewnością jest w stanie oszacować średnią żywotność baterii i wziąć to pod uwagę przygotowując ofertę.

Odbiór urządzeń (pkt 8 żądań **odwołania)**

Zamawiający stwierdził, że uwzględnienie żądania odwołania zmierzającego do skrócenia terminów testów poprawności dostarczanych Urządzeń z 10 do tylko 2 dni pozbawiłoby go jakiejkolwiek możliwości weryfikacji nawet części dostarczanych urządzeń. Procedura odbioru – szczegółowo opisana w Załączniku nr 13 do Umowy – składa się z szeregu czasochłonnych czynności, których wykonanie w odniesieniu do dziesiątek lub nawet setek dostarczanych urządzeń w ciągu 2 dni jest oczywiście niemożliwe. Warto też zauważyć, iż obecny termin na przeprowadzenie testów akceptacyjnych nie rodzi jakichkolwiek negatywnych skutków dla Odwołującego (z wyjątkiem kilkudniowego przesunięcia terminu otrzymania wynagrodzenia), natomiast jego usunięcie byłoby szczególnie dotkliwe dla Zamawiającego, czyniąc fikcyjnymi postanowienia dotyczące odbioru urządzeń.

Sygn. akt: KIO 341/16

Zdaniem Zamawiającego odwołanie winno zostać oddalone, jako oparte na nieprawidłowej wykładni postanowień OPZ i Umowy, na podstawie której Odwołujący doszedł do błędnego wniosku, że zakwestionowane postanowienia naruszają przepisy Pzp.

Wymóg dostarczenia urządzeń, których następcy technologiczni będą spełniać wymagania SIWZ (zarzut nr 1 odwołania)

Pomimo jednoznacznego brzmienia pkt W1.35 OPZ Zamawiający, celem uniknięcia ewentualnych wątpliwości, zdecydował się na jego zmianę, zgodnie z którą wymaga się, aby Urządzenie Mobilne było dostępne w okresie obowiązywania gwarancji. W przypadku braku dostępności Urządzenia Mobilnego niezależnego od wykonawcy (np. wycofanie z produkcji) dopuszczalne jest zastąpienie Urządzenia Mobilnego innym urządzeniem, które będzie:

a) spełniało wszystkie wymagania SIWZ,
b) posiadało parametry oceniane w kryterium oceny ofert P4 co najmniej takie, jak zaoferowane Urządzenie Mobilne,
c) zapewniać poprawność funkcjonowania oprogramowania użytkowego Zamawiającego korzystającego z API systemu operacyjnego oraz ewentualnych dodatkowych komponentów służących do rejestracji danych biometrycznych odręcznego podpisu w zakresie rekomendowanym przez normę ISO/IEC 19794-7.

Wobec powyższej zmiany wywody Odwołującego w tej części są już bezprzedmiotowe, bowiem odnoszą się do nieaktualnej treści OPZ, w tym do pojęcia „następcy technologicznego", które zostało wyeliminowane, a pkt W1.35 ma nowe,

zupełnie inne brzmienie, pokrywające się zresztą z wnioskami płynącym z uzasadnienia odwołania.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że nie uważa za zasadne całkowitego wykreślania omawianego wymogu z treści OPZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, bowiem doprowadziłoby to do sytuacji, gdy w przypadku produkcji zaoferowanych pierwotnie urządzeń, wykonawca nie mógłby zaoferować substytutu, co uniemożliwiłoby skorzystanie z prawa opcji i zamówień uzupełniających, jak też znacznie utrudniłoby realizację uprawnień gwarancyjnych, w sytuacji gdy wykonawca – będąc zobowiązanym do wymiany urządzenia – nie mógłby zaoferować substytutu dla pierwotnie oferowanego, lecz nieprodukowanego już sprzętu.

Warunki zmiany Umowy (zarzut nr 2 odwołania)

W opinii Zamawiającego całkowicie błędne są twierdzenia Odwołującego w zakresie postanowień dotyczących zmian Umowy, które rzekomo mają naruszać art. 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący kwestionuje brzmienie ust. 12.1.11 Projektu Umowy, który określa tryb uzgadniania ewentualnych zmian, i wywodzi z niego brak możliwości przygotowanie oferty. Argumentacja odwołania jest jednak całkowicie chybiona i wynika z ewidentnie błędnej interpretacji postanowień Umowy, które już teraz są możliwie jednoznaczne i bezsprzecznie nie powinny podlegać dalszej interpretacji. Zarzut odwołania opiera się w istocie wyłącznie na brzmieniu ust. 12.1.11 *in fine,* zgodnie z którym „[…]Wykonawca nie może odmówić zgody na wprowadzenie zmiany, bez podania na piśmie szczególnie istotnego powodu[…]", z czego w sposób zupełnie niezrozumiały Odwołujący wywodzi, iż wykonawca musi wyrazić

zgodę zawsze, gdy wystąpi jedna z enumeratywnie wymienionych przesłanek w ust. 12.1.2.1-12.1.2.4 Umowy.

Zamawiający wyjaśnił, że przywołane postanowienie Umowy nakłada na wykonawcę jedynie obowiązek przedstawienia uzasadnienia dla braku zgody na proponowaną przez Zamawiającego zmianę. Natomiast w żadnej części Umowy nie nałożono na wykonawcę bezwarunkowego zobowiązania do wyrażenia zgody na każdą zgłoszoną zmianę, a jedynie stwierdzono, że w przypadku odmowy konieczne jest wskazanie jej powodu. Odwołujący najpewniej nie zrozumiał brzmienia ust. 12.1.2, który określa pewne ramy negocjacji zgody lub dla odmowy), (wyrażenie przedstawienie powodów natomiast absolutnie nie przewiduje dokonania automatycznej zmiany umowy, ilekroć wykonawca nie uzasadni braku swojej zgody.

Podkreślił też, że umowa o zamówienie publiczne dochodzi w skutek złożenia zgodnych oświadczeń woli Zamawiającego (uzewnętrznionej poprzez publikacje ogłoszenia o zamówieniu) oraz wykonawcę, który złoży ofertę uznaną zgodnie z przepisami Pzp za

najkorzystniejszą w następstwie czego pomiędzy tymi podmiotami zostaje zawarty stosunek o treści wyznaczonej przez postanowienia SIWZ i brzmienie oferty. Zmiana umowy będąca w ujęciu cywilnoprawnym wypowiedzeniem dotychczasowego stosunku prawnego i zawiązaniu w jego miejsce stosunku o nowej treści jest możliwa wyłącznie za zgodą obu stron, a przepisy Pzp nie wprowadzają tu żadnych wyjątków, z zastrzeżeniem, że zmiana taka nie będzie naruszać art. 144 ust. 1 Pzp.

Wprowadzając omawiane postanowienie Zamawiający chciał zagwarantować, że w przypadku zaistnienia jednej z enumeratywnie wymienionych okoliczności, wykonawca nie będzie mógł odmówić negocjacji w sprawie koniecznych zmian, lecz powinien chociaż przedstawić swoje uzasadnione stanowisko, tak aby nie doszło do obstrukcji przy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Podkreślić przy tym należy, że tego rodzaju postanowienia umowne są powszechnie spotykane w obrocie gospodarczym, szczególnie w przypadku umów zawieranych na wiele lat, kiedy to nie jest możliwe uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przebieg realizacji kontraktu. Zamawiający zauważył przy tym, że tożsame postanowienia były już raz bezskutecznie kwestionowane przez Odwołującego we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym, w sprawie o sygn. akt: KIO 736/15.

W przekonaniu Zamawiającego nie bez znaczenia jest również fakt, zamówienie będzie udzielone przez publicznego operatora pocztowego i ma na celu umożliwienie wykonania przez Pocztę Polską S.A. szczególnie ważnego z perspektywy interesu państwa kontraktu, jakim jest Umowa na obsługę korespondencji sądowej, a w tym celu konieczne jest przewidzenie odpowiednich podstaw do ewentualnych zmian Umowy, będących pochodną zmian umowy ze Skarbem Państwa. Nie można więc tracić z pola widzenia, że wykonawca będzie w pewnym zakresie, choć niebezpośrednio, partycypował w realizacji ww. kontraktu (jakość realizacji zamówienia będzie miała bezpośredni wpływ na efektywność pracy sądów w całej Polsce) i to już stanowi wystarczający argument uzasadniający prawo Zamawiającego do oczekiwania, iż negocjacje w ogóle dojdą do skutku, nawet jeżeli porozumienie nie zostanie osiągnięte, a zmiany nie zostaną wprowadzone. Innymi słowy można stwierdzić, że ust. 12.1.1.11 stanowi zobowiązanie do podjęcia określonych działań przy zachowaniu należytej staranności (podjęcie negocjacji z uzasadnieniem swojego stanowiska w ich trakcie), ale już nie zobowiązanie do osiągnięcia określonego rezultatu, jakim by mogłaby być żądana przez Zamawiającego zmiana.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że prawidłowo skorzystał z uprawnienia do określenia okoliczności uprawniających do zmiany umowy o zamówienie publiczne zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp, ponieważ przesłanki te w bardzo precyzyjny sposób opisują kiedy zmiana będzie dopuszczalna. Uprawnienie to jest przy tym wyłączną kompetencją

Zamawiającego i nie może być w żadnym przypadku kwestionowana w drodze środków ochrony prawnej. Doświadczenie pokazuje, że to najczęściej wykonawcy, starając się wymusić na Zamawiającym wprowadzenie korzystnych dla nich zmian, powołują się na omawianie przesłanki, a ich usunięcie z projektu Umowy byłoby niekorzystne tak dla

Zamawiającego jak i potencjalnego wykonawcy, co też każe się zastanowić, jaki interes ma Odwołujący w kwestionowaniu tych postanowień.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 340/16 przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Orange Polska S.A. wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

Na posiedzeniu niejawnym i rozprawie Odwołujący T-Mobile Polska S.A. cofnął zarzuty oznaczone nr 2b, 2d, 2e, 2j, 2k, 6d, 6e i 6g (zarzuty III.2.b, III.2.d, III.2.e, III.2.j, III.2.k, III.6.d, III.6.e oraz III.6.g według systematyki odwołania). Odwołujący Orange Polska S.A. cofnął natomiast na posiedzeniu niejawnym zarzut z pkt 1 *petitum* odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały zaprezentowane powyżej stanowiska.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 340/16 wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. ofert 2 podwykonawców (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) – na potwierdzenie braku możliwości realizacji zamówienia w terminach przewidzianych przez Zamawiającego,
2. wydruku ze strony internetowej firmy Microsoft – na okoliczność daty zakończenia wsparcia dodatkowego dla systemu operacyjnego MS Windows XP.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści umowy zawartej pomiędzy nim, a Skarbem Państwa – Sądem Apelacyjnym w Krakowie – na okoliczność daty jej zawarcia i treści.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniach i odpowiedzi na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 340/16

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Orange Polska S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego

stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, a ponadto z treści dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy do akt postępowania odwoławczego. Na podstawie powołanych dokumentów, biorąc również pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny nie był sporny. Osią sporu była natomiast ocena zaskarżonych postanowień SIWZ i załączników do niej w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie, wobec potwierdzenia się niektórych zarzutów sformułowanych w jego *petitum*.

Tytułem wstępu do dalszych rozważań skład orzekający wskazuje, że nie ulega wątpliwości, że zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego powodu przysługuje mu m.in. wyłączne uprawnienie do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego niejako projekcję jego potrzeb i oczekiwań. Trzeba mieć jednak na względzie, że naturalną konsekwencją przyznania Zamawiającemu znacznych uprawnień związanych z kształtowaniem przedmiotu zamówienia było nałożenie nań pewnych ograniczeń, aby realizacja omawianej prerogatywy nie godziła w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, a to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

W omawianej materii istotne znaczenie mają przepisy art. 29 ust. 1-3 Pzp statuujące zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Oczywiste jest, że zamawiający nie ma obowiązku takiego opisania przedmiotu zamówienia, który umożliwi każdemu wykonawcy funkcjonującemu w danym sektorze rynku ubieganie się o udzielenie zamówienia. Restrykcyjne wymogi stawiane przedmiotowi zamówienia nie uzasadniają *per se* twierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego reguł wynikających z art. 29 Pzp, o ile znajdują oparcie w jego uzasadnionych potrzebach. W każdym jednak przypadku opis przedmiotu

zamówienia musi być sformułowany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, zrozumiały i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przeciwnym razie dojść może nie tylko do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców (o udzielenie tak opisanego zamówienia będą wówczas ubiegały się podmioty będące w stanie przyjąć na siebie ewentualne ryzyko wadliwego scharakteryzowania przedmiotu zamówienia, ale również do złożenia ofert,

których zamawiający nie będzie w stanie ze sobą porównać, co uniemożliwi mu dokonanie ich prawidłowej oceny.

Odnosząc się następnie do kontroli postanowień wzoru umowy w postępowaniu odwoławczym Izba wskazuje, że istotnie stosunki obligacyjne na gruncie zamówień publicznych ukształtowane są na zasadzie nierówności stron. Zamawiającemu, jako podmiotowi prowadzącemu postępowanie i konstruującemu wzór umowy, bądź jej istotne postanowienia przysługuje silniejsza pozycja, ponieważ niejako narzuca wykonawcy treść zawieranej z nim umowy. Uprzywilejowanie zamawiającego uzasadnia w tym zakresie m.in. okoliczność, że nie może on swobodnie dokonywać wyboru kontrahenta, któremu powierzy realizację zamówienia. Jednakże również i w tej materii zamawiającemu nie przysługuje całkowita swoboda kształtowania treści przyszłej umowy, przy czym kontrola Izby dokonywana jest zarówno przez pryzmat przepisów K.c. (nie wyłączając art. 353_1 K.c., mimo iż jego zastosowanie doznaje istotnych ograniczeń), jak i Pzp. Trzeba jednakże pamiętać, że wykonawca podający w wątpliwość postanowienia wzoru umowy nie może pod pretekstem stwierdzonych naruszeń przepisów zmierzać do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny. Jego rolą jest wykazanie takiego naruszenia przepisów, które uniemożliwia/utrudnia mu dostęp do zamówienia.

Zarzut nr 1 (zarzut III.1 według systematyki odwołania)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił uzasadnionych powodów, dla których najkrótszy termin realizacji zamówienia powinien zostać wydłużony z 4 do 8 tygodni, a najdłuższy – z 8 do 12 tygodni. Okolicznością taką nie jest, w ocenie składu orzekającego, *notabene* niekwestionowany przez Zamawiającego fakt, że w razie choćby jednokrotnego zgłoszenia przez Zamawiającego uwag do Projektu Technicznego najkrótszy termin wykonania zamówienia wydłuża się z 4 do około 4,5 tygodnia, ponieważ nie przeczy to możliwości zrealizowania zamówienia w maksymalnym dopuszczalnym terminie. Istotna w omawianym zakresie jest również kwestia, że Zamawiający uczynił z terminu realizacji zamówienia jedno z kryteriów oceny ofert. Biorąc powyższe pod uwagę zasadne jest szczególne premiowanie (przyznanie maksymalnej liczby punktów) wykonawców, których wiedza, doświadczenie i staranność powodują, że nie napotykają oni przeszkód w realizacji zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego przy ocenie kwestionowanego postanowienia należało mieć również na uwadze specyficzne uwarunkowania, na które powoływał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Przedmiot tego zamówienia służy bowiem realizacji innego kontraktu, którego wykonawcą jest sam Zamawiający, co jest nie bez znaczenia dla

określenia terminów realizacji przedmiotowego zamówienia, które nie mogą zagrażać wykonaniu zobowiązań nałożonych na Zamawiającego na podstawie umowy ze Skarbem Państwa – Sądem Apelacyjnym w Krakowie. Izba nie dopatrzyła się przy tym podstaw do zarzucenia Zamawiającemu nieuzasadnionej zwłoki (czy choćby opóźnienia) we wszczęciu Postępowania, ponieważ nastąpiło to w niespełna dwa miesiące od zawarcia umowy ze Skarbem Państwa – Sądem Apelacyjnym w Krakowie. Czas ten był, zdaniem Izby, niezbędny do przygotowania obszernej i skomplikowanej dokumentacji Postępowania.

Co więcej, Odwołujący nie udowodnił istnienia takich podobieństw pomiędzy przedmiotem tego zamówienia, a przedmiotem zamówienia, które aktualnie realizuje na rzecz Zamawiającego („Dostawa Urządzeń typu tablet z Akcesoriami oraz Transmisją Danych, Signature padów i Licencji Systemu MDM dla Poczty Polskiej SA"), które uzasadniałyby skrócenie kwestionowanego okresu czasu.

Odnosząc się do wniosków dowodowych Odwołującego (ofert podwykonawców, które objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa) skład orzekający uznał, że nie mogą one potwierdzać obiektywny brak możliwości realizacji zamówienia w zakreślonym przez Zamawiającego przedziale czasowym. Mogą one co najwyżej stanowić dowód na okoliczność dostępnych Odwołującemu (nie zaś innym uczestnikom rynku) terminów realizacji poszczególnych składowych przedmiotu zamówienia. Poza tym Odwołujący przedstawił wyłącznie po jednej ofercie, czego nie sposób uznać za gruntowne rozeznanie rynku.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego kwestionowanym postanowieniem PU przepisów art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 2a (zarzut III.2.a według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Rację miał wprawdzie Zamawiający, że można oczekiwać od Odwołującego, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, wiedzy o przedmiocie zamówienia i sposobie jego wykonania. Powyższe nie może stanowić jednak niejako próby zwolnienia się przez Zamawiającego, będącego gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (co wielokrotnie podkreślał), z odpowiedzialności za wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia i obciążenia wykonawcy ryzykiem wystąpienia dodatkowych, niemożliwych do przewidzenia kosztów, związanych z tymi elementami świadczenia, które Zamawiający mógł i powinien ująć w dokumentacji Postępowania.

Odwołujący trafnie argumentował, że skoro określone elementy przedmiotu zamówienia nie zostały odzwierciedlone w dokumentacji Postępowania, to nie będą one mogły być objęte treścią oświadczenia woli wykonawcy. Izba zwraca przy tym uwagę na treść przepisu art. 140 ust. 1 Pzp, z którego wynika tożsamość zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Mając na uwadze, że – z jednej strony – przedmiot umowy określony został w Rozdziale III ust. 3.2 PU, a obowiązki wykonawcy dotyczące jego wykonania – w Rozdziale IV ust. 4.2 PU, z drugiej zaś – zgodnie z pkt 5 Formularza Ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) wykonawca deklaruje, że przedmiot zamówienia i sposób jego realizacji będzie odpowiadał Umowie i pozostałym załącznikom do SIWZ, to nie sposób twierdzić o konieczności wyceny innych jeszcze świadczeń, których ani PU, ani OPZ nie dotyczy.

Skład orzekający uznał ponadto, że Zamawiający nie wykazał w jaki sposób realizacja przez Odwołującego na jego rzecz zamówienia pn.: „Dostawa Urządzeń typu tablet z Akcesoriami oraz Transmisją Danych, Signature padów i Licencji Systemu MDM dla Poczty Polskiej SA" miałaby się przyczynić do uzyskania przez Odwołującego wiedzy o ilości, rodzajach i kosztach elementów nieujętych w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto okoliczność, że Odwołujący wówczas (tj. ubiegając się o poprzednio udzielone zamówienie) nie zaskarżył tożsamego postanowienia SIWZ nie przekreśla, w ocenie składu orzekającego, możliwości podnoszenia tego zarzutu w obecnym postępowaniu odwoławczym, w kontekście innego przedmiotu zamówienia.

Powyższe stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu dokonania modyfikacji, o której orzeczono w pkt 1.1 sentencji wyroku.

Zarzut nr 2c (zarzut III.2.c według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby sformułowanie „komfortowe świadczenie Usług", bez jednoczesnego wskazania jakiegokolwiek parametru opisującego określenie „komfortowe" nie spełnia wymogu opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Skład orzekający ma wprawdzie świadomość, że nie jest możliwe uczynienie zadość temu obowiązkowi w każdym przypadku konstruowania opisu przedmiotu zamówienia, tym niemniej w przedmiotowej sprawie ww. określenie użyte zostało do scharakteryzowania parametru dającego wyrazić się w konkretnych wartościach liczbowych.

Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego (www.sjp.pl) „komfortowy” oznacza tyle co „wygodny”, „zapewniający komfort”. Nie sposób stwierdzić jak powyższą definicję należałoby przełożyć na parametr przepustowości sieci, aby móc ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że parametr o wartości „x” dla przepustowości sieci wyraża „komfortowe świadczenie Usług”.

Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą precyzyjne określenie tego parametru nie jest możliwe na obecnym etapie Postępowania, ponieważ – po pierwsze – nic nie stoi na przeszkodzie, aby zawrzeć go w pewnym zamkniętym zakresie wartości (formuła „od…do…”), bądź posłużyć przedziałem jednostronnie zamkniętym (formuła „nie niższa niż…”). Po drugie zaś Zamawiający w ogóle nie wykazał, aby podejmował jakiekolwiek próby zdefiniowania tego pojęcia, szacując chociażby w przybliżeniu wielkość transferu danych, ilość użytkowników jednocześnie korzystających z usługi, czy inne relewantne parametry.

Ergo, Izba stwierdziła naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, wobec czego nakazała Zamawiającemu dokonania modyfikacji, o której orzeczono w pkt 1.2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 2f (zarzut III.2.f według systematyki odwołania)

Zarzut nie potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający trafnie argumentował, że rozsądnym jest oczekiwanie od wykonawcy, aby – znając oczekiwaną przez Zamawiającego funkcjonalność i okres przez który ma być ona zapewniona – samodzielnie ustalił liczbę baterii do Urządzeń Mobilnych, które będą potrzebne w celu jej realizacji. Wykonawca – w przeciwieństwie do Zamawiającego – ma bowiem (a przynajmniej powinien mieć) rozeznanie na rynku urządzeń mobilnych i współpracuje z ich producentami, którzy powinni prowadzić statystyki zużycia ogniw w oferowanych wyrobach (skoro – jak wiadomo – podają żywotność baterii, jako jedną z cech urządzeń).

Jakkolwiek Odwołujący trafnie wskazywał, że urządzenia mogą być intensywnie eksploatowane przez pracowników Zamawiającego nie tylko w godzinach pracy, ale również poza nimi (i to nie tylko w celach służbowych), tym niemniej obawy te wydają się o tyle wątpliwe, że Zamawiający będzie sprawował w pewnym zakresie kontrolę sposobu ich wykorzystywania przez wprowadzenie blokad określonych stron internetowych, co zostanie jeszcze omówione w dalszej części uzasadnienia.

Istotne jest przy tym, że żądane przez Odwołującego wykreślenie tego postanowienia OPZ spowodowałoby, na co zwrócił uwagę Zamawiający, problemy z realizacją uprawnień gwarancyjnych, które odnoszą się również do komponentu, jakim są baterie.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego kwestionowanym postanowieniem OPZ przepisów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 2g (zarzut III.2.g według systematyki odwołania)

Skład orzekający uznał, że zarzut potwierdził się.

W przeciwieństwie do kwestii związanej z żywotnością baterii Zamawiający nie przedstawił w omawianym zakresie jakiejkolwiek argumentacji uzasadniającej utrzymywanie takiego obostrzenia odnośnie cech ogniwa w urządzeniach mobilnych. Czas, w jakim dochodzi do jego naładowania nie wpływa zasadniczo na walory użytkowe urządzeń tym bardziej, że nie zostało wykazane, aby były one wykorzystywane 24 godziny na dobę.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i nakazała mu dokonania modyfikacji, o której orzeczono w pkt 1.3 sentencji wyroku.

Zarzut nr 2h (zarzut III.2.h według systematyki odwołania)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że funkcjonująca u niego infrastruktura informatyczna oparta jest na systemach, z których rezygnacji domagał się Odwołujący. W konsekwencji, uwzględnienie tego oczekiwania spowodowałoby, że Zamawiający stanąłby przed koniecznością nieprzewidzianej modernizacji bazy sprzętowej, co naraziłoby go na koszty z tym związane.

Co więcej, nawet jeśli – jak chce tego Odwołujący – zakończenie wspierania określonego systemu operacyjnego powoduje, że jego producent przestaje dostarczać automatyczne poprawki, aktualizacje, czy świadczyć pomoc w inny sposób, nie oznacza to jeszcze, że wyposażony w taki system komputer nie będzie współpracował z urządzeniem wyprodukowanym po dacie zakończenia wsparcia systemu operacyjnego.

W przedmiotowym zakresie argumentacja zawarta w odwołaniu skłania do przekonania, że Odwołujący usiłuje dostosować brzmienie SIWZ do aktualnie posiadanych w swojej ofercie urządzeń. Uwzględnienie tego zarzutu byłoby, zdaniem składu orzekającego, możliwe wyłącznie w sytuacji, w której Odwołujący udowodniłby, że na rynku

nie ma już dostępnych urządzeń, które spełniają wszystkie wymogi SIWZ, w tym również ten dotyczący kompatybilności z kwestionowanymi systemami operacyjnymi, czego nie uczynił.

Skład orzekający uznał, że przedstawiony przez Odwołującego dowód z wydruku ze strony internetowej firmy Microsoft nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania, ponieważ nie dotyczył okoliczności spornej.

Podsumowując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego kwestionowanym postanowieniem OPZ przepisów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 2i (zarzut III.2.i według systematyki odwołania)

Zarzut nie potwierdził się.

Zdaniem składu orzekającego kwestia sposobu zapewnienia bezpieczeństwa w punkcie styku z Internetem powinna zostać rozstrzygnięta nie tyle odwołaniem, ile wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ. Skoro bowiem Zamawiający nie określił w tym zakresie swoich preferencji uprawnione było założenie, że dobór metod zapewnienia bezpieczeństwa leży w wyłącznej kompetencji wykonawcy (co zresztą Zamawiający potwierdził na rozprawie), a potwierdzenie tej tezy uzyskać ewentualnie przez skorzystanie z instytucji przewidzianej przepisem art. 38 ust. 1 Pzp. Uwzględnienie w tym zakresie przedmiotowego zarzutu, biorąc pod uwagę powyższe stanowisko, polegać mogłoby jedynie na dodaniu sformułowania, że określenie metod (środków) zapewnienia bezpieczeństwa należy do wykonawcy, co nie jest niezbędne do zapewnienia postanowieniom SIWZ jednoznacznego i wyczerpującego brzmienia.

Co zaś dotyczy kwestii umożliwienia Zamawiającemu wywierania częściowego wpływu na ustawienia poziomu zabezpieczeń Izba stwierdziła, że Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że udostępnienie Zamawiającemu takiej możliwości będzie wykonawcy realizację zapewnienia utrudniać/uniemożliwiać obowiązku bezpieczeństwa. Zamawiający wyjaśnił bowiem, a skład orzekający dał tym wyjaśnieniom wiarę, że dzięki tej funkcjonalności uzyska on uprawnienie wyłącznie do określania dostępnych z poziomu urządzeń treści, chociażby w postaci stron internetowych (ograniczenie możliwości ich przeglądania wpłynie, w ocenie Izby, korzystnie na żywotność baterii).

Skład orzekający nie podzielił również zapatrywania, jakoby postanowienie, zgodnie z którym szczegóły techniczne zostaną ustalone na etapie Projektu Technicznego naruszało przywołane w treści omawianego zarzutu przepisy. To sformułowanie należy bowiem identyfikować z zaproponowaną przez wykonawcę metodą zapewnienia

bezpieczeństwa i odnosić je do szczegółów technicznych w jej ramach. Nie jest zatem tak, że wykonawca nie ma możliwości wycenienia określonego rozwiązania w ofercie, skoro późniejsze ustalenia służyć będą ustaleniu kwestii technicznych z nim związanych, nie zaś samego rodzaju rozwiązania.

W konsekwencji nie stwierdzono naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku oddalając odwołanie w tym zakresie.

Zarzut nr 3 (zarzut III.3 według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Wbrew wyrażonemu przez Zamawiającego na rozprawie stanowisku literalne brzmienie postanowienia Rozdziału XXI ust. 4 SIWZ w sposób niebudzący wątpliwości

wskazuje na zakres uprawnionej weryfikacji Zamawiającego związanej z przedstawianym projektem gwarancji wnoszonej w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, obejmujący zarówno jej treść, jak i wystawcę.

Skład orzekający wskazuje, że o ile dopuszczalne i stosowane w praktyce jest przedmiotowe weryfikowania takich zabezpieczeń, to nie znajduje uzasadnienia, ani tym bardziej oparcia w przepisach Pzp, sprawdzanie gwarancji pod kątem statusu jej wystawcy. Trafnie argumentował Odwołujący, że komentowane postanowienie nie wskazuje pod jakim kątem przebiegać będzie weryfikacja, ani jakie będą skutki jej negatywnego wyniku, choć w tym zakresie zasadne wydaje się przypuszczenie, że Zamawiający potraktować mógłby taką sytuację jako niewniesienie zabezpieczenia stanowiące podstawę zatrzymania wadium (por. przepis art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp).

Izba nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego, że kwestionowane postanowienie pozwoli zapobiec ewentualnym sporom na tle statusu wystawcy gwarancji, jakie mogłyby się w tym zakresie ujawnić. Skład orzekający stwierdził, że nie jest racjonalne zakładanie, jakoby wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem rynku (która to cecha była przez Zamawiającego uwypuklana w kilku miejscach odpowiedzi na odwołania) ryzykowałby zwrócenie się o wystawienie takiego dokumentu do podmiotu, co do którego miałby wątpliwości, czy jest do tego uprawniony, tym bardziej że wykaz ubezpieczycieli i banków bez trudu można ustalić.

Powyższe stanowi w ocenie Izby naruszenie przepisów art. 147 ust. 1 w zw. z art. 148 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, które uzasadniało uwzględnienie odwołania w tym zakresie i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ, zgodnie z pkt 1.4 sentencji orzeczenia.

Zarzut nr 4 (zarzut III.4 według systematyki odwołania)

Zarzut potwierdził się.

Skład orzekający uznał, że zaskarżone postanowienie PU przeczy idei udzielania zamówień uzupełniających, z których każde realizowane jest w następstwie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego będącej efektem przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z przepisem art. 66 ust. 1 *in fine* Pzp ten tryb udzielania zamówień ma charakter negocjacyjny. Jakkolwiek Zamawiający mógłby oczywiście twierdzić, że negocjacje w zakresie ceny dotyczyć mogą wyłącznie kwestii jej obniżenia w stosunku do cen obowiązujących przy realizacji zamówienia podstawowego, to z przepisów regulujących tą procedurę (art. 66 i nast. Pzp) nie wynika jakiekolwiek ograniczenie dotyczące płaszczyzn, na których strony mogą ze sobą negocjować. W ocenie Izby gdyby ustawodawca zdecydował się na takie ograniczenie dałby temu, w przekonaniu składu orzekającego, wyraz w przepisach Pzp, jak ma to chociażby miejsce w odniesieniu do zamówienia udzielanego wykonawcy w ramach umowy ramowej (argument z art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp).

W związku z powyższym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów przytoczonych w pkt III.4 *petitum* odwołania i orzekła o nakazaniu Zamawiającemu dokonaniu zmiany opisanej w pkt 1.5 sentencji wyroku.

Zarzut nr 5 (zarzut III.5 według systematyki odwołania)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Skład orzekający uznał, że argumentacja Odwołującego, jakoby kwestionowane postanowienie PU było kolejnym przewidzianym zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, nie jest trafna. Nie dopatrzono się bowiem takiego scharakteryzowania ubezpieczenia, które świadczyłoby o tym, że ma ono zabezpieczać tylko i wyłącznie umowę, która zawarta zostanie w następstwie udzielenia zamówienia w Postępowaniu.

Przeciwnie – Zamawiający wskazał wyraźnie, że polisa ma dotyczyć odpowiedzialności z cywilnej związanej prowadzoną działalnością gospodarczą, korespondującą z Przedmiotem Umowy, nie zaś do niego ograniczoną. Wynika z tego, że wymagany przez Zamawiającego zakres ochrony ubezpieczeniowej jest niewątpliwie szerszy od tego, na który powołuje się Odwołujący.

Izba nie miała zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 148 ust. 1 w zw. z art. 150 ust. 2 Pzp, wobec czego odwołanie w tym zakresie oddalono, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 6a (zarzut III.6.a według systematyki odwołania)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zdaniem Izby Zamawiający trafnie wskazywał, że okres trwania Usługi Transmisji Danych wynosi 36 miesięcy, choć błędnie uzasadniał swoje stanowisko. Nie wynika to bowiem z definicji pojęcia „Wartość umowy", ponieważ jest nią po prostu cena wynikająca z oferty wykonawcy (innymi słowy jego wynagrodzenie), która to kwota może ulec wyczerpaniu powodując wygaśnięcie Umowy (argument z Rozdziału IV ust. 4.1.1 *in fine* PU).

Wydaje się, że problemem wskazywanym przez Odwołującego było właśnie sformułowanie „lub do wyczerpania kwoty Wartości Umowy", z którego wywodził, że świadczenie Usługi Transmisji Danych może zakończyć się wcześniej, w bliżej nieokreślonym momencie. Izba stwierdziła jednak, że pojęcia tego nie należy odnosić do usługi, która świadczona będzie nieprzerwanie przez okres 36 miesięcy. Wynika to nie tylko z pkt 9 załącznika nr 2 do OPZ („Zestawienie ilości Urządzeń"), ale przede wszystkim z postanowień samego OPZ, w części określającej zasady świadczenia tej usługi (ust. 6). Wskazują one, że dla każdego Urządzenia Mobilnego przewidziano miesięczny pakiet transmisji danych, który może wprawdzie ulec wyczerpaniu, ale jedynie z tym skutkiem, że obniżona zostanie wówczas szybkość transferu (ust. 6 pkt 1 ppkt 6 *in fine* OPZ).

Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia przez Zamawiającego kwestionowanym postanowieniem PU przepisów art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 6b (zarzut III.6.b według systematyki odwołania)

Zarzut nie potwierdził się.

Zdaniem Izby Odwołujący – kwestionując brak możliwości zgłoszenia uwag do zastrzeżeń w zakresie Projektu Technicznego sformułowanych przez Zamawiającego – dążył do niczym nieuzasadnionego wydłużenia tego etapu realizacji zamówienia, co przy – jak wskazano – uzasadnionym oczekiwaniu wykonania zamówienia w surowym reżimie czasowym nie mogło się ostać.

W powyższym zakresie oczekiwaniem Odwołującego było wprowadzenie procedury uzgodnieniowej odnoszącej się do – jak się wydaje – nieuwzględnionych przez wykonawcę zastrzeżeń (vide pkt IV.6.b odwołania), która jednak wobec braku skonkretyzowania (przebieg, terminy) mogłaby postawić pod znakiem zapytania realizację całej inwestycji już w początkowej jej fazie.

Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia przez Zamawiającego kwestionowanym postanowieniem PU przepisów art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 6c (zarzut III.6.c według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na częściowe uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający niezasadnie zastrzegł karę umowną w Rozdziale IX ust. 9.1.1.12 PU, dotyczącą tożsamej wady będącej przedmiotem co najmniej 100 Zgłoszeń Serwisowych (przy czym nie jest wiadome, czy chodzi o zgłoszenia jako takie, czy o zgłoszenia, które zakończyły się naprawą/wymianą sprzętu). Stanowić ona może, w ocenie Izby, podstawę obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności od wykonawcy niezależne. Przykładowo, na mocy komentowanego postanowienia PU wykonawca będzie zobligowany do zapłacenia kary umownej w sytuacji dostarczenia wadliwej partii urządzeń, których – przykładowo – nie jest producentem. Trudno również wyobrazić sobie, że – zważywszy na napięte terminy realizacji zamówienia – wykonawca był w stanie samodzielnie przetestować wszystkie urządzenia przed ich dostarczeniem Zamawiającemu.

W pozostałym zakresie skład orzekający stwierdził, że postawione zarzuty nie potwierdziły się, zaś argumentacja Odwołującego stanowiła w istocie próbę wynegocjowania korzystniejszych dla niego postanowień PU. Nie jest również tak, że prawa i obowiązki stron stosunku obligacyjnego nawiązanego w reżimie zamówień publicznych muszą być ukształtowane paralelnie. Oczywistym jest, że Zamawiający stoi w takich przypadkach na uprzywilejowanej pozycji, tym niemniej owo uprzywilejowanie wynika m.in. z okoliczności,

że przepisy Pzp pozbawiają go możliwości swobodnego wyboru kontrahenta.

Dodatkowo, w odniesieniu do kar umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę skład orzekający stwierdza dopuszczalność takich postanowień, jako wynikających ze szczególnej i usprawiedliwionej okolicznościami sprawy potrzeby zrealizowania zamówienia w określonym, możliwie najkrótszym terminie z uwagi na związane z przedmiotowym zamówieniem zobowiązania Zamawiającego wynikające z kontraktu ze Skarbem Państwa – Sądem Apelacyjnym w Krakowie. Poza tym przepisy K.c. o karze umownej mają charakter dyspozytywny, wobec czego brak jest przeszkód w ukształtowaniu odpowiedzialności dłużnika w sposób odmienny od przewidzianego w przepisie art. 473 § 1 K.c.

W zakresie wysokości kar umownych przewidzianych za opóźnienia w usuwaniu awarii Izba zauważa dodatkowo, że Odwołujący ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, jakoby ich rażąco wygórowany charakter nie budził wątpliwości, podczas gdy – zdaniem składu orzekającego – jest dokładnie odwrotnie, zważywszy w szczególności na

fakt, że Odwołujący nie odniósł ich chociażby do wartości szacunkowej zamówienia, czy przewidywanego wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy. Należy również pamiętać, że ukształtowanie kar umownych na zaskarżonym poziomie nie zamyka Odwołującemu możliwości kwestionowania ich wysokości w konkretnym przypadku ich nałożenia, jeżeli powstanie w tym zakresie spór z Zamawiającym, który będzie podlegać rozstrzygnięciu sądu powszechnego.

Zamawiający – w części dotyczącej kary umownej przewidzianej w Rozdziale IX ust. 9.1.1.12 PU – naruszył przepisy art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, wobec czego odwołanie w tym zakresie uwzględniono, zgodnie z brzmieniem pkt 1.6 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie odwołanie oddalono, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 6f (zarzut III.6.f według systematyki odwołania)

Zarzut nie potwierdził się.

W opinii składu orzekającego oceny postanowień umowy, w szczególności odnoszących się do możliwości jej wypowiedzenia, a więc definitywnego przekreślenia celu, dla którego została zawarta, należy dokonywać przy założeniu racjonalności stron stosunku obligacyjnego. Nie sposób twierdzić zatem, że Zamawiający wykorzysta każdą nadarzającą się sposobność i wypowie umowę obciążając wykonawcę karą umowną, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zawierana w jego następstwie umowa nie mają na celu generowanie u zamawiającego przychodów z uiszczonych przez wykonawcę kar umownych, a zaspokojenie potrzeb zamawiającego, które niejednokrotnie służą zaspokajaniu potrzeb szerszego kręgu podmiotów.

Z uwagi na powyższe Izba nie podzieliła zapatrywań Odwołującego opartych zasadniczo na twierdzeniach o niejednoznaczności i nieprecyzyjności zaskarżonych postanowień Rozdziału XIII PU.

Zwrócono uwagę, że Odwołujący domagał się zasadniczo wykreślenia kwestionowanych choć – wobec o precyzji, postanowień, twierdzenia braku czy jednoznaczności tych postanowień – powinny one co do zasady podlegać modyfikacjom, na które Odwołujący w ogóle nie wskazał. W ocenie Izby zasady wiedzy i doświadczenia życiowego wskazują, że osiągnięcie absolutnej precyzji w kreowaniu postanowień wzoru umowy jest – jeżeli nie niemożliwe – to z pewnością bardzo trudne i wiązać się musi ze znaczną kazuistyką postanowień umownych.

W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego kwestionowanym postanowieniem PU przepisów art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 6h (zarzut III.6.h według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby nadmiernym rygoryzmem jest obligowanie wykonawcy do zwrotu Zamawiającemu bliżej nieokreślonego katalogu dokumentów, połączone z uzależnieniem

wypłaty wynagrodzenia do czasu jego zrealizowania. Wobec braku jakichkolwiek wskazówek dotyczących rodzajów dokumentów podlegających obowiązkowi zwrotu Zamawiający może wykorzystywać zaskarżone postanowienie w celu wywierania nieuzasadnionej presji na wykonawcy.

Powyższy pogląd jest uzasadniony tym bardziej, że – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie – obowiązkiem tym objęte są również nośniki dokumentów (co jest nie bez znaczenia w przypadku elektronicznych wersji dokumentów, do których odnosi się komentowane postanowienie PU), co nie wynika wprost z omawianego postanowienia PU. Dowodzi to, że już chociażby na tym polu może dojść między stronami do sporu, którego źródłem będzie właśnie niejednoznaczna w tym zakresie treść PU.

Niezrozumiały w kontekście treści zarzutu jest argument zawarty w odpowiedzi na odwołania, zgodnie z którym upływ czasu powoduje niekontrolowane rozprzestrzenianie się dokumentów, skoro wykonawca zawierając umowę przyjmuje na siebie zobowiązanie do zachowania poufności na zasadach określonych w załączniku nr 8 do Umowy, do których odsyła postanowienie Rozdziału 11 PU. Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut odnosił się nie tyle do kwestii braku możliwości ustalenia gdzie (u kogo) znajdują się dokumenty, które powinny zostać zwrócone, ale do problematyki ustalenia jakie dokumenty powinny zostać zwrócone.

Nie wydaje się również zasadne twierdzenie Zamawiającego, aby brak zwrotu każdego dokumentu (mniej lub bardziej związanego z realizacją umowy) zawsze powodował narażenie go na szkodę znacznej wysokości. Z pewnością istnieje taka kategoria dokumentów, których niezwrócenie skutek taki może rodzić (np. dokumentów zawierających dane wrażliwe), tym niemniej Zamawiający nie wykazał, że dotyczy to wszystkich bliżej nieokreślonych dokumentów.

Zakwestionować również należało uprawnienie do powstrzymania się przez Zamawiającego z zapłatą na rzecz wykonawcy jakiejkolwiek części należnego wykonawcy

wynagrodzenia. Nie ulega wątpliwości, że może on oczekiwać zapłaty za tą część świadczenia, która wykonana została przez niego należycie. W konsekwencji konieczne jest również określenie przez Zamawiającego górnej granicy wynagrodzenia (np. procentowo, w stosunku do wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy), z zapłatą którego będzie mógł się powstrzymać do czasu zrealizowania przez wykonawcę obowiązku dostarczenia oznaczonych dokumentów.

Uznając zarzut naruszenia art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp za zasadny skład orzekający uznał, że konieczna jest zmiana zaskarżonego postanowienia PU. Nie uwzględniono przy tym wprost żądania Odwołującego uznając, że powstrzymanie się z zapłatą wynagrodzenia stanowi w istocie jedyny realny instrument mobilizujący wykonawcę do zrealizowania omówionego zobowiązania.

Uznano natomiast za zasadne zobowiązanie Zamawiającego do wskazania zamkniętego katalogu dokumentów, których niezwrócenie uprawnia Zamawiającego do powstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia, o czym orzeczono w pkt 1.7 sentencji wyroku.

Zarzut nr 7a (zarzut III.7.a według systematyki odwołania)

Zarzut potwierdził się.

Zdaniem składu orzekającego postanowienie ust. 1.15 załącznika nr 6 do Umowy stawia pod znakiem zapytania celowość wprowadzania postanowień dotyczących możliwości dokonania powtórnego Zgłoszenia Serwisowego (ust. 1.19.2 załącznika nr 6 do Umowy).

Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że zawarte w komentowanym postanowieniu GZS stwierdzenie sugerujące jednak możliwość wyznaczenia dodatkowego terminu stoi w sprzeczności z wprowadzoną w ust. 19.1.2 GZS zasadą, zgodnie z którą dokonanie ponownego Zgłoszenia Serwisowego nie uzasadnia prolongaty terminu na realizację świadczeń gwarancyjnych.

W omawianym zakresie trzeba mieć na uwadze, że w razie skorzystania przez Zamawiającego z omawianego uprawnienia wykonawca traci kontrolę nad sposobem usunięcia Wady (Awarii), będąc nadal zobowiązany do udzielania urządzeniom (świadczonym usługom) ochrony gwarancyjnej i nie ma wpływu na wysokość kosztów związanych z usunięciem Wady/Awarii, będąc jednocześnie zobowiązany do ich poniesienia. W konsekwencji powyższych ustaleń stwierdzono, że możliwość skorzystania przez

Zamawiającego w każdym przypadku z wykonania zastępczego lub samodzielnej likwidacji wady/awarii, powoduje jego nadmierne uprzywilejowanie.

76

Izba nie znalazła jednak podstaw do uwzględnienia żądania usunięcia zakwestionowanego postanowienia załącznika do Umowy stwierdzając, że Zamawiającemu powinno, co do zasady, przysługiwać uprawnienie do samodzielnego usunięcia Wady/Awarii lub do zlecenia tych czynności podmiotowi trzeciemu w sytuacji, w której wykonawca nie potrafi poradzić sobie z danym problemem.

Mając jednocześnie na uwadze, że wykonawca powinien mieć możliwość naprawienia nieprawidłowości związanych z nieusunięciem Wady/Awarii, czemu służy właśnie możliwość ponowienia Zgłoszenia Serwisowego, skład orzekający uznał, że przedmiotowe uprawnienie będzie przysługiwało Zamawiającemu po bezskutecznym przeprowadzeniu z wykonawcą procedury powtórnego zgłoszenia, o czym orzeczono w pkt 1.8 sentencji wyroku.

Zarzut nr 7b (zarzut III.7.b według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Izba uznała, że Odwołujący nie miał wprawdzie racji domagając się rezygnacji z uprawnienia Zamawiającego do potwierdzania realizacji Zgłoszenia Serwisowego (w ten sposób wykonawca może dowiedzieć się m.in. czy naprawa Wady/Awarii przyniosła pożądane skutki), tym niemniej Zamawiający niezasadnie przyznał sobie na to aż dwa dni robocze bez względu chociażby na rodzaj Awarii objętej zgłoszeniem. Powoduje to znaczne dysproporcje pomiędzy czasem, w którym wykonawca zobowiązany do usunięcia wady/awarii (liczonym przeważnie w godzinach), a czasem przeznaczonym dla Zamawiającego na sprawdzenie efektów działań wykonawcy. To zaś, w połączeniu z relatywnie krótkimi terminami przewidzianymi na załatwianie Zgłoszeń Serwisowych i brakiem zawieszenia biegu terminu na ich załatwienie w czasie przeznaczonym dla Zamawiającego na potwierdzenie realizacji danego zgłoszenia stwarza po jego Zamawiającego niczym nieuzasadnione uprzywilejowanie.

W konsekwencji, Izba – stwierdzając naruszenie w tym zakresie przepisów wskazanych w pkt III.7.b *petitum* odwołania – uwzględniła odwołanie w omówionym zakresie i nakazała Zamawiającemu dokonania modyfikacji opisanej w pkt 1.9 sentencji orzeczenia.

Zarzut nr 7c (zarzut III.7.c według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że oczekiwanie, aby wykonawca dokonał powtórnej naprawy urządzenia, przy zachowaniu terminu jej realizacji liczonego od daty pierwotnego zgłoszenia nie jest uzasadnione. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca usuwa Awarię (naprawia/wymienia urządzenie) w ostatnim

77

przewidzianym do tego dniu (godzinie), będąc przekonany o prawidłowym załatwieniu zgłoszenia. W sytuacji, w której stwierdzone zostanie nieusunięcie wady/awarii wykonawcy nie pozostanie w istocie ani chwili na realizację obowiązku załatwienia zgłoszenia, co stanowi *de facto* zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

Powyższe zapatrywanie uzasadnione jest tym bardziej, że terminy usuwania Wad/Awarii są relatywnie krótkie, a nadto konstrukcja postanowień GZS nasuwa wniosek, że termin wykonania omawianych obowiązków nie ulega zawieszeniu w czasie dla na załatwienia danego przeznaczonym Zamawiającego potwierdzenie Zgłoszenia Serwisowego stanowiące podstawę do jego zamknięcia.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp nakazując mu dokonanie zmiany opisanej w pkt 1.10 sentencji orzeczenia.

Zarzut nr 7d (zarzut III.7.d według systematyki odwołania)

Zarzut nie potwierdził się.

Podzielając w tym miejscu argumentację przedstawioną w rozstrzygnięciu dotyczącym zarzutu nr 2f skład orzekający wskazuje dodatkowo, że oczekiwanie Odwołującego jest nieuzasadnione także z tego względu, że – jak słusznie zauważył Zamawiający – na rynku dostępne są urządzenia mobilne o różnych pojemnościach baterii.

Trzeba mieć zatem na względzie, że zróżnicowana będzie również szybkość ich zużycia, która nie będzie zależna wyłącznie od sposobu użytkowania urządzeń. *Ergo,* wprowadzenie do załącznika nr 6 do Umowy ograniczenia, że w ciągu pozostałego 24-miesięcznego okresu gwarancji wykonawca dokona nie więcej niż dwóch wymian ogniwa/urządzenia spowodować może, że Zamawiający pozbawiony zostanie oczekiwanej funkcjonalności (czasu pracy baterii), jeżeli wspomniane 2 wymiany nie będą pokrywać czasu pozostałego do zakończenia okresu gwarancji.

Mając na uwadze powyższe oczekiwanie, aby w Formularzu rzeczowo-cenowym zamieszczono dodatkową kolumnę obejmująca wycenę baterii lub urządzeń, zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, nie doprowadziłoby do uzyskania stanu porównywalności ofert, który gwarantuje obecne brzmienie SIWZ.

W konsekwencji uznano, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, co skutkować musiało oddaleniem odwołania w tym zakresie, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 7e (zarzut III.7.e według systematyki odwołania)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Jakkolwiek Zamawiający oświadczył na rozprawie, że realizacja Usługi Transmisji Danych wewnątrz budynków opierać może się również o sieć bezprzewodową, co mogłoby świadczyć w istocie o przyznaniu, że postawiony w GZS wymóg jest nadmiernym obostrzeniem, tym niemniej postanowienie ust. 2.4 GZS taką możliwość już przewiduje. Z kolei domaganie się przez Odwołującego dookreślenia na której ze stron umowy spoczywa ciężar zorganizowania infrastruktury umożliwiającej świadczenie usługi w alternatywny sposób ocenione zostało jako niezasadne o tyle, że Zamawiający infrastrukturę taką posiada i – zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie – udostępni ją wykonawcy. Nie ma zatem potrzeby ingerowania w tym zakresie w treść GZS, ponieważ obowiązek Zamawiającego wynika z jednej z podstawowych zasad prawa obligacyjnego – współdziałaniu stron w wykonaniu zobowiązania.

Wobec powyższego Izba orzekła, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 7f (zarzut III.7.f według systematyki odwołania)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia żądań Odwołującego dotyczących obniżenia standardów czasów reakcji i napraw poszczególnych rodzajów Wad/Awarii. Niewątpliwie zestawienie okoliczności, na które powoływał się Odwołujący w uzasadnieniu odwołania (dysproporcje pomiędzy czasami przewidzianymi dla wykonawcy i Zamawiającego, kary umowne) uzasadniają wniosek, że czasy reakcji i napraw są napięte, co jednak nie oznacza, że można je uznać za sprzeczne z prawem. W ocenie składu orzekającego Odwołujący – poza powoływaniem się na zbieg niekorzystnych dla niego okoliczności, o którym mowa powyżej – nie przedstawił argumentów uzasadniających twierdzenie, że dotrzymywanie tych terminów jest obiektywnie niemożliwe, np. z uwagi na czas oczekiwania na części zamienne, czy czas trwania procesów diagnostycznych, których wykonanie jest niezbędne do realizacji omawianych obowiązków wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, o czym orzekła w pkt 2 sentencji wyroku.

Zarzut nr 7g (zarzut III.7.g według systematyki odwołania)

Zarzut nie potwierdził się.

Dla oceny omawianego zarzutu znaczenie miało postanowienie ust. 1.21 załącznika nr 6 do Umowy, zgodnie z którym w przypadku uzasadnionego stwierdzenia, iż zgłoszona Wada lub Awaria nie jest objęta udzieloną gwarancją (na podstawie ust. 5 tego załącznika, na który to powoływał się Odwołujący) wykonawca poinformuje o tym Zamawiającego wraz

z uzasadnieniem swojego stanowiska oraz wskazaniem kosztów Naprawy pozagwarancyjnej danej Wady lub Awarii. Z powyższego wynika, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wiadomym jest, że wynagrodzenie przewidziane w Umowie nie obejmuje kosztów usunięcia Wad/Awarii opisanych w ust. 5 GZS, bowiem wówczas informowanie Zamawiającego

o kosztach podjęcia tych czynności pozbawione byłoby sensu.

Reasumując, Izba nie stwierdziła dopuszczenia się przez Zamawiającego zarzucanych mu przez Odwołującego naruszeń, wobec czego odwołanie w tym zakresie należało oddalić (pkt 2 sentencji wyroku).

Zarzut nr 8 (zarzut III.8 według systematyki odwołania)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Odmiennie niż to miało miejsce w odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił Izbie argumentów uzasadniających stwierdzenie, że 10-dniowy termin na wykonanie testów akceptacyjnych nie jest zbyt długi. Nie można uznać za wystarczające enigmatycznego odwołania się do przebiegu procedury odbiorowej i mającego z niej wynikać „szeregu czasochłonnych czynności". Lektura załącznika nr 13 do PU prowadzi do wniosku, że stroną obciążoną licznymi czasochłonnymi obowiązkami jest w istocie wykonawca, na którym spoczywa chociażby powinność przygotowania urządzeń, w tym dokumentacji do nich (ust. 2 *in principio),* czy właściwego oznaczenia urządzeń (ust. 3).

Zamawiającego z kolei – poza możliwością (nie zaś obowiązkiem) przeprowadzenia własnych testów akceptacyjnych – obciąża zasadniczo konieczność sprawdzenia stanu ilościowego urządzeń, co należy wywodzić z ust. 2 *in fine.* Biorąc jednak pod uwagę, że wspomniane dziesiątki, czy też setki urządzeń nie trafią w jedno miejsce, a do różnych użytkowników i lokalizacji (vide ust. 1) wątpliwe jest, aby Zamawiający potrzebował aż 10 Dni Roboczych (które liczone są do terminu realizacji zamówienia), co uzasadnia skrócenie mu zakwestionowanego terminu o połowę.

Uznając, że zaskarżone postanowienie narusza art. 353^1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany pkt 4 załącznika nr 13 do Umowy zgodnie z brzmienie pkt 1.11 sentencji orzeczenia.

Sygn. akt: KIO 341/16

Skład orzekający uznał, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami. Na podstawie powołanych dokumentów, biorąc również pod uwagę stanowiska stron, skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny nie był sporny. Osią sporu – podobnie jak w sprawie o sygn. akt: KIO 340/16 – była natomiast ocena zaskarżonych postanowień SIWZ i załączników do niej w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego opierała się na błędnym wniosku, jakoby postanowienie Rozdziału 12 ust. 12.1.11 PU obligowało wykonawcę do wyrażenia zgody na dokonanie odpowiednich zmian umowy, do których postanowienie owo odsyła, przy czym chodzi tu o okoliczności wskazane w ust. od 12.1.2.1 do 12.1.2.4, nie zaś – jak błędnie odczytywał to Odwołujący – w ust. od 12.1.2 do 12.1.4 PU. W istocie zaskarżone postanowienie PU obliguje wykonawcę jedynie do wskazania na piśmie szczególnie istotnego powodu odmowy wyrażenia zgody na taką zmianę. Jakkolwiek zakładać należy, że ocena wspomnianej „szczególnej istotności" powodu wskazanego przez wykonawcę należeć będzie do Zamawiającego, tym niemniej nie sposób twierdzić, że na podstawie wspomnianej generalnej klauzuli Zamawiający będzie miał możliwość zmuszenia wykonawcy do zawarcia z nim aneksu do umowy w sytuacji uznania, że powód szczególnie istotny nie jest. Podkreślenia wymaga, że komentowane postanowienie nie przeczy istocie zmiany stosunków umownych i nie wprowadza żadnych jednostronnych klauzul zmieniających treść umowy, ponieważ w dalszym ciągu do dokonania takiej zmiany niezbędne będzie osiągnięcie konsensusu przez strony kontraktu. Wykonawca, niezależnie od kwestii weryfikacji istotności podanego przez niego powodu, ma w dalszym ciągu zapewnioną możliwość odmówienia aneksu do umowy.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut, o czym orzekła w pkt 3 sentencji orzeczenia.

Reasumując całokształt przedstawionych powyżej wywodów Izba, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 Pzp, orzekła, jak w pkt 1-3 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 4 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz – w zakresie uwzględnionego odwołania – w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b, natomiast w zakresie oddalonego odwołania – w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: ……