

Sygn. akt: KIO 2149/13

Sygn. akt: KIO 2152/13

Sygn. akt: KIO 2157/13

Sygn. akt: KIO 2161/13

WYROK

z dnia 7 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Sylwester Kuchnio**
Emil Kawa
Marek Koleśnikow

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 1 i 2 października 2013 r. w Warszawie odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2012 r. przez:

- A. EBS Sp. z o.o. w Warszawie (KIO 2149/13),
- B. SMT Software Sp. z o.o. S.K.A. we Wrocławiu (KIO 2152/13),
- C. 3M Poland Sp. z o.o. w Nadarzynie (KIO 2157/13),
- D. MC2 S.A. w Warszawie (KIO 2161/13)

– w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie,

przy udziale:

1. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13 po stronie odwołującego,
2. 3M Poland Sp. z o.o. w Nadarzynie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2161/13 po stronie odwołującego,

3. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe "KONCEPT" Sp. z o.o. w Krakowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13 po stronie odwołującego,
4. Comarch Polska S.A. w Krakowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2161/13 po stronie odwołującego oraz KIO 2157/13 po stronie zamawiającego,
5. MC2 S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 po stronie odwołującego,
6. Polkomtel Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13 po stronie odwołującego,
7. WASKO S.A. w Gliwicach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2157/13 po stronie odwołującego,
8. COMP S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2157/13 po stronie zamawiającego oraz KIO 2161/13 po stronie odwołującego,
9. SMT Software Sp. z o.o., S.K. A we Wrocławiu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2157/13 po stronie odwołującego,
10. EBS Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2157/13, KIO 2161/13 po stronie odwołującego,

orzeka:

A. sygn. akt KIO 2149/13

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa - Ministerstwu Sprawiedliwości w Warszawie dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego przez:
 - wykreślenie w załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia, w rozdz. I, punktu 3.2.13,
 - wykreślenie w załączniku nr 1 do SIWZ - Wzór umowy, w § 5 ust. 1 pkt. 3 frazy: „w terminie nie dłuższym niż 30 dni”,
 - podanie w treści SIWZ warunków przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy,

- wykreślenie w załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia, w rozdz. I, w pkt 3.2.12 frazy: „nie może wpływać na prawidłowe funkcjonowanie medycznych urządzeń elektronicznych wczepionych lub noszonych przez osobę objętą systemem i”
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EBS Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie na rzecz EBS Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

B. sygn. akt KIO 2152/13

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa - Ministerstwu Sprawiedliwości w Warszawie dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego przez:
- wykreślenie w załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia, w rozdz. I, punktu 3.2.13,
 - wykreślenie w załączniku nr 1 do SIWZ - Wzór umowy, w § 5 ust. 1 pkt. 3 frazy: „w terminie nie dłuższym niż 30 dni”,
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SMT Software Sp. z o.o., S.K. A we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie na rzecz SMT Software Sp. z o.o., S.K. A we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

C. sygn. akt KIO 2157/13

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża 3M Poland Sp. z o.o. w Nadarzynie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 3M Poland Sp. z o.o. w Nadarzynie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od 3M Poland Sp. z o.o. w Nadarzynie na rzecz Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie kwotę 2 250 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

D. sygn. akt KIO 2161/13

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa - Ministerstwu Sprawiedliwości w Warszawie dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego przez:
 - wykreślenie w załączniku nr 1 do SIWZ – Wzór umowy, w § 2 ust. 9, zdania drugiego,
 - wykreślenie w załączniku nr 1 do SIWZ - Wzór umowy, w § 5 ust. 1 pkt. 3 frazy: „w terminie nie dłuższym niż 30 dni”,
 - wskazanie w załączniku nr 1 do SIWZ - Wzór umowy, w § 13 ust. 2 i 3, terminów na skorzystanie z umownego prawa odstąpienia;
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MC2 S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie na rzecz MC2 S.A. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2149/13

Sygn. akt: KIO 2152/13

Sygn. akt: KIO 2157/13

Sygn. akt: KIO 2161/13

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 28.08.2013 r. w Dz.U. UE pod numerem 2013/S 288765-2013. W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „SIWZ” lub „specyfikacja”).

Sygn. akt: KIO 2149/13

W dniu 06.09.2012 r. EBS Sp. z o.o. w Warszawie, wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu (zarzuty referowane w zakresie podtrzymanym przez odwołującego):

„[...]”

2.

naruszenie art. 29 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez:

[...]

c. określenie w pkt. 3.1.4. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, I. Wymagania ogólne dla systemu dozoru elektronicznego (SDE), że „Wykonawca musi posiadać niezbędne certyfikaty i licencje na użytkowanie w systemie urządzeń monitorujących dostępne do wglądu przez Zamawiającego”, bez wskazania konkretnych certyfikatów i licencji,

[...]

g. określenie w pkt. 3.2.13. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, I. Wymagania ogólne dla systemu dozoru elektronicznego (SDE), że „sygnał radiowy nadajnika nie może aktywować bramek kontrolnych w sklepach (supermarketach)”, bez podania parametrów odniesienia, a w szczególność odpowiednich norm,

h. określenie w § 5 ust. 1 pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór Umowy, iż Wykonawca zobowiązuje się do „wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na piśmie wniosek Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej w ujęciu rocznym 1 200 roboczogodzin przez cały okres obowiązywania Umowy, mających na celu modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności, w terminie nie dłuższym niż 30 dni. W przypadku wprowadzania poprawek wynikających ze zmiany przepisów prawa ograniczenie dotyczące roboczogodzin nie obowiązuje.”

i. nieokreślenie w treści załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, ani treści załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór Umowy procedury i warunków przejęcia wykonywania dozoru od obecnego wykonawcy,

[...]

l. określenie w pkt. 3.2.12 załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, że „Sygnał radiowy nadajnika nie może wpływać na prawidłowe funkcjonowanie medycznych urządzeń elektronicznych wczepionych lub noszonych przez osobę objętą systemem i musi być bezpieczny dla kobiet w ciąży” bez podania parametrów odniesienia, a w szczególność odpowiednich norm,

[...]

- o. określenie w treści pkt. 3.3.4. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, praktycznie niemożliwego do zagwarantowania funkcjonalności, że komunikat o słabej baterii urządzenia musi być wysłany do centrali monitorowania nie później niż na 24 godziny przed całkowitym wyładowaniem się baterii urządzenia,
- p. określenie w treści pkt. 3.2.5. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, niezrozumiałego i zbędnego wymagania, że noszenie nadajnika nie może ograniczać nurkowania do głębokości 5 m,
- q. wymaganie w pkt. 3.2.11. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia spełnienia przez nadajnik wszystkich europejskich i polskich przepisów odnoszących się do przenośnych transmisyjnych urządzeń elektronicznych noszonych przy ciele oraz wymagania posiadania niezbędnych certyfikatów w tym zakresie dostępnych do wglądu przez Zamawiającego, bez określenia konkretnych przepisów i norm oraz certyfikatów,
- r. wymaganie w pkt. 3.2.17. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, aby stacjonarne urządzenie monitorujące przechowywało informacje zebrane co najmniej z 72 godzin, które w praktyce nie możliwe do zagwarantowania w każdych warunkach.

3. naruszenie art. 353¹ oraz art. 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp poprzez:
[...]

c. określenie w § 5 ust. 1 pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór Umowy, iż Wykonawca zobowiązuje się do „wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej w ujęciu rocznym 1 200 roboczogodzin przez cały okres obowiązywania Umowy, mających na celu modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności, w terminie nie dłuższym niż 30 dni. W przypadku wprowadzania poprawek wynikających ze zmiany przepisów prawa ograniczenie dotyczące roboczogodzin nie obowiązuje.”
[...]

W związku z powyższym odwołujący zażądał dokonania przez zmian w treści SIWZ w zakresie szczegółowo opisanym w uzasadnieniu odwołania.

Natomiast w uzasadnieniu odwołania wskazano:

„[...]”

Zarzut 2.c.

W treści pkt. 3.1.4. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, I. Wymagania

ogólne dla systemu dozoru elektronicznego (SDE) Zamawiający stwierdził, że „Wykonawca musi posiadać niezbędne certyfikaty i licencje na użytkowanie w systemie urządzeń monitorujących dostępne do wglądu przez Zamawiającego”, nie wskazując jakich konkretnie certyfikatów i licencji będzie wymagał.

Brak takich informacji powoduje, iż Wykonawca mimo dołożenia należytej staranności nie będzie miał pewności czy dokumenty jakimi dysponuje będą odpowiadały wymaganiom zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący żąda zmiany treści SIWZ poprzez precyzyjne wskazanie certyfikatów i licencji jaki posiadania będzie wymagał od wykonawców.

[...]”

Zarzut 2.g.

W pkt. 3.2.13. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, I. Wymagania ogólne dla systemu dozoru elektronicznego (SDE), że „sygnał radiowy nadajnika nie może aktywować bramek kontrolnych w sklepach (supermarketach)”.

Wobec tak określonego wymagania stwierdzić należy, iż przetestowanie urządzenia pod względem aktywowania przez jego sygnał radiowy bramek kontrolnych w sklepach jest w praktyce niemożliwe. Spowodowane jest to bardzo dużą różnorodnością i jakością takich bramek podobnie jak w przypadku urządzeń agd i rtv.

Wobec powyższego Odwołujący żąda zmiany treści SIWZ poprzez wskazanie kryteriów bądź konkretnych norm, których spełnienia oczekuje w tym zakresie Zamawiający, bądź rezygnację z tego wymagania.

Zarzut 2.h.

W treści § 5 ust. 1 pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór Umowy, zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do „wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej w ujęciu rocznym 1 200 roboczogodzin przez

cały okres obowiązywania Umowy, mających na celu modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności, w terminie nie dłuższym niż 30 dni. W przypadku wprowadzania poprawek wynikających ze zmiany przepisów prawa ograniczenie dotyczące roboczogodzin nie obowiązuje."

Taki zapis powoduje wątpliwości co do faktycznej liczby roboczogodzin, jakie będą wymagane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie modyfikacji systemu SDE. Z treści postanowień umowy wnioskować należy, iż całkowita liczba roboczogodzin w całym okresie realizacji umowy wyniesienie nie więcej niż 4 800, przy czym roczny limit nie może przekroczyć 1200 roboczogodzin.

Ze względu na sformułowanie zawarte w zdaniu drugim powstaje wątpliwość do tego w jaki sposób należy interpretować te postanowienie np. w sytuacji wykorzystania w okresie pierwszych trzech lat realizacji umowy roboczogodzin w liczbie 3 600, a w ostatnim roku jej obowiązywania zaistnieje konieczność wprowadzania poprawek wynikających ze zmiany przepisów prawa? Wobec takiego sformułowania § 5 ust. 1 pkt. 1 może pojawić się interpretacja prowadząca do wniosku, że limit 1200 roboczogodzin nie obowiązuje, a tym samym wykonawca powinien wykonywać czynności przez nieoznaczoną liczbę roboczogodzin.

Ponadto zobowiązanie do wykonania dowolnych modyfikacji w ciągu 30 dni jest niemożliwe do spełnienia. Jedynie znając dokładnie co należy modyfikować można określić czas wykonania. W szczególności może być zlecona zmiana wykorzystująca pełne 1200 roboczogodzin co stanowi 150dni i znacznie przekracza czas określony we wzorze Umowy.

Wobec powyższego Odwołujący żąda dokonania zmiany treści SIWZ w tym zakresie poprzez wprowadzenie zapisów, iż całkowita liczba roboczogodzin pracochłonności na dowolne modyfikacje w czasie trwania umowy nie może przekroczyć 1200 roboczogodzin rocznie, iż każda zlecona modyfikacja systemu będzie wykonywana po uzgodnieniu terminu z Wykonawcą..

Zarzut 2i

Zamawiający wymaga rozpoczęcia przez wykonawcę eksploatacji SDE począwszy od dnia 1 września 2014 r. Zauważyć jednak należy, iż w tej dacie Zamawiający będzie miał kilka tysięcy osób odbywających karę w systemie dozoru elektronicznego z obecnie wykorzystywanymi urządzeniami elektronicznymi. Wykonanie

przeniesienia wszystkich zasobów oraz dokonanie wymiany wszystkich służących bezpośrednio do monitorowania urządzeń jest niemożliwe do wykonania w ciągu jednego dnia jest niemożliwe.

Wobec powyższego Odwołujący żąda uzupełnienia treści SIWZ o określenie szczegółowych warunków, zasad i możliwych do dotrzymania terminów w jakich dotychczasowy wykonawca będzie przekazywał Zamawiającemu urządzenia i system oraz szczegółowych warunków, zasad i możliwych do dotrzymania terminów dla podmiotu którego oferta zostanie wybrana w przedmiotowym postępowaniu oraz niezbędnych zasobów umożliwiających rozpoczęcie świadczenia usługi.

[...]

Zarzut 2l

W treści pkt. 3.2.12 załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający

określił, że „Sygnał radiowy nadajnika nie może wpływać na prawidłowe funkcjonowanie medycznych urządzeń elektronicznych wczepionych lub noszonych przez osobę objętą systemem i musi być bezpieczny dla kobiet w ciąży” bez podania parametrów odniesienia, a w szczególność odpowiednich norm.

Podobnie ja w przypadku urządzeń agd i rtv, jak również bramek w sklepach, istnieje duża różnorodność możliwych medycznych urządzeń elektronicznych wczepionych lub noszonych przez osoby objęte systemem. Zamawiający nie udostępnił Wykonawcy jakichkolwiek szczegółowych informacji dotyczących takich urządzeń, zatem określenie wymagania bez podania parametrów odniesienia bądź wskazania jakichkolwiek norm powoduje, że wykonawca nie będzie miał pewności czy zaoferowane przez niego urządzenie spełni wymaganie określone przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący żąda zmiany treści SIWZ poprzez wskazanie konkretnych

norm, których spełnienia oczekuje w tym zakresie Zamawiający.

[...]

Zarzut 2.o.

W treści pkt. 3.3.4. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił, że komunikat o słabej baterii urządzenia musi być wysłany do

centrali monitorowania nie później niż na 24 godziny przed całkowitym wyładowaniem się baterii urządzenia.

Analogicznie do argumentacji dotyczącej zarzutu 2.n. nie jest możliwe zagwarantowanie, że po wysłaniu takiego komunikatu będzie działało jeszcze przez co najmniej 24 godziny. Nie ma natomiast przeszkód, aby komunikat o słabym stanie akumulatora został wysłany np. przy poziomie 50% rozładowania.

Wobec powyższego Odwołujący żąda dokonania zmiany treści pkt. 3.3.4. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia: „Komunikat o słabym stanie akumulatora urządzenia musi być wysłany do centrali monitorowania nie później niż w momencie osiągnięcia 50% pojemności”.

Zarzut 2.p.

Z treści pkt. 3.2.5. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia wynika iż noszenie nadajnika nie może ograniczać nurkowania do głębokości 5 m.

W tym miejscu podkreślić należy, iż komunikacja GSM poniżej głębokości 1 m może być zakłócona i nie można zagwarantować prawidłowej pracy urządzenia. Zanurzanie urządzeń do głębokości 5m jest związane z dużo bardziej restrykcyjnymi normami, głównie dotyczącymi specjalistycznych urządzeń związanych z nurkowaniem. Zapis wprowadzony do tego postępowania jest nieuzasadniony i może faworyzować konkretnego producenta urządzeń.

Wobec powyższego Odwołujący żąda dokonania zmiany treści pkt. 3.3.4. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia poprzez usunięcie zapisów dotyczących nurkowania z urządzeniem do głębokości 5m.

Zarzut 2.q.

W pkt. 3.2.11. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymaga spełnienia przez nadajnik wszystkich europejskich i polskich przepisów odnoszące się do przenośnych transmisyjnych urządzeń elektronicznych noszonych przy ciele oraz wymaga posiadania niezbędnych certyfikatów w tym zakresie dostępnych do wglądu przez Zamawiającego.

Zwrócić należy uwagę na fakt, iż z takie sformułowanie nie wskazuje jasno jakiego rodzaju i poziomu akty normatywne bądź normy Zamawiający miał na myśli.

Podkreślić należy, iż zdarza się, że regulacji poszczególnych krajów w europie znacząco się od siebie różnią co powoduje dodatkową niepewność.

Wobec powyższego Odwołujący żąda określenia przez Zamawiającego jakie konkretnie przepisy europejskie i polskie musi spełniać nadajnik oraz precyzyjnego wskazania certyfikatów i norm jakie mają być spełnione.

Zarzut 2.r.

W pkt. 3.2.17. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił, że stacjonarne urządzenie monitorujące musi przechowywać informacje zebrane co najmniej z 72 godzin.

W tym miejscu stwierdzić należy, iż możliwość przechowywania danych w urządzeniu uzależniona jest od rozmiaru pamięci jaką dysponuje urządzenie. Jeżeli w danym przedziale czasu (np. 72 godzin) wystąpi większa liczba zdarzeń niż możliwa do przechowywania w pamięci urządzenia, a tym samym cała pamięć urządzenia zostanie zapełniona w czasie krótszym niż 72 godziny, to nie będzie możliwe przechowywanie większej ilości informacji. W takiej sytuacji Zamawiający powinien określić maksymalną liczbę urządzeń możliwych do wystąpienie w danym przedziale czasu i na tej podstawie sformułować konkretne wymaganie.

Wobec powyższego Odwołujący żąda dokonania zmiany przez Zamawiającego zmiany w treści pkt. 3.2.17. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia przez określenie ilości zdarzeń jaka ma być przechowywana w pamięci urządzenia.

[...]

Zarzut 3.c.

W treści § 5 ust. 1 pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór Umowy, zamawiający zobowiązuje

Wykonawcę do „wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek

Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej w ujęciu rocznym 1 200 roboczogodzin przez cały okres obowiązywania Umowy, mających na celu modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności, w terminie nie dłuższym niż 30 dni. W przypadku

wprowadzania poprawek wynikających ze zmiany przepisów prawa ograniczenie dotyczące roboczo godzin nie obowiązuje."

Treść tego zapisu wskazuje, iż każda modyfikacja systemu musi być wykonana w terminie nie dłuższym niż 30 dni bez względu na charakter, zakres, złożoność czy pracochłonność jakiej wymaga.

W ocenie Odwołującego termin do wykonania modyfikacji systemu powinien być każdorazowo uzgadniany z wykonawcą z uwzględnieniem charakteru, zakresu, złożoności i pracochłonności jaka jest wymagana dla wykonania modyfikacji.

Wobec powyższego Odwołujący żąda dokonania zmiany treści SIWZ w tym zakresie poprzez zastąpienie w treści § 5 ust. 1 pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór Umowy określenia: „nie dłuższym niż 30 dni” określeniem: „uzgodnionym z Wykonawcą”.

[...]"

KIO 2152/13

W dniu 06.09.2012 r. SMT Software Sp. z o.o. S.K.A. we Wrocławiu, wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 9 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 36 ust. 1 Ustawy, art. 139 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 140 Ustawy, art. 144 Ustawy oraz art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 387 ust. 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji ogłoszenia oraz specyfikacji w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono (referowane w zakresie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego):

„[...]”

II. Brak wymagania wskazania w ofercie listy oferowanego sprzętu i oprogramowania, w związku z Rozdziałem III SIWZ, pkt 6, pkt 8 - zapisy o równoważności produktu.

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę przez Wykonawcę sprzętu i oprogramowania. Wskazują na to chociażby poniższe zapisy SIWZ:

Pkt 4.7., str. 12 OPZ: Wszystkie dostarczone urządzenia służące do monitorowania muszą być fabrycznie nowe i wyprodukowane nie wcześniej niż rok przed rozpoczęciem usługi

Pkt 5.9., str. 15 OPZ: Wykonawca dostarczy, zainstaluje i skonfiguruje oprogramowanie niezbędne dla administratorów centrali monitorowania w celu udzielania pomocy zdalnej na komputerach dostarczonych przez Zamawiającego.

Pkt 2.4., str. 50 OPZ: W ramach umowy (zamówienia) Wykonawca dostarczy: infrastrukturę techniczno-systemową (sprzęt i oprogramowanie) o funkcjonalności, wydajności i niezawodności wymaganej do prawidłowej, bezpiecznej i niezawodnej eksploatacji systemu informatycznego SDE, oprogramowanie spełniające wymagania funkcjonalne dla platformy integracyjnej oraz wszystkie wymagane bezterminowe licencje

Pkt 3.3.1.2., str. 54 OPZ, Pozostałe oprogramowanie niezbędne w czasie testowania dostarczy Wykonawca.

Pkt 3.3.4, str. 54 OPZ Wykonawca zainstaluje wszystkie potrzebne produkty i dostarczy wszystkie licencje umożliwiające wdrożenie i użytkowanie oprogramowania Na fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje także dostawy sprzętu i oprogramowania wskazują kody CPV użyte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówieni w Rozdziale III SIWZ-tj. na stronie 4 kody CPV dla urządzeń komputerowych oraz dla pakietów oprogramowania i systemów informatycznych.

Tymczasem Zamawiający nie przewiduje, aby w ofercie wykonawcy określili, jaki właściwie sprzęt i oprogramowanie dostarczają. Formularz oferty, którego wzór został zawarty w Załączniku nr 6 do SIWZ, obejmuje tylko cenę oraz oświadczenia wykonawcy. Także żaden inny zapis SIWZ czy ogłoszenia nie wymaga od wykonawcy, aby dołączył do oferty listę dostarczanego sprzętu oraz oprogramowania. Zdaniem Odwołującego jest to poważny błąd SIWZ, który następnie uniemożliwi Zamawiającemu weryfikację zgodności oferty z SIWZ, zaś na etapie realizacji zamówienia - uniemożliwi sprawdzenie, czy Wykonawca dostarczył sprzęt i oprogramowanie, które oferował w ofercie.

Tym samym Zamawiający jako ofertę najkorzystniejszą zawsze wybierze ofertę z najniższą ceną, niezależnie od tego, jaki sprzęt i oprogramowanie zaoferuje dany wykonawca. Doprowadzić to może do sytuacji, gdy jako oferta najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy - zaś Zamawiający nie będzie mógł jej odrzucić, gdyż nie będzie miał podstawy do weryfikacji.

Zawarcie umowy z takim wykonawcą zdaniem Odwołującego stanowiłoby czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - a mianowicie taki brak SIWZ jest naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, gdyż miał on wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego brak w SIWZ wymagania wskazania w ofercie, jaki sprzęt i oprogramowanie jest dostarczane stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 Ustawy. Postępowanie prowadzi się wyłącznie w formie pisemnej, zatem także całość zobowiązań Wykonawcy powinna być określona w formie pisemnej. Brak wskazania w ofercie części zobowiązania wykonawcy prowadzi do tego, że nie zostało ono określone w formie pisemnej.

Przedmiotowy brak narusza też art. 7 ust. 1 Ustawy. Jak wskazano powyżej przy obecnym brzmieniu SIWZ oferty będą nieweryfikowalne pod kątem zgodności z SIWZ, co doprowadzić może do naruszenia skazanych w tym przepisie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto oferta sporządzona według obecnego brzmienia SIWZ naruszałaby też art. 66 § 1 KC, gdyż oferta musi określać istotne postanowienia umowy. Tymczasem brak w ofercie listy dostarczanych sprzętu i oprogramowania powoduje, że część essentialia negotii w ogóle nie będą nigdzie określone, nie będą objęte umową.

Powyższy błąd zdaje się być niezamierzoną omyłką Zamawiającego, a to wobec faktu zamieszczenia w Rozdziale III SIWZ postanowień dotyczących badania równoważności oferowanych rozwiązań w przypadku oferowania produktu równoważnego czy też o normie jakościowej równoważnej (pkt 6-8 Rozdziału III SIWZ). Postanowienia te wskazują, że wolą Zamawiającego było właśnie bardzo szczegółowe zbadanie jakości oferowanego sprzętu. Z kolei nie można mówić o równoważności produktu - jeśli Zamawiający nie wymaga w SIWZ, aby wykonawcy w ofertach wskazali, jaki produkt oferują.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wpisania do postanowień SIWZ wymagania dołączenia do oferty listy oferowanego sprzętu i oprogramowania, wraz ze wskazaniem: producenta, nazwy, typu, modelu, itp.

III. Załącznik Nr 2 do SIWZ Wzór umowy, § 5 ust. 1 pkt 3) - termin wykonania modyfikacji systemu.

Zamawiający w przedmiotowym zapisie SIWZ wskazał ogólnie, że Wykonawca zobowiązany jest do wykonania modyfikacji systemu wynikających z nowych funkcjonalności „w terminie nie dłuższym niż 30 dni”.

Odwołujący wskazuje, że termin ten - choć może wydawać się odpowiednio długim terminem – w przypadku dużych i skomplikowanych modyfikacji będzie terminem zdecydowanie zbyt krótkim.

Podkreślić należy, że w zakresie wykonywania modyfikacji systemu SDE Wykonawca będzie świadczył usługi przez okres 48 miesięcy. W chwili obecnej nie można przewidzieć, jakie modyfikacje systemu SDE będą konieczne w tym okresie (4 lat), w szczególności, czy nie zostanie uchwalona nowelizacja prawa lub czy Zamawiający nie uzna za stosowne wprowadzenie nowego modułu do SDE. Takie duże modyfikacje są niemożliwe do wykonania w terminie 30 dni. Zaś zgodnie z przedmiotowym zapisem Umowy Zamawiający, nawet gdyby chciał, nie mógłby tego terminu wydłużyć.

Przedmiotowy zapis narusza przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy. Zdaniem Odwołującego narzucenie przez Zamawiającego już z góry terminu wykonania bliżej nieokreślonej modyfikacji w przyszłości przekracza granice swobody umów, gdyż treść takiego stosunku prawnego sprzeciwiałaby się naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Termin wykonania umowy (jakim jest w tym przypadku termin wykonania modyfikacji) powinien być odpowiedni i realny. Narzucenie przez Zamawiającego terminu, który może dla danej modyfikacji okazać się nierealny i uniemożliwiający jej wykonanie, narusza zarówno naturę umowy o świadczenie usług, jak i zasady współżycia społecznego. Przy przedmiotowym terminie dla dużej

modyfikacji Zamawiający już od chwili zlecenia wykonania tej modyfikacji wiedziałby, że nie zostanie ona wykonana w terminie, zatem będzie mógł naliczyć Wykonawcy karę za niedochowanie terminu. W skrajnych przypadkach przy wysokich karach przewidzianych w Umowie, może okazać się, że dana modyfikacja zostanie przez Wykonawcę wykonana za darmo. Istotna jest tutaj okoliczność, że Wykonawca nie będzie miał w ogóle możliwości odmówienia realizacji danej modyfikacji. Czyli – przy obecnej treści SIWZ - Wykonawca musi zobowiązać się do wykonania w przyszłości każdej modyfikacji w 30 dni, pomimo iż nie jest znany zakres tej modyfikacji. Tym samym Zamawiający przekroczył granice swobody umów i stworzył umowę, która jest korzystna wyłącznie dla Zamawiającego.

Ograniczenie zupełnej swobody Zamawiającego w korzystaniu ze swobody umów uznała także za słuszną Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 roku, KIO 2649/11: „Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Pzp. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Zaproponowane przez

Zamawiającego zapisy §1 oraz §3 wzoru umowy pozostawiają Zamawiającemu sporą uznaniowość w zakresie realizowanego w przyszłości zamówienia stoją tym samym w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych oraz w swych skutkach doprowadzić mogą do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.". Z powyższego wyводу Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że Zamawiający w swoich uprawnieniach i uznaniowości jest jednak ograniczony, w szczególności nie jest uprawniony do takiego kształtowania treści stosunku prawnego, który byłby korzystny tylko dla Zamawiającego i nakładał nieuzasadnione obowiązki na Wykonawcę. Uznać zaś należy, że stworzenie umowy z narzuceniem terminu realizacji nieznanych w chwili składania oferty modyfikacji jest właśnie takim nadużyciem. A zatem sprzeczne jest zarówno z przepisem art. 5, jak i art. 58 §2 Kodeksu Cywilnego. Ustawodawca uznał bowiem za nadużycie prawa (nie korzystające z ochrony) czynienie użytku ze swego uprawnienia, który to użytek byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego czy też ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem takiego uprawnienia. Z kolei w art. 58 § 2 Kodeksu Cywilnego wskazano wprost, że umowa sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna.

Ponadto wynikający z SIWZ zakres zobowiązania Wykonawcy (tj. zakres otwarty) powoduje, że naruszona zostaje także zasada ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 kodeksu cywilnego. Trudno tymczasem mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca, kalkulując cenę swojej oferty, nie jest w stanie odnieść tej ceny do dającego się przewidzieć zakresu usług, na jaki składa się termin realizacji modyfikacji. Także brak takiej ekwiwalentności stanowi naruszenie art. 5 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy).

Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego mające na celu narzucenie z góry terminu realizacji modyfikacji o nieznanym rozmiarze i czasochłonności może stać w sprzeczności z zasadą dokonywania wydatków publicznych wyrażona w art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2013r., poz. 885) (dalej „UoFB”). Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków. Zamawiający może co prawda starać się przerzucić całe ryzyko realizacji danego zamówienia na

wykonawców - ale musi się liczyć z tym, że takie dodatkowe ryzyka (w tym przypadku związane z nieokreślonym zakresem i czasochłonnością modyfikacji przy wskazanym z góry terminie jej realizacji) wpłyną na określenie przez wykonawców ceny ofertowej. Gdyby Odwołujący zdecydował się na złożenie oferty przy takim brzmieniu SIWZ (co jest wątpliwe), musiałby wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i wycenić je w ofercie. Takim ryzykiem byłoby utrzymywanie niewspółmiernie dużego zespołu ludzkiego, który byłby w stanie wykonać daną modyfikację w 30 dni. Jednakże takie ryzyko kontraktowe doprowadzi wprost do odpowiedniego podniesienia ceny ofertowej. Tym samym Zamawiający sam doprowadzi do podwyższenia ceny, poprzez nieprawidłowe sformułowanie SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnioskuje o skreślenie w § 5 ust. 1 pkt 3) Umowy zwrotu:

„ w terminie nie dłuższym niż 30 dni”

i wpisanie w to miejsce:

„w terminie uzgodnionym przez Strony”

[...]

VI. Załącznik nr 1 do Umowy Opis przedmiotu zamówienia - postanowienia dotyczące

bramek w sklepach, strona 8, pkt 3.2.12.

W Opisie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) na stronie 8 w punkcie 3.2.13. Zamawiający postawił następujące wymaganie dla nadajnika:

„Sygnał radiowy nadajnika nie może aktywować bramek kontrolnych w sklepach (supermarketach).”

Takie wymaganie jest niemożliwe do zrealizowania. Zamawiający nie podaje listy bramek (typ, producent, inne dane, które umożliwiają zidentyfikowanie danej „bramki”), a jednocześnie wymaga, aby przedmiot zamówienia nie aktywował tych bramek. Zdaniem Odwołującego taki zapis SIWZ kwalifikuje się pod nieostry i niedookreślony opis przedmiotu zamówienia.

Nie istnieje zamknięta lista tzw. bramek, które są używane w sklepach, stąd Wykonawca nie może posiadać wiedzy, czy oferowane przez niego urządzenie nie

będzie aktywować jakiegoś nieznanego mu typu bramki, w tym - typu bramki, który może być obecnie nieprodukowany, ale zostanie wprowadzony do użytku na przykład za 3 lata. Tymczasem Opis przedmiotu zamówienia wymaga, aby dostarczone urządzenie miało właśnie tę nieokreśloną funkcjonalność.

W związku z powyższym Odwołujący uważa, że zapis ten narusza przepisy wskazane powyżej w zakresie otwartego i niedookreślonego opisu przedmiotu zamówienia - tj. art. 29 ust. 1 Ustawy, wskazanych przepisów KC oraz art. 44 ust. 3 UoFB. Odwołujący także tutaj powołuje się na przytoczoną już argumentację, nie chcąc jej powtarzać.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wykreślenie punktu 3.2.13 OPZ. W przypadku zaś, gdyby Zamawiający uznał, że wymaganie to jest niezbędne z punktu widzenia funkcjonalności systemu SDE i wykazał powyższe - Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu określenia w OPZ listy kryteriów bądź konkretnych norm technicznych dla nadajnika, po spełnieniu których sygnał radiowy nadajnika nie będzie aktywował bramek.

[...]

IX. OPZ, rozdział 4.7 „ Wszystkie dostarczone urządzenia służące do monitorowania muszą być fabrycznie nowe i wyprodukowane nie wcześniej niż rok przed rozpoczęciem usługi" Zamawiający w przedmiotowym zapisie wymaga urządzeń fabrycznie nowych nie wskazując jednocześnie co ma oznaczać taki zapis. Można domniemywać że wystarczy nowa obudowa aby spełnić ten wymóg.

Odwołujący wnosi o literalne wskazanie w treści SIWZ rozumienia tego pojęcia przez Zamawiającego.

Wymóg produkcji dla urządzeń nie starszych niż 1 rok przed rozpoczęciem usługi jest nieracjonalny, bo mając na uwadze że rozpoczęcie usługi datowane jest na 6 miesięcy od momentu podpisania umowy, wskazuje realnie że urządzenia te powinny być wyprodukowane nie wcześniej niż w lipcu bieżącego roku, czyli w ciągu ostatnich 2 miesięcy.

Odwołujący wnosi o usunięcie tego zapisu.

X. Załącznik nr 3 do Umowy - Wzory protokołów odbioru.

W § 15 w ust. 7 w pkt 3) Zamawiający wskazał, że integralną część Umowy stanowi Załącznik nr 3 -Wzory protokołów odbioru. Jednakże Zamawiający nie opublikował tego załącznika na swojej stronie www, na której opublikował SIWZ - <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/zamowienia-publiczne/rok-2013/news.5261.bof-ii-3710-4513.html>. Zamawiający opublikował tylko Załączniki 1,2 i 4.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o dołączenie do SIWZ treści Załącznika nr 3 do Umowy – Wzory protokołów odbioru.

Sygn. akt: KIO 2157/13

W dniu 06.09.2012 r. 3M Poland Sp. z o.o. w Nadarzynie, wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści SIWZ.

W związku ze sformułowaniem postanowień SIWZ odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (referowane w zakresie podtrzymanym przez odwołującego):

„[...]”

1. Zamawiający w treści rozdziału V pkt 2.2. lit. a) - c) SIWZ, sformułował warunki udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców, co wyraża się w ustaleniu alternatywnych i całkowicie nieporównywalnych wymogów odnośnie doświadczenia zawodowego Wykonawców, czego konsekwencją będzie praktyczny brak możliwości porównania doświadczenia Wykonawców i zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 22 ust 1 pkt 2), ust. 4 i ust. 5 ustawy PZP;

[...]”

5. W treści § 6 Wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że:

„pkt 1 (...) Wykonawca przenosi na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do wszystkich produktów odebranych, jako utwory w rozumieniu art. 1

ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) w ramach realizacji przedmiotu Umowy, określonego w załączniku nr 1, a także do wszelkiej dokumentacji niezbędnej do realizacji Umowy na wszystkich polach eksploatacji wymienionych w art. 50 i art. 74 ust. 4 ww. ustawy, z prawem do dalszego przenoszenia tych praw na inne osoby (...)",

pomimo, iż jest to wymaganie nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, a dodatkowo prowadzi do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób rażąco nierówny i krzywdzący Wykonawców, a także sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Za nadmierne uznać także należy określony zakres pól eksploatacji (np. obrotu, które nie są związane z przedmiotem zamówienia), a także obowiązek przekazania Zamawiającemu kodów źródłowych oprogramowania i wszystkich jego modyfikacji, a także wszystkich elementów umożliwiających instalację/uruchomienie systemu (Zamawiający nie sprecyzował o jakie elementy chodzi), co uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz art. 5 kc, art. 353¹ kc w związku z art. 14 ustawy PZP i art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Z powyższych względów Odwołujący wnosi o:

I. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany treści rozdziału V ust. 2.2. lit. a) - c) SIWZ poprzez nadanie mu następującej

treści:

„2.2. wykonali (zrealizowali, świadczyli, zakończyli), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują (realizują, świadczą) usługi, w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jedną) usługę spośród trzech, opisanych poniżej w lit. a) lub lit b) lub lit c) polegającą na:

a) ochronie osób i mienia z wykorzystaniem środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego wykonaną lub wykonywaną w okresie nie krótszym niż 24 miesiące łącznie (sumaryczny czas zakończonej/zakończonych realizacji wszystkich umów).

Wartość wykonanej (zakończonej) usługi wraz z wartością wykorzystywanych środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego nie może być mniejsza niż kwota 3 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym Zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów

lub

b) ochronie osób z wykorzystaniem środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego wykonaną lub wykonywaną w okresie nie krótszym niż 24 miesiące łącznie (sumaryczny czas zakończonej/zakończonych realizacji wszystkich umów).

Wartość wykonanej (zakończonej) usługi wraz z wartością wykorzystywanych środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego nie może być mniejsza niż kwota 3 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym Zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów

a także (poza lit. a) lub lit. b) powyżej):

c) dozorcze elektronicznym z wykorzystaniem środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego wykonanym lub wykonywanym w okresie nie krótszym niż 24 miesiące łącznie (sumaryczny czas zakończonej/zakończonych realizacji wszystkich umów).

Wartość wykonanej (zakończonej) usługi wraz z wartością wykorzystywanych środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego nie może być mniejsza niż kwota 30 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym Zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów.

Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy Wykonawca wykaże spełnienie warunku opisanego w pkt. 2.1. oraz dwóch z trzech warunków opisanych w pkt. 2.2., tj. lit. a) lub b) oraz dodatkowo lit. c)".

[...]

5. zmiany treści § 6 Wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ poprzez wykreślenie fragmentu o treści:

„pkt 1 (...) Wykonawca przenosi na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do wszystkich produktów odebranych, jako utwory w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) w ramach realizacji przedmiotu Umowy, określonego w załączniku nr 1, a także do wszelkiej dokumentacji niezbędnej do realizacji Umowy na wszystkich polach eksploatacji wymienionych w art. 50 i art. 74 ust. 4 ww. ustawy, z prawem do dalszego przenoszenia tych praw na inne osoby (...)",

a także zawężenia określonych pól eksploatacji, i wykreślenia obowiązków przekazania Zamawiającemu kodów źródłowych oprogramowania i wszystkich jego modyfikacji, a także wszystkich elementów umożliwiających instalację/uruchomienie systemu, i zastąpienie ich wymaganiem zapewnienia licencji (ograniczonych terytorialnie i czasowo), które Wykonawca nieodpłatnie zapewni Zamawiającemu; a także dokonania odpowiednich zmian ogłoszenia o zamówieniu w ww. zakresie;

[...]

AD 1 NIEPROPORCJONALNOŚĆ WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 2.2. SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają m.in.. warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym:

„2.2. wykonali (zrealizowali, świadczyli, zakończyli), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują (realizują, świadczą) usługi, w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jedną) usługę spośród trzech, opisanych poniżej w lit. a) lub lit. b) lub lit. c) polegającą na:

a) ochronie osób i mienia z wykorzystaniem środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego wykonaną lub wykonywaną w okresie nie krótszym niż 24 miesiące łącznie (sumaryczny czas zakończonej/zakończonych realizacji wszystkich umów).

Wartość wykonanej (zakończonej) usługi wraz z wartością wykorzystywanych środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego nie może być mniejsza niż kwota 3 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym Zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów

lub

b) ochronie osób z wykorzystaniem środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego wykonaną lub wykonywaną w okresie nie krótszym niż 24 miesiące łącznie (sumaryczny czas zakończonej/zakończonych realizacji wszystkich umów).

Wartość wykonanej (zakończonej) usługi wraz z wartością wykorzystywanych środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego nie może być mniejsza niż kwota 3 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym Zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów

lub

c) dozoru elektronicznym z wykorzystaniem środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego wykonanym lub wykonywanym w okresie nie krótszym niż 24 miesiące łącznie (sumaryczny czas zakończonej/zakończonych realizacji wszystkich umów).

Wartość wykonanej (zakończonej) usługi wraz z wartością wykorzystywanych środków technicznych służących do monitoringu elektronicznego nie może być mniejsza niż kwota 30 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym Zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów.

Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy Wykonawca wykaże spełnienie warunku opisanego w pkt. 2.1. oraz jednego z trzech warunków opisanych w pkt. 2.2."

Powyższe oznacza, że aby wykazać się odpowiednim doświadczeniem (gwarantującym należyte wykonanie przedmiotowej umowy) należy potwierdzić spełnianie warunku w zakresie pkt 2.1. oraz 2.2. lit. a), lub lit. b) lub lit. c).

W tym miejscu Odwołujący zauważa, że celem określenia warunków udziału w postępowaniu na odpowiednim poziomie jest wprowadzenie do postępowania filtra, który zapewni, że realizację zamówienia powierzy się wykonawcy dającemu gwarancję należytego wykonania (i w ogóle wykonania) tego zamówienia. Warunki nie mogą być zbyt łagodne, ani zbyt ostre, aby nie ograniczyć konkurencyjności, ani nie powodować sztucznego obniżania cen ofert przez wykonawców wyspecjalizowanych i biegłych w pewnego rodzaju usługach/dostawach z uwagi na zaniżanie cen przez nieprofesjonalistów.

Opis warunków udziału w postępowaniu powinien zatem być sformułowany w sposób, gwarantujący, że wykonawcy nie dający rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego nie uzyskają go, co potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: „KIO”) z dnia 21 kwietnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 434/09, gdzie wskazano, że:

„(...) warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem”.

To zamawiający jako dysponent postępowania powinien czuwać nad właściwą konstrukcją warunków udziału w postępowaniu i tym samym nad zapewnieniem uczciwej konkurencji.

Warunek przedstawiony w pkt 2.2. rozdziału V SIWZ należy uznać za nieproporcjonalnie niski, a tym samym niegwarantujący należytej realizacji zamówienia. O ile wymogi zawarte w lit. a) i lit. b) są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i gwarantują, że Wykonawca, który wykaże się wymaganym w tych punktach doświadczeniem podoła wykonaniu przedmiotowego zamówienia, o tyle wymóg zawarty w lit. c) nie wymaga specjalistycznej wiedzy i doświadczenia i może zostać wykazany np. przez firmę ochroniarską.

Specjalistyczny charakter i waga przedmiotowego zamówienia dla realizacji jednej z podstawowych funkcji wymiaru sprawiedliwości, jaką jest wykonanie prawomocnych wyroków skazujących, a także specyfika samego Zamawiającego wymagają najwyższej staranności przy doborze Wykonawcy, który będzie wykonywał zamówienie.

Pozostawienie warunku w obecnym kształcie wpłynie na próby uzyskania zamówienia przez niewykwalifikowane i nieprofesjonalne podmioty (zaniżające ceny ofert), a tym samym uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

[...]

AD 5 PRAWA AUTORSKIE.

Zgodnie z § 6 pkt 1 Wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że:

„(...) Wykonawca przenosi na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do wszystkich produktów odebranych, jako utwory w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia

4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) w ramach realizacji przedmiotu Umowy, określonego w załączniku nr 1, a także do wszelkiej dokumentacji niezbędnej do realizacji Umowy na wszystkich polach eksploatacji wymienionych w art. 50 i art. 74 ust. 4 ww. ustawy, z prawem do dalszego przenoszenia tych praw na inne osoby (...)"

Co więcej Zamawiający zbyt szeroko wskazuje (w ocenie Odwołującego np. wymóg obrotu, który nie jest przedmiotem umowy jest) pola eksploatacji, a także w sposób nieuzasadniony wymaga przeniesienia kodów źródłowych oprogramowania i modyfikacji, oraz wszystkich elementów umożliwiających instalację/uruchomienie systemu.

Odwołujący nie jest w stanie określić co zawiera tak szerokie pojęcie, jak „wszystkie” elementy - czy w ich zakres wchodzi np. cudze oprogramowanie takie jak Widnows, czy Oracle. Opis przedmiotu zamówienia jest więc niejednoznaczny i nieprecyzyjny, a dodatkowo zawiera nieproporcjonalne i w skrajnych przypadkach niemożliwe do dochowania wymogi.

Powyższe jest nieuzasadnione uwagi na przedmiot i charakter zamówienia oraz przesądza o nierównym ukształtowaniu stosunku umownego łączącego strony umowy, w skrajnych przypadkach uniemożliwiając Odwołującemu realizację wcześniej zawartych (także poza granicami Rzeczypospolitej) umów - wskazany wymóg SIWZ może jest więc niemożliwy do dochowania i wyklucza możliwość złożenia oferty przez Odwołującego.

Odwołujący zauważa, że pomimo iż Zamawiający jest dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia, to nie został przez ustawodawcę wyposażony w kompetencję stosowania pełnej dowolności przy ustalaniu treści dokumentacji postępowania, w tym w szczególności istotnych postanowień umowy, które to powinny być zgodne z ustawą PZP, ale również z innym powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jak np. z kc. Powyższe potwierdza także stanowisko doktryny - jak wskazuje Małgorzata Stachowiak (Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, LEX 2012):

„Należy podkreślić, że przy kształtowaniu zapisów umowy zamawiający powinien pamiętać o ekwiwalentności świadczeń, jak też o niewprowadzaniu zapisów naruszających uczciwa konkurencie. W przeciwnym wypadku narusza jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.”

Na konieczność kształtowania przez zamawiających postanowień umowy zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego, wskazuje również liczne orzecznictwo KIO, między innymi w poniższych orzeczeniach:

Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2649/11:

„Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.”

Wyrok KIO z 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1758/11:

„Wzór umowy musi zostać opracowany jednoznacznie, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). (...) Przepis ten, a także inne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dają zamawiającemu uprawnień do dowolnego formułowania postanowień wzoru umowy, a następnie negocjowania tych postanowień czy precyzowania ich znaczenia. Zamawiający nie może powoływać się na oświadczenia zawarte w pismach sporządzonych przed terminem zawarcia umowy, jeżeli w samej umowie wybrane postanowienia będą stanowiły co innego, gdyż może to powodować ogromne trudności interpretacyjne. W przypadku zaistnienia rozbieżności między wzorem umowy a oświadczeniami zamawiającego, zamawiający musi to dokładnie wyjaśnić, aż do dokonania zmiany w treści wzoru umowy, co się mieści w pojęciu zmiany SIWZ, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Wyrok KIO z 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10:

„Niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części SIWZ kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia

wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi KC, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ KC."

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje, że przedstawione powyżej postanowienia Wzoru Umowy obciążają Wykonawców rażąco niewspółmiernymi i niekorzystnymi obowiązkami, co jest bezpośrednim wynikiem jednostronnego ustanawiania przez Zamawiającego bardzo uciążliwych dla Odwołującego i Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagań.

Odwołujący wskazuje, że samo udzielenie Zamawiającemu licencji, wzbogacone np. o procedurę escrow kodów źródłowych zabezpieczy jego interesy, a jednocześnie nie będzie miało wpływu na sposób realizacji zamówienia.

[...]"

Sygn. akt: KIO 2161/13

W dniu 06.09.2012 r. MC2 S.A. w Warszawie, wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (zarzuty referowane w zakresie podtrzymanym przez odwołującego):

„[...]

1. art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie SIWZ oraz wzoru umowy, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a także naruszający zasady współzycia społecznego i przez to nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:

a) Zamawiający przewidział w SIWZ, iż ryczałtowa cena za realizację przedmiotu zamówienia w Etapie I nie może wynieść więcej niż 7% [...] łącznej ceny oferty za cały przedmiot zamówienia (rozdział X ust. 13 lit d SIWZ, formularz ofertowy – załącznika nr 6 do SIWZ oraz załącznik nr 2 do umowy),

b) Zamawiający przewidział w SIWZ w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny kwestię związaną z przeniesieniem praw autorskich, a przez to wykonawcy w różny sposób mogą je zinterpretować, co doprowadzi do nieporównywalności ofert (m.in. §2 ust. 1 pkt 3, § 6 ust. 1

projektu umowy, pkt 6.3 OPZ),

c) Zamawiający we Wzorze umowy określił definicję pojęcia „Błąd”, bez rozróżnienia rodzaju błędu i konsekwencji wynikających z różnego rodzaju Błędów oraz zakwalifikowaniu jako Błąd funkcjonowania SDE w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa (§1 ust. 1 pkt 1 i § 13 ust. 1 Wzoru umowy) oraz w sposób odmienny niż czyni to załącznik nr 4 do Wzoru umowy, a także nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem „Uszkodzenie systemu informatycznego SDE lub jego środowiska” (pkt 5 ppkt 4 załącznika nr 4 do Wzoru umowy);

d) Zamawiający uzależnia możliwość zmiany podwykonawcy przez wykonawcę w części przedmiotu umowy od uzyskania jego pisemnej zgody (§2 ust. 9 Wzoru umowy);

e) Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek informacyjny w zakresie numerów telefonów dyżurnych Centrali Monitorowania oraz o telefonach dyżurnych zespołów terenowych (§4 ust. 4 Wzoru umowy);

f) Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek przekazania sądom właściwym do spraw penitencjarnych i zespołom kuratorskiej służby sądowej na piśmie, imiennej listy osób zatrudnionych przez Upoważniony Podmiot Dozorujący w zespołach terenowych na obszarze ich właściwości, a także informacji o każdej zmianie tych danych (§4 ust. 11 Wzoru umowy) pomimo, iż informacje te nie są niezbędne tym podmiotom do realizacji przedmiotu zamówienia;

g) Zamawiający w §5 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek:

- wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej w ujęciu rocznym 1 200 roboczogodzin przez cały okres obowiązywania Umowy, mających na celu modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności, w terminie nie dłuższym niż 30 dni;

- wprowadzenia bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE mających na celu modyfikacje systemu wynikające ze zmiany przepisów prawa w terminie nie dłuższym niż 30 dni;

w zakresie, w jakim wskazany termin może być realny do dotrzymania, a czasochłonność wprowadzenia modyfikacji systemu wynikających ze zmian przepisów prawa może być znaczna i trudna do przewidzenia oraz wycenienia na etapie przygotowywania oferty;

[...]

i) Zamawiający zastosował liczne i rażąco wygórowane kary umowne za poszczególne zdarzenia oraz nie przewidział maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą być nałożone na wykonawcę w okresie obowiązywania umowy (§10 ust. 1 - 4 i 6 Wzoru umowy), w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

j) Zamawiający nie przewidział procedury reklamacyjnej w zakresie kar umownych (§10 ust. 5 Wzoru umowy);

[...]

l) Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym, bez wskazania terminu, w ciągu którego Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy ([...] §13 ust. 2 i 3 Wzoru umowy);

m) Zastosowania ogólnych i umożliwiających arbitralną ocenę przesłanek odstąpienia od umowy (§13 ust. 1 i 2 Wzoru umowy), w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

n) Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zachowania w tajemnicy specjalistycznych informacji technicznych dotyczących SDE lub danych przetwarzanych w ramach SDE, w szczególności informacji o skazanych, osobach chronionych oraz Użytkownikach, niezależnie od tego czy było to działanie zawinione przez wykonawcę (§13 ust. 3 pkt 2 Wzoru umowy);

[...]”

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ i Wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ poprzez:

- „1. Modyfikację i ujednoczenie treści SIWZ (w tym załączników) w zakresie w jakim przewidują one ryczałtową cenę za realizację przedmiotu zamówienia w Etapie I w ten sposób, iż cena ta nie wyniesie więcej niż 25% łącznej ceny oferty za cały przedmiot zamówienia;
2. Modyfikację treści SIWZ (w tym §2 ust. 1 pkt 3, §6 ust. 1 projektu umowy, pkt 6.3 OPZ) poprzez wprowadzenie obowiązku przeniesienia wszelkich autorskich praw majątkowych do całości systemu informatycznego SDE (w rozumieniu nadanym temu pojęciu przez Wzór umowy) oraz doprecyzowanie, iż w okresie trwania umowy, w tym również w okresie gwarancji i rękojmi, Zamawiający ani żaden inny podmiot nie ma możliwość modyfikacji kodów źródłowych do systemu informatycznego SDE bez uprzedniej zgody wykonawcy, z zastrzeżeniem, iż dokonana modyfikacja z naruszeniem powyższego postanowienia zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności za Błędy wynikłe z tej modyfikacji;
3. modyfikację treści Wzoru umowy polegającą na wykreśleniu z definicji Błędu zawartej w § 1 ust. 1 pkt 1 Wzoru umowy sformułowania: „lub funkcjonuje w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa” oraz dostosowania jej do definicji zawartej w załączniku nr 4 do Wzoru umowy jako wskazanej w tym załączniku jako „Uszkodzenia, błędy, nieprawidłowości niekrytyczne” (pkt 6 załącznika nr 4) ;
4. modyfikację treści Wzoru umowy polegającą na wprowadzeniu definicji pojęcia „Błędu krytycznego” rozumianego tak jak definiuje to załącznik nr 4 do Wzoru umowy (pkt 5) „Uszkodzenia, błędy i nieprawidłowości krytyczne” oraz doprecyzowanie pkt 5 ppkt 4 załącznika nr 4 do Wzoru umowy poprzez jednoznaczne określenie co zostanie zakwalifikowane jako „Uszkodzenie systemu informatycznego SDE lub jego środowiska”;
5. wykreślenie z §2 ust. 9 Wzoru umowy zdania drugiego ;
6. wykreślenie §4 ust. 4 Wzoru umowy;
7. wykreślenia z §4 ust. 11 Wzoru umowy obowiązku przekazywania listy osób wchodzących w skład zespołów terenowych sądom oraz zespołom kuratorskiej służby sądowej;

8. modyfikację §5 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy w ten sposób, iż sformułowanie: "w terminie nie dłuższym niż 30 dni" zostanie zastąpione zwrotem „w terminie ustalonym przez strony indywidualnie dla każdej z poprawek” i jednocześnie wykreślenie zdania ostatniego w tym punkcie;

[...]

10. modyfikację §10 ust. 1 - 4 i 6 wzoru poprzez zmniejszenie o połowę wysokości kar umownych w nich przewidzianych oraz uzależnienie ich wysokości od realnych wartości za poszczególne okresy realizacji zamówienia, zwłaszcza w przypadku kar umownych związanych z realizacją etapu II, gdzie kara umowna powinna odnosić się do wartości usługi za ostatni rok świadczenia usługi;

11. modyfikację §10 ust 5 Wzoru umowy poprzez wprowadzenie 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;

12. modyfikację treści Wzoru umowy poprzez wprowadzenie określenia maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą być nałożone na wykonawcę w okresie obowiązywania umowy na poziomie 15 % wynagrodzenia brutto przewidzianego za realizację Etapu I;

[...]

14. modyfikację [...] § 13 ust. 2 i 3 Wzoru umowy poprzez wskazanie, iż Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy w ciągu 14 dni od dnia powzięcia informacji stanowiącej podstawę odstąpienia;

15. modyfikację §13 ust. 1 wzoru umowy w ten sposób, że sformułowanie „błąd” zostanie zastąpione sformułowaniem „Błąd krytyczny”

16. modyfikację § 13 ust. 3 pkt 2 Wzoru umowy w ten sposób, że Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy jedynie w przypadku zawinionego przez wykonawcę niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zachowania w tajemnicy specjalistycznych informacji technicznych dotyczących SDE lub danych przetwarzanych w ramach SDE, w szczególności informacji o skazanych, osobach chronionych oraz Użytkownikach.”

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„[...]”

Zamawiający w załączonym do SIWZ Wzorze umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) zawarł następujące postanowienia, które naruszają przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:

a) Górny limit wynagrodzenia za Etap I

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (rozdział X ust. 13 lit. d SIWZ, formularz ofertowy - załącznik nr 6 do SIWZ oraz załącznik nr 2 do umowy), wynagrodzenie za Etap I nie może przekroczyć 7% ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia (w załączniku nr 2 do umowy jest to kwota odpowiadająca 6,88% ceny). Abstrahując od okoliczności, iż treść SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna ze sobą (zawiera dwa różne ograniczenia), to wskazać należy, iż ograniczenie wynagrodzenia za Etap I jedynie do 7% całości wynagrodzenia jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i zasadą ekwiwalentności świadczeń.

Zgodnie z §8 ust. 4 Wzoru umowy wynagrodzenie za etap I obejmuje:

- wytworzenie systemu informatycznego SDE o zdolności do obsługi:
 - ✓ max. 10 000 Użytkowników przy jednoczesnej pracy dla 2 500 Użytkowników (w tym migracja danych),
 - ✓ 15 000 osób objętych systemem

wraz z nabyciem autorskich praw majątkowych, o których mowa w § 6 Umowy w kwocie brutto.....zł (słowniezł);

- infrastrukturę techniczną i systemową Centrali Monitorowania w kwocie brutto.....zł (słowniezł);

- szkolenia administratorów i pracowników Centrali monitorowania w kwocie brutto.....zł (słowniezł);

- szkolenia sędziów, kuratorów sądowych, asystentów i pracowników sekretariatów w kwocie brutto.....zł (słowniezł);

- przejęcie populacji skazanych (instalacja nowego sprzętu monitorującego) w kwocie brutto.....zł (słowniezł);

Zatem w bieżącym postępowaniu przetargowym trzeba uruchomić system obejmujący 15 tys. skazanych oraz 10 tys. użytkowników, a ponadto ma to być

system dedykowany, bowiem Zamawiający wymaga przeniesienia do niego praw autorskich, a nie udzielenia licencji.

W poprzednim postępowaniu dotyczącym SDE, system ten miał obejmować 7 500 skazanych i 1260 użytkowników, a Zamawiający nie wymagał przeniesienia praw autorskich a jedynie udzielenia licencji, a wpłynęły następujące oferty:

1. COMP 75 620 000,00 zł (w tym infrastruktura i licencje standardowe 20 313 000,00 zł a reszta czyli 55 307 000,00 zł licencje za system o pojemności 7500 skazanych i 1260 użytkowników)
2. WASKO 40 650 000,00 zł (w tym 20 000 000,00 zł infrastruktura + 20 650 000,00 zł licencje)
3. CROSS 99 063 500,00 zł (w tym 15 709 420,00 zł infrastruktura + 83 354 080,00 zł licencje)
4. SOLID 145 741 765,00 zł (w tym 9 466 000,00 zł infrastruktura + 136 275 765,00 zł licencje)
5. MCSI 34 000 000,00 zł (w tym 4 000 000,00 zł infrastruktura + 30 000 000,00 zł licencje [oferta odrzucona])
6. COMARCH 66 632 500,00 zł (w tym 20 000 000,00 zł infrastruktura + 46 632 500,00 zł licencje)
7. G4S 117 547 355,37 zł (w tym 16 302 421,37 infrastruktura + 101 244 934,00 zł licencje)

Biorąc pod uwagę, iż przedmiotem zamówienia objęta jest dwa razy większa liczba skazanych oraz ośmiokrotnie większa liczba użytkowników to oczywistym jest, iż:

- a) będzie potrzebna większa (droższa) infrastruktura serwerowa w centrali (urządzenia i oprogramowanie standardowe);
- b) będzie to znacznie większy system informatyczny, a tym samym bardziej pracochłonny;
- c) przeniesienie autorskich praw majątkowych jest znacznie kosztowniejsze niż udzielenie licencji.

Obecne postanowienia SIWZ oraz załącznika nr 2 do Wzoru umowy nakładają następujące ograniczenia (biorąc pod uwagę wartość budżetu, tj. 385 795 934,24 zł netto):

- i) infrastruktura wraz oprogramowaniem standardowym oraz systemem informatycznym SDE na 15 tys. skazanych ma się zmieścić w cenie do 1,16% + 0,23% wartości całej oferty, co daje kwotę maksymalnie 5 362 563,49 zł
- ii) aplikacja dostępowa (interfejs) dla 10 tys. użytkowników do 5,22% ,co daje kwotę maksymalnie 20 138 547,77 min zł
- iii) przejęcie skazanych (czyli odwiedzenie kilku tysięcy skazanych rozsianych na terenie całego kraju i zainstalowanie im kilku tysięcy kompletów środków technicznych) w cenie do 0,17% => co daje maksymalną kwotę 655 853,09 zł (czyli niewiele ponad 100 zł na jednego skazanego -> w tej kwocie muszą zmieścić się wszystkie koszty dojazdu do skazanego 2-osobowej ekipy terenowej).

Powyższa analiza pokazuje, iż pozostawienie wynagrodzenia za etap I na poziomie 7% całkowitego wynagrodzenia jest sprzeczne z zasadą ekwiwalentności świadczeń, zasadami współżycia społecznego, a także terminami zapłaty ustalonymi w ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Dlatego uzasadnionym jest zwiększenie tego wynagrodzenia do kwoty odpowiadającej 25% wynagrodzenia za realizację całości zamówienia.

b) Prawa autorskie do systemu informatycznego SDE.

Zgodnie z §2 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy, wykonawca zobowiązuje się m.in. do przekazania na rzecz Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykonanego oprogramowania oraz dokumentacji technicznej, wraz z kodami źródłowymi, uprawnień licencyjnych, rozwiązań konstrukcyjnych, know-how oraz innych praw chronionych do systemu informatycznego na zasadach określonych w Umowie. Kwestie dotyczące przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych zostały uregulowane w §6 Wzoru umowy. Zgodnie z § 6 ust. 1 Wzoru umowy: „Z chwilą odbioru bez zastrzeżeń poszczególnych prac przewidzianych dla danego etapu zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy oraz z chwilą odbioru nowych wersji systemu informatycznego SDE powstałych w związku z jego modyfikacją, Wykonawca przenosi na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do wszystkich produktów odebranych, jako utwory w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) w ramach realizacji przedmiotu Umowy, określonego w załączniku nr 1, a także do wszelkiej dokumentacji niezbędnej do realizacji Umowy na

wszystkich polach eksploatacji wymienionych w art. 50 i art. 74 ust. 4 ww. ustawy, z prawem do dalszego przenoszenia tych praw na inne osoby.”

Postanowienia dotyczące przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych są nieprecyzyjne i niejednoznaczne oraz wewnętrznie sprzeczne. Odnosząc się do przedmiotowej kwestii Zamawiający posługuje się dwoma różnymi znaczeniowo pojęciami. Zgodnie bowiem z § 2 Wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do przeniesienia na rzecz Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykonanego oprogramowania oraz dokumentacji technicznej. Natomiast stosownie do § 6 wykonawca zobowiązany jest przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe z chwilą odbioru bez zastrzeżeń lub z chwilą odbioru poszczególnych prac lub nowych wersji systemu. Takie ukształtowanie przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy określenie zakresu praw majątkowych, które przejdą na Zamawiającego (czy będą to prawa autorskie do wszystkich wykonanych utworów czy tylko tych odebranych lub odebranych bez zastrzeżeń) oraz momentu ich przejścia na Zamawiającego, a co za tym idzie, uniemożliwia oszacowanie kosztów przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych i uwzględnienia ich w cenie oferty.

W załączniku nr 2 do Umowy mowa jest o przeniesieniu praw do aplikacji obsługującej 10 tys. użytkowników, a nie ma wzmianki o prawach przy systemie informatycznym SDE, oznacza to iż załącznik ten przewiduje przeniesienie praw autorskich do innego utworu niż zostało przewidziane we Wzorze umowy. Zamawiający zatem powinien doprecyzować, iż przeniesienie autorskich praw majątkowych dotyczy tylko i wyłącznie systemu informatycznego SDE (w rozumieniu §1 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy, zwanego zamiennie „aplikacją”). Koniecznym jest także dookreślenie czy zamawiający oczekuje również przekazania autorskich praw majątkowych do „interfejsu” (zwanego zamiennie „aplikacją internetową”), ponieważ nie wynika to z postanowień umowy.

Jednocześnie biorąc pod uwagę wymagania i obowiązki nałożone na wykonawcę (wynikające m.in. z gwarancji i SLA) zasadnym i koniecznym jest doprecyzowanie, iż w okresie trwania umowy, w tym w okresie gwarancji i rękojmi, Zamawiający ani żaden inny podmiot nie ma możliwość modyfikacji kodów źródłowych systemu informatycznego SDE bez uprzedniej zgody wykonawcy, z zastrzeżeniem, iż

dokonana modyfikacja z naruszeniem powyższego postanowienia zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności za Błędy wynikłe z tej modyfikacji.

c) Definicja pojęcia Błąd”

W § 1 ust. 1 Wzoru umowy wskazano, że „Błąd” oznacza każdą wadę SDE lub któregokolwiek z elementów SDE, która powoduje, iż nie funkcjonuje on lub funkcjonuje błędnie w zakresie wymaganej funkcjonalności, wydajności lub innych właściwości SDE, określonych w załącznikach nr 1 i 4 do Umowy, lub funkcjonuje w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa.” Sformułowana przez Zamawiającego definicja jest bardzo ogólna i niejednoznaczna, co powoduje, że może zostać pod nią podciągnięta zarówno nieistotna i niewpływająca na całościowe funkcjonowanie systemu usterka jak i błąd znacznie wpływający na jego działanie, a nawet powodujący, że system nie działa. Prawidłowe sformułowanie tej definicji ma natomiast istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji umowy, gdyż zgodnie z §13 ust. 1 i 2 Wzoru umowy, pięciokrotne stwierdzenie błędu w protokole odbioru usługi skutkuje wysłaniem wykonawcy pisemnego ostrzeżenia o możliwości odstąpienia od Umowy. Natomiast dwukrotne otrzymanie takiego ostrzeżenia w ciągu jednego półrocza lub trzykrotne w ciągu 12 miesięcy powoduje, że Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy. Tym samym, nie można wykluczyć sytuacji, w której przyczyną odstąpienia od umowy będą nieistotne błędy nie wpływające na prawidłowe działanie systemu. Nie znajduje to uzasadnienia i może być przyczyną wielu nadużyć.

W celu uniknięcia takiej sytuacji, w przypadku dużych i skomplikowanych projektów informatycznych powszechną praktyką jest różnicowanie rodzaju błędu pod względem jego wpływu na działanie systemu. Najczęściej stosowany jest podział na błąd rozumiany jako usterka nie wywierająca znaczącego wpływu na poprawne funkcjonowanie systemu oraz błąd krytyczny rozumiany jako błąd powodujący, że nie działają istotne elementy systemu lub cały system. Wprowadzenie takiego stopniowania umożliwia prawidłową kwalifikację błędu oraz obciążenie wykonawcy konsekwencjami adekwatnymi do naruszenia. Zamawiający przewidział w załączniku nr 4 do Wzoru umowy definicje „Uszkodzenia, błędy i nieprawidłowości krytycznych i niekrytycznych”, jednakże te definicje nie pozostają w korelacji ze wzorem, dlatego też zasadnym jest ujednoczenie pojęć, którymi posługuje się Zamawiający. Jednocześnie koniecznym jest doprecyzowanie pkt 5 ppkt 4 załącznika nr 4 do

Wzoru umowy poprzez jednoznaczne określenie co zostanie zakwalifikowane jako „Uszkodzenie systemu informatycznego SDE lub jego środowiska”. Brak precyzji w tym zakresie powoduje, iż pod tą kategorię można podciągnąć praktycznie każde zdarzenie łącznie z mechaniczną usterką monitora.

Jednocześnie Zamawiający jako błąd traktuje нефункционowanie SDE (czyli przez cały okres obowiązywania umowy) w sposób zgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. O ile wykonawca ma możliwość stworzenia systemu informatycznego SDE zgodnego z aktualnym stanem prawnym i może zagwarantować, iż system ten nie narusza przepisów bezwzględnie obowiązujących to biorąc pod uwagę, iż z chwilą odbioru Etapu I przechodzą na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do tego systemu oraz fakt, iż wykonawca nie może dokonywać żadnych modyfikacji (poprawek) tego systemu bez pisemnego polecenia Zamawiającego, to obciążanie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które nie odpowiada i, co więcej, może nie móc zapobiec ich powstaniu, stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego.

d) Podwykonawcy.

Zgodnie z §2 ust. 9 zd. 2 Wzoru umowy, Zamawiający dopuszcza w trakcie realizacji Umowy możliwość zmiany podwykonawców przez wykonawcę w części przedmiotu umowy, po uprzednim uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego. Przedmiotowe postanowienie pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 139 Pzp. Wprowadzenie do Wzoru umowy przywołanych powyżej postanowień narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy, gdyż umożliwia Zamawiającemu znaczną ingerencję w stosunki umowne łączące wykonawcę z ewentualnym podwykonawcą.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są usługi, a nie roboty budowlane, to Zamawiający nie ma prawa tak dalece ingerować w relacje pomiędzy wykonawcą a Podwykonawcą. Takie uregulowanie podwykonawstwa byłoby uzasadnione w przypadku, gdyby przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, gdzie występuje solidarna odpowiedzialność Zamawiającego i Generalnego Wykonawcy za dokonanie zapłaty dla podwykonawców, nie zaś w przypadku niniejszego postępowania.

Ponadto postanowienie to pozostaje w sprzeczności z art. 36 ust. 5 Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu, wykonawca i może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w SIWZ, że część lub całości zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

e) Obowiązek informacji w zakresie numerów telefonów oraz listy pracowników wchodzących w skład zespołów terenowych.

W §4 ust. 4 Wzoru umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek poinformowania wszystkich Użytkowników, nie później niż na 30 dni przed rozpoczęciem etapu eksploatacji SDE, o numerach telefonów dyżurnych Centrali Monitorowania dostępnych codziennie przez całą dobę. Jednakże wykonawcy nie dysponują informacjami o numerach telefonów dyżurnych Centrali Monitorowania (tymi numerami dysponuje Zamawiający). Zamawiający nie może zatem wymagać, że wykonawca poinformuje o nich wszystkich Użytkowników (*impossibilium nulla obligatio est*).

Brak jest również uzasadnienia merytorycznego dla nałożenia na wykonawcę obowiązku poinformowania wydziałów sądów właściwych do spraw penitencjarnych i zespołów kuratorskiej służby sądowej o telefonach dyżurnych zespołów terenowych. Zgodnie bowiem z OPZ, jak i z założeniami działania Systemu Dozoru Elektronicznego, podmioty te nie będą kontaktować się z zespołami terenowymi. Dlatego też bezzasadnym jest żądanie od wykonawcy dostarczania także do sądów oraz kuratorów list osób wchodzących w skład tych zespołów, wystarczającym jest bowiem dysponowanie tymi listami przez Zamawiającego. Wykonawcy powinni mieć pieczę nad tym, kto i w jakim celu, kontaktuje się z zespołami terenowymi, zwłaszcza biorąc pod uwagę obowiązki zachowania poufności określone w §14 Wzoru umowy.

f) Wprowadzanie poprawek do systemu informatycznego SDE.

Zgodnie z §5 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej w ujęciu rocznym 1 200 roboczogodzin przez cały okres obowiązywania Umowy, mających na celu modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności, w terminie nie dłuższym niż 30 dni. Biorąc pod uwagę, że na obecnym etapie nie jest znany ani zakres ani charakter wprowadzanych w

przyszłości poprawek (Zamawiający nie zdefiniował tego pojęcia), należy stwierdzić, iż nie jest możliwym zobowiązanie się przez wykonawcę do wprowadzenia ich w terminie nie dłuższym niż 30 dni. Wykonawca nie może się bowiem zobowiązać do wprowadzenia poprawek w określonym terminie, skoro tak naprawdę nie wie, co ma w tym terminie wykonać. Także wprowadzanie poprawek wynikających ze zmiany przepisów prawa z zastrzeżeniem, iż będzie to bez wynagrodzenia i bez limitu godzin, uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny i czyni oferty nieporównywalnymi.

[...]

h) Kary umowne.

Zamawiający w §10 Wzoru umowy przewidział zróżnicowane i liczne kary umowne za poszczególne zdarzenia. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej zastosowanie nie może prowadzić do naruszenia zasad współżycia społecznego i wprowadzać nadmiernej nierówności stron umowy, tym bardziej, że zaistnienie obowiązku zapłaty kary umownej nie musi być połączone z wystąpieniem szkody. Ponadto, nie może ona stanowić dochodu Zamawiającego. Kary umowne przewidziane w § 10 Wzoru umowy zostały odniesione całkowitego do wynagrodzenia brutto za realizację przedmiotu Umowy oraz wartości brutto wynagrodzenia przewidzianego za dany przedmiot lub etap za każdy dzień kalendarzowy zwłoki, a ich poziom jest bardzo wysoki (odpowiednio 5% i 1%). Nie może zatem budzić żadnych wątpliwości fakt, że przewidziane przez Zamawiającego kary naruszają w/w zasady.

Co więcej, Zamawiający nie określił górnego limitu kar umownych, które mogą być nałożone na wykonawcę w okresie obowiązywania umowy. Powyższe może spowodować, że wysokość nałożonych przez Zamawiającego kar umownych za cały okres realizacji umowy znacznie przekroczy wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy. Jest to nieuzasadnione, zwłaszcza jeśli uwzględnić fakt, że Zamawiający nie przewidział żadnej procedury reklamacyjnej w tym zakresie.

i) Brak procedury reklamacyjnej.

Zgodnie z §10 ust. 5 Wzoru umowy „Kary umowne podlegają potrąceniu z wynagrodzenia należnego Wykonawcy, a w razie braku możliwości potrącenia

Wykonawca zobowiązany jest uiścić karę niezwłocznie po otrzymaniu wezwania.” Kary umowne powinny natomiast 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. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67):

„(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się”.

[...]

k) Odstąpienie od umowy - termin.

W [...] §13 ust. 2 i 3 Wzoru umowy, wskazano okoliczności, w których Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym. Nie podano natomiast okresu w ciągu którego Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Takie ukształtowanie umownego prawa odstąpienia pozostaje w sprzeczności z regulacją Kodeksu cywilnego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 395 § 1 zd. 1 Kodeksu cywilnego można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Wymóg określenia tego terminu ma na celu ograniczenie okresu niepewności, co do istnienia obowiązków i uprawnień wynikających z zawartej przez strony umowy, gdyż w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą.

Wykonawca nie może przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego pozostawać w niepewności, co do tego czy nadal jest nią związany, chociażby ze względu na fakt, że będzie ponosił pewne koszty stałe związane ze świadczeniem usług. Wskazanie terminu, w ciągu którego Zamawiający będzie uprawniony do wykonania prawa odstąpienia jest zatem niezbędne dla możliwości oszacowania przez wykonawcę ryzyka z tym związanego i uwzględniania go w zaoferowanej cenie.

l) Odstąpienie od umowy - błąd.

Zgodnie z §13 ust. 1 Wzoru umowy, w przypadku wystąpienia w danym miesiącu eksploatacji SDE więcej niż 5 błędów, stwierdzonych w protokole odbioru usługi za dany miesiąc sporządzonym przez Zamawiającego, Zamawiający przesyła

wykonawcy pisemne ostrzeżenie o możliwości odstąpienia od Umowy z winy wykonawcy. Natomiast zgodnie z ust. 2 tego postanowienia, w przypadku otrzymania przez wykonawcę więcej niż 2 ostrzeżeń Zamawiającego na piśmie, o których mowa w ust. 1, w ciągu jednego półrocza lub więcej niż 3 ostrzeżeń na piśmie w ciągu 12 miesięcy Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym. Formułując przedmiotowej postanowienia, Zamawiający posłużył się pojęciem „błąd” (pisanym z małej litery), jednakże biorąc pod uwagę, że terminologia użyta w umowie powinna być spójna należy stwierdzić, że chodzi o „Błąd” w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 1 Wzoru umowy. Uwzględniając poczynione powyżej uwagi dotyczące zakresu pojęcia „Błąd” należy stwierdzić, że powyższa przesłanka jest bardzo ogólna i umożliwia arbitralną ocenę, natomiast konsekwencje z niej wynikające są bardzo poważne. Nie można bowiem wykluczyć, że podstawą odstąpienia od umowy będzie wystąpienie błędów nie mających znacznie dla prawidłowości funkcjonowania systemu. Co jest nieuzasadnione, gdyż pozostaje nie leży w interesie publicznym i prowadzi do nieuzasadnionego wydatkowania środków publicznych.

m) Odstąpienie od umowy - obowiązek zachowania tajemnicy.

W § 13 ust. 3 pkt 2 Wzoru umowy wskazano, że Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy ze skutkiem natychmiastowym także w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zachowania w tajemnicy specjalistycznych informacji technicznych dotyczących SDE lub danych przetwarzanych w ramach SDE, w szczególności, informacji o skazanych, osobach chronionych oraz Użytkownikach. Przesłanka ta jest bardzo ogólna i umożliwia arbitralną ocenę oraz została skonstruowana w oderwaniu od winy wykonawcy.

Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji (kary umowne, możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy) działań przez niego niezawinionych i od niego niezależnych.

[...]

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

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wszyscy odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Następnie, w ramach generalnego wprowadzenia do rozpoznania wszystkich odwołań, których przedmiotowy wyrok dotyczy, Izba wskazuje na szereg okoliczności i ograniczeń (zarówno faktycznych, jak i prawnych), które wpływają na kształt rozstrzygnięcia dotyczącego postanowień SIWZ oraz warunkują jego dopuszczalny zakres i treść. Poniżej, na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia i dla jego uzasadnienia, pokrótce omówione zostaną m.in.: normy, zasady i klauzule generalne wynikające z obowiązujących przepisów, które postanowienia SIWZ winny uwzględniać; znaczenie swobodnego uznania zamawiającego w opisanu i realizacji zaspakajanych przy pomocy zamówień potrzeb, a także zakres dopuszczalnej ingerencji w powyższe przez wykonawców i organy orzekające; skutki orzeczenia dla brzmienia i sensu kształtowanych w ten sposób dokumentów przetargowych; egzekwowalność i wykonalność wyroków Izby... etc...

Zestawienie powyższych okoliczności, ich wzajemne powiązanie i konieczność każdorazowego brania pod uwagę przy orzekaniu o treści specyfikacji, sprawia, iż brzmienie sentencji wyroku w tym przedmiocie pozostaje sprawą specyficzną i formalnie znacznie bardziej skomplikowaną niż w stosunku do zarzutów i żądań dotyczących innych czynności zamawiającego (np. czynności wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty).

W szczególności we wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia, w tym przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołań – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w

sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wynikały będą z przepisów samego Kodeksu cywilnego, jak też z regulacji Pzp (przykład takiego ograniczenia wskazany został w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03), która w tym zakresie może być traktowana jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako podstawowego aktu prawnego regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (*vide* art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp oraz generalne odesłania do stosowania przepisów Kc zawarte w art. 14 i 139 ustawy). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana jako wynikająca z przepisów jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, każde ograniczenie konkurencji występujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia (nawet to z pozoru naturalne i nieodzowne), podlegają badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej

normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

W związku z faktem odwoływania się w niniejszym uzasadnieniu do pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”, a także w związku z możliwością kwestionowania zasadności odwoływania się do ww. pojęcia, jako nie wynikającego z przepisów Pzp, kwestia ta wymaga dodatkowego omówienia.

„Uzasadnione potrzeby zamawiającego” nie są pojęciem wprost wskazanym w przepisach ustawy. Pojęcie to zostało natomiast wypracowane już w orzecznictwie Zespołów Arbitrów i składa się na jego niepodważalny dorobek, przejmowany w tym zakresie nieomal bez zmian do orzecznictwa Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.

Uzasadnione potrzeby zamawiającego stanowią jak najbardziej racjonalną kategorię, służącą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z zastanego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywiście jak każde pojęcie teoretyczne, służące opisowi pewnych zjawisk, na które składają się określone kryteria i dystynkcje, „uzasadnione potrzeby zamawiającego” mogą być wyeliminowane z zasobu pojęć danej nauki lub działalności, czy ściślej – teorii i praktyki stosowania Pzp, a następnie zastąpione innym środkiem opisu, lepiej spełniającymi postulat „naukowości” (czy bardziej specyficznie w tym przypadku – odpowiadania przepisom prawa i jego prawidłowemu stosowaniu), takie jak adekwatność do

opisywanego przedmiotu, koherentność z innymi pojęciami i założeniami, czy nawet (a może przede wszystkim) ze względu na postulat prostoty i praktycznej użyteczności danego pojęcia. Tego typu operacje wypierania jednym pojęć przez inne, a nawet zastępowania całych teorii, odbywają się nawet w naukach empirycznych, tym bardziej mogą mieć miejsce w doktrynie czy praktyce prawa.

Natomiast w tym przypadku, skład orzekający Izby nie widzi potrzeby wypracowywania innych pojęć czy kategorii, które ww. pojęcie mogłyby skutecznie zastąpić, a także racji dla postulatów aby przy ocenie stopnia ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ramach danego opisu przedmiotu zamówienia, z używania tego pojęcia w ogóle zrezygnować. W ocenie Izby, żadne inne pomocnicze pojęcia, stosowane dla oceny i kwalifikacji danego opisu przedmiotu zamówienia, nie są tak poznawczo doniosłe, nie oddają w takim stopniu istoty problemu oraz równie celnie i całościowo nie opisują i nie oddają kryteriów oceny powyższego.

Jak już wskazano, właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Siłą rzeczy w zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej – zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje. Natomiast właśnie jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności owego stopnia danego ograniczenia konkurencji, jest właśnie kwalifikacja powyższego w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Kategoria ta umożliwia, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia i zamawiającego, przeprowadzenie pełnej oceny względów, którymi zamawiający kierował się przyjmując określony kształt i zakres przedmiotu zamówienia. Przy czym dodać należy, że odwołanie do „uzasadnioności” danych potrzeb zamawiającego, referuje zarówno do obiektywizacji tych potrzeb, jak też ich wykazania.

Ilustrując powyższe przykładem wskazać można, iż właśnie przez odwołanie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego najłatwiej ocenić i uzasadnić dopuszczenie zamówienia przez przewoźnika kolejowego elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), a wyłączenie możliwości dostawy jednostek z napędem spalinowym. Niewątpliwie przy pomocy pociągów spalinowych można realizować te same, podstawowe cele zamówienia (np. przewóz pasażerów), pociągi te mogą przemieszczać się po tych samych liniach kolejowych co „EZTy” plus po liniach niezelektryfikowanych... *etc.*, a jednak ocena szeregu zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego związanych z ekologią, ekonomią i komfortem użytkowania pociągów może przesądzić, iż ograniczenie konkurencji jedynie do pewnego

segmentu rynku zostanie uznane za dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, pomimo, że taki opis przedmiotu zamówienia zupełnie eliminuje producentów posiadających w swojej ofercie jedynie jednostki spalinowe. Również w przypadku zakupu jednostek spalinowych, w przypadku wykazania przez zamawiającego, iż pociągów takich potrzebuje do obsługi linii niezelektryfikowanych, jakiegokolwiek zarzuty braku dopuszczenia do zamówienia EZT zostaną uznane za niezasadne.

Powyższy przykład jest oczywiście bardzo zasadniczy i uproszczony. Ograniczenia konkurencji w ramach opisów przedmiotu zamówienia przybierają zazwyczaj bardziej skomplikowany charakter, niemniej jednak mechanizm i skutek jest zawsze ten sam – preferowane są jedne produkty czy rozwiązania, a niedopuszczane do zaoferowania lub dyskryminowane produkty inne. Do powyższego zazwyczaj referują również zarzuty i żądania wykonawców, którym dany opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada, domagających się dopuszczenia w jego ramach również rozwiązań opisem tym nieobjętych. Natomiast stwierdzenie dopuszczalności tego typu ograniczeń warunkowane jest właśnie oceną różnorodnych względów z danym zamówieniem związanych (np. takich jak cel, który dane zamówienie ma realizować, warunki prowadzenia działalności przez zamawiającego, wszelkie uwarunkowania i skutki zastosowania określonych rozwiązań... etc.), określanych zbiorczo jako „uzasadnione potrzeby zamawiającego”. Właśnie przez wskazanie i ocenę wagi potrzeb zamawiającego można najskuteczniej i najbardziej obiektywnie ocenić dany stopień ograniczenia konkurencji wynikający z zastanego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając na przykład, iż jest on dopuszczalny ze względu na istnienie adekwatnych doń potrzeb zamawiającego, których realizacji służy (*i vice versa* – że wykazane potrzeby zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia konkurencji i dostępu do zamówienia w zakresie przewidzianym przez zamawiającego). W skrajnych przypadkach waga i nagromadzenie potrzeb zamawiającego może nawet prowadzić do pełnej eliminacji konkurencji z postępowania, prowadząc do konieczności udzielenia zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co w przepisach ustawy opisywane jest w ramach przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Omawiana kategoria znalazła również zastosowanie w odniesieniu do zarzutów jednego z rozpatrywanych odwołań (KIO 2157/13), sprowadzającego się do postulowania eliminacji gotowych systemów nadzoru przez wymaganie przekazania pełni praw autorskich i kodów źródłowych oprogramowania, których wykonawcy nie chcą lub nie mogą przekazać zamawiającemu. Podstawy oddalenia ww. zarzutu dały się opisać i wyrazić najprościej właśnie przez odwołanie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego, sprowadzających się w tym

przypadku do zapewnienia możliwości swobodnego rozwijania i modyfikowania systemu, co zostało dodatkowo zestawione z kształtem rynku i wystarczającą jego konkurencyjnością w zakresie wykonawstwa systemów dedykowanych.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane przez zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami o charakterze *iuris cogentis* regulującymi stosunki umowne danego typu, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ k.c..

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za

niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc, m.in. tych wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiadanie świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę

zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

Jak wynika z powyższego o zasadzie swobody umów w systemie prawa cywilnego i zamówieniach publicznych, wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiadały się sądy powszechne. Jakkolwiek większość orzecznictwa w tym kontekście dotyczy poszczególnych

postanowień czy warunków umownych, to wskazać tu należy, iż znajduje ono zastosowanie również do przedmiotu umów. Postanowienia umowy, które przewiduje zamawiający w swojej SIWZ, stanowią integralną część warunków zamówienia (w szerszym znaczeniu składają się na opis przedmiotu zamówienia). Albo inaczej: w wymiarze przedmiotowym zasady swobody umów mieści się również opis przedmiotu zamówienia *sensu stricte* – to strony umowy decydują, co ma być jej przedmiotem, co chcą w jej ramach sprzedać lub kupić oraz w jaki sposób powyższe ma być zrealizowane.

Tym samym, skoro powołane wyżej wyroki sądów okręgowych dotyczące kształtowania warunków umowy, mogą zostać odniesione również do kształtowania samego opisu i zakresu zamówienia (a więc przedmiotu umowy). Wskazywany brak podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada, odnosi się również do przymuszania zamawiającego do zakupu rzeczy czy świadczeń, których kupić nie chce lub przyjęcia ich wykonania w terminie, który jest dla niego nieakceptowany. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izba Odwoławcza i sądy powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie potrzeb zamawiającego i sposobu ich zaspokojenia. W przepisach Pzp brak oparcia dla opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków i terminu jego realizacji, kształtowania budżetu i przepływów finansowych zamawiającego... *etc.* W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien kupić w zamian i w jaki sposób lub z jakich zamówień zrezygnować.

Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie działają bynajmniej jako organy administracji publicznej realizujące jakiegokolwiek swoje władcze uprawnienia w stosunku do wykonawców, ale jako równoprawni uczestnicy cywilnoprawnego obrotu. Jakkolwiek przy pomocy zamówień publicznych zamawiający przeważnie realizują różnorakie cele i zadania publiczne, jednakże czynią to przy pomocy instrumentów typowo cywilnoprawnych, działając w sferze prawa cywilnego, a więc zawierając umowy, w ramach których nabywają potrzebne im dobra i usługi (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00). Wybory i decyzje zamawiających co do sposobu realizacji swoich statutowych czy ustawowych zadań w ramach i poprzez zamówienia publiczne (np. który odcinek

autostrady zbudować i jak go poprowadzić, w jakiej formule, z jaką nawierzchnią; albo np. jaki kształt elektrycznego systemu dozoru skazanych przyjąć lub jakie zasady przepływów finansowych i płatności za powyższe przewidzieć), pozostają ograniczane jedynie przez szczególne przepisy dotyczące ich działalności, względnie przez wolę podmiotów, którym są hierarchicznie czy politycznie podległe. W przepisach ustawy brak natomiast materialnych norm, które pozwalałyby powyższe zamawiającym narzucać. Ograniczenia swobody kontraktowania po stronie zamawiającego wynikające z przepisów ustawy mają inny aspekt, zakres i charakter (omawiany powyżej) – nie przekładają się natomiast na możliwość pozytywnego decydowania o kształcie zakupów zamawiającego.

Przy czym skład orzekający Izby bynajmniej generalnie i doktrynalnie nie przesądza o bezwzględnym zakazie jakiegokolwiek ingerencji w czynności zamawiającego kształtujące stosunki umowne nawiązywane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wykraczające poza stwierdzenie ich niezgodności z prawem i następującym po tym, nakazie ich unieważnienia lub powtórzenia. W pewnych wypadkach może być uznane za dopuszczalne, nakazanie zamawiającemu dokonania określonych modyfikacji warunków przetargu (w tym opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy). W szczególności, po wysłuchaniu stron, w tym zamawiającego w przedmiocie określenia jego potrzeb i motywów, do których zaspokojenia zmierza przy pomocy danego zamówienia, ze względu na ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia, a także z powołaniem na pewne trudne do przecenienia, kształtujące się od początku funkcjonowania arbitrażu, tradycje czy nawet zwyczaje orzecznicze, możliwe będzie nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia dokładnie podyktowanych zmian SIWZ. Zwłaszcza jeżeli dane zmiany sprowadzały się będą li tylko do eliminacji niedopuszczalnych ograniczeń konkurencji w warunkach zamówienia, a nie zmieniały będą istoty zamówienia, jego zakresu i rodzaju, i jednocześnie nie będą nadmiernie ingerowały w sferę *dominium* zamawiającego lub będą przez niego akceptowane.

Można więc przyjąć i wskazać, że organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach obowiązywania zasady swobody umów i w systemie prawnym na tej zasadzie opartym, a nie w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej, winny ze szczególną ostrożnością i w ograniczonym zakresie kształtować stosunki umowne pomiędzy stronami obrotu cywilnoprawnego. Tym samym w celu narzucenia zamawiającemu konkretnego kształtu i zakresu jego zamówienia, wykonawcy winni zwracać się do instytucji, którym dany zamawiający jest organizacyjnie lub politycznie podległy (o ile takie występują), a nie do organów orzekających w sprawach zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Izba może natomiast, w przypadku adekwatnych wniosków odwołania w tym zakresie,

nakazać unieważnienie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy, a dokonanie jego poprawienia egzekwowalnym wyrokiem Izby jest niemożliwe z powodów opisanych powyżej. W takiej sytuacji, unieważnienie postępowania przy pomocy egzekwowalnego wyroku Izby uniemożliwiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów prawa, a jednocześnie dałoby zamawiającemu możliwość odpowiedniego, zgodnego z jego potrzebami, poprawienia opisu własnego przedmiotu zamówienia, albo rezygnację z zakupu, którego zgodnie z przepisami prawa przeprowadzić nie chce, nie może lub nie potrafi.

W szczególności, przy potwierdzeniu niektórych zarzutów rozpatrywanych odwołań, w odniesieniu do żądań z nimi związanych, Izba uznała, iż ich zasądzenie zmierzające do narzucenia zamawiającemu konkretnych warunków zakupu i opisanie elementów przedmiotu zamówienia nie mieściło się w określonych wyżej ramach. Z tego względu poprzestawano raczej na wynikającym z żądań odwołujących podnoszonych w odwołaniach, pismach procesowych lub na rozprawie, nakazach wykreślenia kwestionowanych elementów SIWZ naruszających przepisy prawa, w celu umożliwienia zamawiającemu wprowadzenia na ich miejsce zgodnych z przepisami prawa oraz odpowiadających jego woli i potrzebom nowych postanowień SIWZ, niż narzucania zamawiającemu ich konkretnego kształtu.

Odnosnie powyższego dodać jeszcze generalnie należy, iż zarzuty dotyczące postanowień SIWZ niejednokrotnie definiowane są również przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Natomiast dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia często warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Tego typu sytuacje występują najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednakże wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć, przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast w przypadku niemożliwości zasądzenia danych żądań odwołania dotyczących brzmienia dokumentów przetargowych, zupełnie dowolna kreacja ich treści poza wolą stron, winna doznawać ograniczeń.

Jak już wskazano, Izba nie może wyręczyć zamawiającego i w wyroku nakazać konkretny opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza konkurencji i jednocześnie odpowiada potrzebom zamawiającego, a następnie nakazać dokonania tak opisanego zakupu. Natomiast jedynie pozornym rozwiązaniem powyższego problemu jest ogólne

nakazywanie w wyroku dokonania takiej modyfikacji postanowień SIWZ, aby stały się zgodne z przepisami, zrozumiałe czy otwarte na konkurencję, etc... Wyrok z sentencją tego typu pozostaje nieegzekwowalny w rozumieniu art. 197 ustawy i tym samym wyklucza zastosowanie ww. przepisu. Ponadto samo wykonanie takiego wyroku przez zamawiającego będzie niedookreślone, dowolne i ocenne (co budzić będzie np. wątpliwości związane z zaistnieniem przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp). Należy więc postulować, aby w miarę możliwości unikać formułowania orzeczeń niekonkretnych, ale w przypadku niemożliwości sensownego nakazania poprawienia danych naruszeń przepisów, nakazywać raczej usunięcie postanowień, z których owe naruszenia wynikają, a w skrajnych przypadkach nakazywać nawet unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Przy czym zaznaczyć należy, iż stwierdzona w niniejszym przypadku skala naruszeń przepisów w odniesieniu do zastanych trakcie orzekania postanowienia SIWZ objętych zarzutami odwołania, nie była na tyle wielka i nie miała takiego charakteru, aby dla ich usunięcia konieczne stało się zastosowanie środków tak drastycznych jak nakaz unieważnienia całego postępowania, o co zresztą żaden z odwołujących nie wnosił.

Następną kwestią ogólną, do której odniesienia się narzuca przebieg przedmiotowych postępowań odwoławczych, jest znaczenie uznania czy uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i żądań odwołań, a także przeprowadzenia przed rozprawą zmian w postanowieniach dokumentów przetargowych, których zarzuty odwołań dotyczyły.

Według dyspozycji art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Natomiast zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez zamawiającego, ani pominięcia rozpoznania i orzeczenia o zarzutach, które odwołujący postawił i cały czas popiera. Izba umarza/może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie w ściśle wskazanych i kazuistycznie określonych w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy przypadkach. Ustawa w każdym takim przypadku wyraźnie odnosi możliwość umorzenia postępowania jedynie do sytuacji uznania przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd 2 Pzp, która stanowi, iż w

sytuacji uznania całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Także przewidziana i uregulowana w art. 186 ust. 3 i 4 instytucja sprzeciwu została wyraźnie określona jako „sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”.

Izba związana zasadą legalizmu orzeka na podstawie przepisów prawa oraz w ich granicach. Generalnie więc negatywnie należy odnieść się do stosowania przepisów proceduralnych i kompetencyjnych jedynie *per analogiam*, szczególnie w celu kreowania nieznanych przepisom prawa instytucji procesowych lub wyprowadzania z danych czynności skutków, których przepisy nie przewidują.

Tym samym fakt zadeklarowania przez zamawiającego częściowego uznania zarzutów odwołania, poza znaczeniem w przedmiocie dowodzenia i potwierdzania zarzutów (przyznania okoliczności procesowo istotnych dla stwierdzenia zasadności zarzutów), nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wpływu na wynik postępowania odwoławczego i nie determinuje kształtu rozstrzygnięcia. To zasadność zarzutów odwołania, a nie stanowisko zamawiającego w ich sprawie, będzie decydująca dla uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust. 1 i 2 Pzp. Uwzględnienie części zarzutów stanowić więc będzie jedynie przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy. A przyznanie tego typu zostanie uwzględnione przez Izbę w trakcie orzekania o ile nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i przepisami prawa. Powyższe nie stanowi jednak żadnej odrębnej instytucji procesowej znanej ustawie, wywierającej przewidziane w niej skutki, w szczególności skutek umorzenia postępowania odwoławczego w przyznanej części lub zniesienia jego kosztów. (W tym kontekście i znaczeniu, uznanie poszczególnych zarzutów odwołania podobne jest raczej do prawnokarnego przyznania się do winy, niż cywilnego uznania powództwa).

Dodatkowo wskazać tu można, iż skoro uwzględnienie części zarzutów i zobowiązanie się do uczynienia zadość żądaniom odwołania przez zamawiającego, nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego i obowiązkiem uczynienia zadość żądaniom odwołania (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp), dopiero uwzględnienie odwołania przez Izbę i nakazanie dokonania stosownych czynności,

spowoduje, iż zamawiający będzie miał obowiązek dokonania zasądzonych żądań odwołania. Deklaratoryjne uznanie części zarzutów (deklaratoryjne w znaczeniu zapowiedzi dokonania stosownych modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniami odwołującego), przy jednoczesnym pominięciu rozstrzygnięcia tych zarzutów przez Izbę i braku zasądzenia związanych z tym żądań, nie gwarantowałyby wykonawcy, iż zamawiający rzeczywiście postulowane przez niego zmiany wprowadzi. W szczególności wykonawca byłby w takiej sytuacji pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji orzeczenia Izby, które nie odnosiłoby się do uznanych przez zamawiającego zarzutów i żądań odwołania, a także wniesienia nowego odwołania względem czynności lub zaniechań czynności, które zamawiający swoim przyznaniem deklarował, a których nigdy nie wykonał, ze względu na upływ terminu do ich kwestionowania w drodze środków ochrony prawnej. Realizacji tego typu deklaracji (przrzeczeń/zobowiązań...) zamawiającego, a przede wszystkim samego ustalenia ich znaczenia prawnego, odwołujący mógłby dochodzić jedynie na zasadach ogólnych przed sądem powszechnym. Prawdopodobnie, w takiej sytuacji, rozstrzygnięcie uzyskałby już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Konsekwentnie przepisom ustawy nie jest znana instytucja częściowego sprzeciwu względem częściowego uwzględnienia odwołania w opisanym wyżej rozumieniu. Dopuszczenie sprzeciwu tego rodzaju prowadziłoby do sytuacji takich jak w przypadku odwołania KIO 2149/13, gdzie zamawiający stwierdził, że uznaje jeden z zarzutów odwołania i w wyniku jego rozstrzygnięcia wprowadził modyfikacje do SIWZ, odwołujący deklarował, że owo uwzględnienie nie odpowiada jego zarzutom i żądaniom oraz odwołanie w tym zakresie podtrzymywał, a jednocześnie przystępująca po stronie zamawiającego Comp S.A. wносиła sprzeciw względem uwzględnienia odwołania w tym zakresie i domagała się nie tylko jego oddalenia, ale również wnosila w ramach sprzeciwu o zmodyfikowanie dokonanych przez zamawiającego modyfikacji SIWZ (sic!). Przepisy ustawy tego typu sytuacji proceduralnej nie rozpoznają i tym samym nie dopuszczają. Zasada jest występowanie zawsze dwóch stron procesu odwoławczego (odwołujący vs zamawiający i interwenient przystępujący po jego stronie albo odwołujący i popierający go zamawiający, który odwołanie w całości uwzględnił vs wnoszący sprzeciw wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego) i przy przyjęciu takiego założenia zaprojektowano przepisy dotyczące obciążania stron kosztami postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym ww. sprzeciwu Comp S.A. nie zakwalifikowano jako sprzeciw w rozumieniu przepisów ustawy, ale potraktowano jako zwykłe stanowisko w sprawie.

Zamawiający nie rozstrzyga więc odwołań (tak jak niegdyś rozstrzygał kierowane doń protesty), a jakiegokolwiek jego „rozstrzygnięcia” nie wywierają bezpośrednich, przewidzianych przepisami skutków procesowych (poza wskazanym uwzględnieniem odwołania w całości). W szczególności zamawiający nie może uwzględnić odwołania częściowo i przeprowadzać czynności „w wyniku” takiego uwzględnienia, a następnie wnosić jedynie o jego „oddalenie w części” (co czynił zamawiający w odpowiedziach na odwołania). W domyśle, w pozostałym zakresie wnosi w takim przypadku albo o częściowe uwzględnienie odwołania albo częściowe umorzenie postępowania.

Kwestię odrębną dla rozstrzygnięcia odwołania stanowi natomiast nie samo deklarowanie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, ale jednoczesne dokonanie zmian w czynnościach (tu: w treści SIWZ), których odwołania dotyczyły. Tego typu powtórzenie lub zmiana czynności zamawiającego dokonywana po wniesieniu odwołania pozostaje czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia a nie czynnością procesową, a więc działaniem dokonywanym poza postępowaniem odwoławczym, które jednak wywiera wpływ na rozstrzygnięcie odwołania przez dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy. (Przy czym powyższe pozostaje często jedynym sposobem na uniknięcie przez zamawiającego negatywnych skutków – zwłaszcza w postaci zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego – braku przewidzenia w ustawie możliwości uwzględnienia jedynie części zarzutów podniesionych w odwołaniu).

W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienia, czy raczej uznawania za zasadne, części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.

W takim przypadku, tj. przy zmianie czy wykonaniu czynności postulowanych w odwołaniu – co m.in. wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11 – należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na ten moment nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie – zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Powyższe należy również zakwalifikować jako przypadek podpadający pod dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp –

nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, w odniesieniu do czynności (postanowień SIWZ) już nieistniejących i niewywierających skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią zmianą dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym w trakcie orzekania należało wziąć pod uwagę wszelkie wprowadzone przez zamawiającego zmiany w postanowieniach dokumentów przetargowych, których zarzuty odwołań dotyczyły. Natomiast ocena zgodności z prawem samej nowej treści SIWZ wprowadzonej przez zamawiającego, znalazła się poza oceną Izby, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp – nowe postanowienia SIWZ nie były (i nie mogły być) zarzutami rozpatrywanych odwołań objęte. Przy czym ustalenie, co jest postanowieniem materialnie nowym, którego zarzuty odwołań nie mogły dotyczyć, przeprowadzono oceniając treść i zakres wprowadzonych zmian, a nie tylko biorąc pod uwagę sam fakt ich przeprowadzenia w odniesieniu do danej jednostki redakcyjnej SIWZ.

Opisane wyżej względy i okoliczność, zdeterminowały kształt zapadłego rozstrzygnięcia w przedmiocie rozpoznawanych odwołań.

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

Sygn. akt: KIO 2149/13

Zarzut 2c – oddalono.

Wskazanie w pkt 3.1.5 załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, że „Wykonawca musi posiadać niezbędne certyfikaty i licencje na użytkowanie w systemie urządzeń monitorujących dostępne do wglądu przez Zamawiającego” – jest wskazaniem precyzyjnym i jednoznacznym i w żaden sposób nie narusza norm art. 29 ust. 1 Pzp. W trakcie realizacji zamówienia wykonawca może używać dowolnych urządzeń spełniających wymagania zamawiającego, co do których winien posiadać dokumenty potwierdzające możliwość ich użytkowania. Wskazanie, że są to dokumenty niezbędne, przesądza o tym, iż nie są to żadne inne, specjalne czy szczególne, certyfikaty i licencje, ale jedynie dokumenty wymagane przepisami prawa lub umowami, którymi związał się wykonawca – potwierdzające możliwość wykorzystywania i wprowadzania na rynek urządzeń, w zakresie, w którym posługuje się nimi wykonawca w trakcie realizacji zamówienia.

Zarzut 2g – uwzględniono.

W pkt. 3.2.13. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, I. Wymagania ogólne dla systemu dozoru elektronicznego (SDE), wskazano: „Sygnał radiowy nadajnika nie może aktywować bramek kontrolnych w sklepach (supermarketach)”.

Wyżej wymienione wymaganie, w kształcie w jakim zostało sformułowane i w jakim obowiązuje, jest elementem opisu przedmiotu zamówienia niemożliwym do spełnienia. Z tego typu postanowienia umownego wynika, iż nadajniki radiowe stosowane przez wykonawcę zamówienia nie mogą aktywować jakichkolwiek bramek sklepowych, teraźniejszych i przyszłych, jakiegokolwiek produkcji, pochodzenia i konstrukcji. Zamawiający w ten sposób bezwzględnie (bez jakiegokolwiek relatywizacji i złagodzenia odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązań umownych w tym zakresie) wymaga, aby żadna bramka (niezależnie od jej standardu i konstrukcji, a nawet dopuszczenia do użytkowania i wypełniania przez nią jakichkolwiek norm) używana na rynku, nie została aktywowana urządzeniem zastosowanym u skazanego.

Jak już wskazano, tego typu wymaganie, odniesione do nieskończonego bogactwa rozwiązań technicznych stosowanych na rynku, przy braku określenia i zawężenia jakichkolwiek norm odniesienia, pozostaje nierealne i niemożliwe do spełnienia, a tym samym również do wycenienia. Wykonawcy składając ofertę musieliby z góry zakładać, iż tego wymagania umownego nie wypełnią i liczyć się z poniesieniem odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy (określonej w samych postanowieniach umownych, jak też na zasadach ogólnych).

W związku z powyższym nakazano wykreślenie przedmiotowego postanowienia SIWZ, w celu umożliwienia zamawiającemu albo zrezygnowania wymagań odnośnie aktywowania bramek sklepowych albo takiego ich opisanie, aby wykonawcy mogli je wypełnić. Sprawą zamawiającego pozostaje czy powyższe wykonana przez skończony i uchwytny opis (normatywny, techniczny, itp...) bramek, które nie mogą być aktywowane czy przez podanie stosownych norm odniesienia w tym względzie dla samego nadajnika (co jest postulowane w odwołaniu KIO 2152/13 i wydaje się bardziej sensowne).

Na marginesie Izba zaznacza, iż niesatysfakcjonujące w tym zakresie pozostają jakiegokolwiek pozaumowne deklaracje zamawiającego, iż sformułowane w bezwzględny sposób wymagania umowne opisujące zobowiązania stron egzekwował będzie z umiarem i zgodnie z wymaganiami zdrowego rozsądku. Tego typu

mechanizmy, o ile mają być wzięte pod uwagę i uznane za obowiązujące, winny znaleźć odzwierciedlenie w treści wiążących dokumentów, opisujących wzajemne zobowiązania stron.

Zarzuty 2h oraz 3c – uwzględniono

Pierwotne postanowienia § 5 ust. 1 pkt. 3 załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór umowy, względem których sformułowano zarzuty odwołania, przewidywały, iż wykonawca będzie zobowiązany do: „wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek Zamawiającego poprawek do systemu informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej w ujęciu rocznym 1 200 roboczogodzin przez cały okres obowiązywania Umowy, mających na celu modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności, w terminie nie dłuższym niż 30 dni. W przypadku wprowadzania poprawek wynikających ze zmiany przepisów prawa ograniczenie dotyczące roboczogodzin nie obowiązuje”.

W wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 20 września br. powyższe zmieniono na:

„3. Wprowadzania bez dodatkowego wynagrodzenia na pisemny wniosek Zamawiającego poprawek do Systemu Informatycznego SDE o pracochłonności nie przekraczającej 4 800 roboczogodzin przez cały okres etapu II Umowy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni.”

Pierwotne brzmienie postanowień SIWZ ustanawiało godzinowy limit poprawek, do których wykonawca będzie zobowiązany w odniesieniu do okresu rocznego, a także definiowało same poprawki i relatywizowało je w odniesieniu zmian wynikających z przepisów prawa. Obecne postanowienia SIWZ dotyczą już inaczej określonych poprawek systemu. Zmieniono także limit z rocznego na ogólny i określono go przy pomocy innej liczby godzin. Wobec powyższego, właściwie jedynym materialnie tożsamym postanowieniem, utrzymanym po zmianach z 20 września 2013 r., którego zarzuty odwołania dotyczyły, pozostaje wymaganie 30 dniowego terminu na wykonanie zmian. Tym samym zmiana warunków wykonywania zmian w systemie uniemożliwiła rozpoznanie zarzutów, które dotyczyły warunków pierwotnych, zniesionych przez zamawiającego – przedmiot orzekania już nie istnieje, a potwierdzenie zarzutów w tym zakresie nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Orzeczono więc jedynie o dopuszczalności ustanowienia ww. terminu, oceniając go w odniesieniu do zmienionego zakresu rzeczowego jego realizacji i egzekwowania.

Powyższe w pewnym stopniu uprościło orzekanie w trudnej i skomplikowanej kwestii oceny dopuszczalnego zakresu ryzyk, jaki może być wprowadzony opisem przedmiotu zamówienia publicznego w świetle wymagań z art. 29 ust. 1 Pzp. Jednakże kwestie te wiążą się również z objętą zakresem orzekania sprawą terminu na wprowadzenie poprawek i jako takie wymagają uwzględnienia w uzasadnieniu rozstrzygnięcia.

Generalnie w tym zakresie, w ślad za cytowanym powyżej wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), należy przyjąć, iż przepisy ustawy dopuszczają pewną nieokreśloność przedmiotu zamówienia, kwalifikowaną jako konieczność uwzględnienia i wycenienia w ofercie pewnego zakresu ryzyk związanych z wykonywaniem danego zamówienia. Zamawiający może więc na wykonawcę określone ryzyka nałożyć, a wykonawca winien je w swojej ofercie skalkulować. Nie jest natomiast w niektórych sytuacjach oczywiste przesądzenie i rozgraniczenie kwestii, co jest dopuszczalnym poziomem i zakresem ryzyk związanych wykonaniem danego przedmiotu zamówienia, a co brakiem w opisie samego przedmiotu zamówienia. Tego typu dystynkcje można przeprowadzić jedynie w odniesieniu do konkretnego kontraktu czy opisu, nie sposób natomiast sformułować w tym zakresie ścisłych i generalnych kryteriów rozróżnienia powyższego. Nie jest to możliwe ze względu na specyfikę różnych przedmiotów zamówień –np. inaczej definiowana będzie istota i zakres zamówienia na wykonywanie usług serwisowych lub prawniczych, a inaczej na wykonawstwo obiektu budowlanego, tym samym inne będą braki w opisie takich przedmiotów zamówień oraz inne możliwe ryzyka z nimi związane.

W przypadku przedmiotowego zamówienia zakres świadczenia wykonawcy wyznaczany jest przede wszystkim opisem zamawianych rozwiązań (oprogramowania do wykonania, sprzętu do dostarczenia/użycia... etc.) i czynności do wykonywania, a także czasem na ich wykonywanie. W opisie przedmiotu zamówienia dokładnie określono jaki system wykonawca ma wykonać i czemu system ten ma służyć (jakie funkcjonalności i parametry osiągać, ilu klientów obsługiwać... etc.). Jednocześnie zamawiający wprowadza „dodatek” do zamawianego zakresu świadczenia polegający na tym, iż wykonawca ma wykonać poprawki do systemu zlecone w trakcie jego użytkowania, zdefiniowane i ograniczone jedynie przy pomocy określenia ich pracochłonności, przy jednoczesnym wprowadzeniu terminu na ich wykonanie. Przy czym o ile w pierwotnej wersji SIWZ

zamawiający definiował ww. poprawki przez przynajmniej ogólne wskazanie ich charakteru („modyfikacje systemu wynikające z nowych funkcjonalności”) oraz przewidywał i wyróżniał możliwą genezę ich powstania (zmiany w prawie), to obecnie poprawki te pozostają w żaden sposób rzeczowo niedookreślone. W świetle obecnego brzmienia SIWZ mogą więc to być poprawki zarówno ilościowe, jak i jakościowe, dostosowujące system do nowych potrzeb zamawiającego, jak też istotnie zmieniające jego charakter.

Jak już wskazano, poza zakresem orzekania pozostawiono ocenę kwestii czy możliwe jest wymaganie uwzględnienia i wycenienia w ofercie ewentualnego zlecenia dodatkowych 4800 godzin pracy programistów przy takim określeniu przedmiotu tego zlecenia. Orzeczono natomiast o objętym zarzutem i pozostawionym bez zmian określeniu terminu na wykonanie powyższego, uznając wymagania w tym przedmiocie za naruszające dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp oraz zasady współżycia społecznego i ustalone w stosunkach danego rodzaju zwyczaje.

Postanowienia umowne, na podstawie których zamawiający może narzucić wykonawcy, realizację bliżej nieokreślonych prac w rozmiarze nawet 4800 h. do wykonania w przeciągu jednego miesiąca, nie dają się pogodzić z powołanymi zasadami kształtowania stosunków umownych w zamówieniach publicznych. Dotyczy to przypadku zlecenia poprawek, które od razu wyczerpią zakładany limit godzinowy, a więc konieczne stanie się przepracowanie 4800 godzin w ciągu jednego miesiąca. Biorąc pod uwagę fakt, iż koncepcyjne prace informatyczne nie są prostymi robotami ilościowymi, których szybkość wykonania zależy jedynie od zaangażowanych sił i środków (ilości osób, systemu zmianowego.. etc.), wykonanie niektórych poprawek o pracochłonności 4800 godzin w ciągu jednego miesiąca może okazać się faktycznie niemożliwe, a tym bardziej niemożliwe do wycenienia. Zamawiający nie może więc oczekiwać od wykonawców przyjęcia na siebie zobowiązania (i jego wycenienia) w ramach którego będzie mógł według własnej woli i widzimisie przewidzieć taką intensywność i taki rodzaj prac, którym wykonawca w tak określonym okresie czasu i wymiarze (4800 roboczogodzin w miesiąc), nie będzie mógł podjąć.

W związku z powyższym nakazano zamawiającemu usunięcie z treści SIWZ bezwzględnie wymaganego terminu 30 dni na wykonanie poprawek.

Nie uwzględniono przy tym wniosków o określenie tego terminu jako „uzgodnionego przez strony”. Powyższe stanowiłoby nadmierną ingerencję w sferę *dominium*

zamawiającego. Sprawą zamawiającego pozostaje w jaki sposób zechce termin na wykonanie zleczonych przez siebie poprawek do sytemu określić i przewidzieć. W szczególności zamawiający może podać tu termin inny, bardziej odpowiadający wymiarowi prac, które w jego trakcie mogą być od wykonawców egzekwowane oraz odpowiednio ograniczyć wymiar prac, których wykonanie w ramach danego terminu będzie wymagał.

Tak jak odnośnie zarzutu nr 2g, na marginesie Izba zaznacza, iż w trakcie orzekania oceniała zastaną treść postanowień dokumentów przetargowych, a nie deklaracje zamawiającego w jaki sposób postanowienia tych dokumentów będą przezeń stosowane w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności, że z przyznanых sobie uprawnień umownych będzie korzystał z umiarem i zgodnie ze zdrowym rozsądkiem – tak jak to czynił dotychczas.

Zarzut 2i – uwzględniono.

W treści specyfikacji określono jedynie terminy na rozpoczęcie wykonywania poszczególnych etapów zamówienia oraz usługi (zał. nr 2 do umowy).

W związku z specyfiką wymagań ustawowych związanych z elektronicznym nadzorem skazanych, przejawiającym się m.in. tym, iż skazany nie może być nadzorowany przy pomocy dwóch różnych systemów jednocześnie, operacja przejmowania do nowego systemu kilku tysięcy skazanych winna być skoordynowana i rozłożona w czasie. Tym samym dla przeprowadzenia i zaplanowania powyższego niezbędne jest podanie warunków i zakresu współpracy, do którego zobowiązany będzie operator systemu użytkowanego obecnie. Przy braku tego typu informacji niewystarczające jest określenie nawet najdłuższego okresu czasu, w którym wykonawca ma przygotować się do rozpoczęcia świadczenia usług nadzoru. Przy braku określenia konkretnych i realnych warunków przejęcia skazanych do nowego systemu, tego typu przejęcie do oznaczonego dnia i rozpoczęcie nadzoru pierwszych 7500 osób od dnia 1 września 2014 r., może okazać się niemożliwe, a już z pewnością jest niemożliwe do wycenienia przy braku informacji, co do powyższych warunków. W przypadku gdy zamawiający nie jest w stanie zobowiązać dotychczasowego wykonawcę usług do współpracy i opisać warunków sukcesywnego przekazywania skazanych do nowego systemu, ale dotychczasowy wykonawca zamierza świadczyć usługi do końca terminu, który określa jego zobowiązanie, a następnie skazanych po prostu pozostawić,

zamawiający winien albo przewidzieć odpowiednie mechanizmy umowne kompensujące tego typu sytuację i liczące się z tego typu skutkiem, albo po prostu podać wykonawcom, że mają w rzeczywistości przejąć wszystkich skazanych w terminie wskazywanych przez odwołującego dwu dni, albo nawet kilku godzin i w związku z tym winni przewidzieć zatrudnienie odpowiedniej ilości osób, które tego typu operację, w całym kraju przeprowadzą – tak aby powyższe mogli wycenić w swoich ofertach, a nie domyślać się, jakie informacje w tym zakresie przekaże im zamawiający po podpisaniu umowy (co zamawiający deklarował na rozprawie).

W związku z powyższym potwierdzono naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz nakazano uzupełnienie SIWZ o informacje niezbędne wykonawcom do przygotowania i wycenienia czynności przejęcia skazanych do systemu (jakkolwiek nakaz ten zostanie zrealizowany).

Zarzut 2l – uwzględniono.

Zgodnie z pkt 3.2.12 załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, wymagano: „Sygnał radiowy nadajnika nie może wpływać na prawidłowe funkcjonowanie medycznych urządzeń elektronicznych wczepionych lub noszonych przez osobę objętą systemem i musi być bezpieczny dla kobiet w ciąży”

Analogicznie jak w przypadku wymagania ocenianego w ramach zarzutu 2g, bezwzględne żądanie aby sygnał nadajnika nie zakłócał funkcjonowania jakichkolwiek urządzeń medycznych, które mogą używać skazani, nie daje się pogodzić z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp. Skoro nawet przepisy prawa określające warunki wykonywania kary z użyciem środków elektronicznego dozoru przewidują sytuację, w której kara ta nie może być orzekana czy wykonywana w przypadku konfliktu technicznego urządzeń zagrażającego zdrowiu skazanego, to tym bardziej niezrozumiałe jest dlaczego zamawiający nakłada na wykonawcę bezwzględne wymaganie, które nie dopuszcza aby kiedykolwiek taki konflikt powstał, nie przewidując tu żadnych wyjątków ani mechanizmów dookreślających i ograniczających jego wymagania w tym zakresie albo łagodzących odpowiedzialność wykonawcy.

W związku z powyższym, z uzasadnieniem analogicznym jak w odniesieniu do zarzutu 2g, nakazano wykreślenie z pkt 3.2.12 załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, frazy: „nie może wpływać na prawidłowe funkcjonowanie

medycznych urządzeń elektronicznych wczepionych lub noszonych przez osobę objętą systemem i”.

W trakcie orzekania Izba nie uwzględniła dowodu wnioskowanego przez odwołującego –wyciągu (str. 15) z Przewodnika dla producentów ich przedstawicieli oraz importerów telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i urządzeń radiowych – wymagania wynikające z dyrektywy nr 1999/5/WE. Dowód miał dotyczyć zarzutów 2c, 2g, 2l oraz był wnioskowany na okoliczność potwierdzenia, iż norma CE zapewnia kompatybilność urządzeń ją spełniających. Dowód uznano za bezprzedmiotowy w odniesieniu do zarzutu 2c oraz zbędny dla potwierdzenia zarzutów 2g i 2l.

Zarzut 2o – oddalono.

Określenie w treści pkt. 3.3.4. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, że komunikat o słabej baterii urządzenia musi być wysłany do centrali monitorowania nie później niż na 24 godziny przed całkowitym wyładowaniem się baterii urządzenia, jest funkcjonalnością możliwą do zagwarantowania, a także pozostaje wymaganiem jasnym i w pełni dookreślonym.

Jak słusznie podniósł zamawiający, powyższe wymagania oznacza, że sygnał ostrzegawczy musi zostać wysłany na 24 godziny przed rozładowaniem baterii przy złożeniu jej największego możliwego obciążenia pracą.

Zarzut 2p – oddalono.

Również określenie w treści pkt. 3.2.5. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, że noszenie nadajnika nie może ograniczać nurkowania do głębokości 5 m. jest wymaganiem jasnym i możliwym do wypełnienia (zwłaszcza w świetle wyjaśnień zamawiającego, że powyższy wymóg dotyczy szczelności urządzenia, a nie zapewnienia funkcji nadawania w trakcie nurkowania). Natomiast mnożenie przez wykonawcę wątpliwości i wymagań, co do określenia warunków takiego nurkowania, pozostaje nieuprawnione – takie brzmienie wymagań SIWZ oznacza po prostu, że wykonawca powinien przyjąć najbardziej wymagające warunki i parametry nurkowania, w których jego urządzenie może być użytkowane przez skazanych.

Zarzut 2q – oddalono.

Po pierwsze Izba wskazuje, że zarzut dotyczy postanowień SIWZ, których treść zasadniczo zmieniono, a poza tym zastane w trakcie orzekania postanowienia specyfikacji są jasne, zrozumiałe i możliwe do spełnienia.

Pierwotnie w pkt. 3.2.11. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia wymagano: „Nadajnik musi spełniać wszystkie europejskie i polskie przepisy odnoszące się do przenośnych transmisyjnych urządzeń elektronicznych noszonych przy ciele. Wykonawca musi posiadać niezbędne certyfikaty w tym zakresie dostępnych do wglądu przez Zamawiającego.” Natomiast po zmianie z dnia 20 września br., pkt 3.2.11 brzmi następująco: „3.2.11. Nadajnik musi spełniać wszystkie europejskie i polskie przepisy odnoszące się do przenośnych transmisyjnych urządzeń elektronicznych noszonych przy ciele i posiadać certyfikat CE w tym zakresie, dostępny do wglądu przez Zamawiającego.”

Zamawiający wyjaśnił, że przez odwołanie do przepisów europejskich rozumie przepisy UE, a nie przepisy obowiązujące w poszczególnych państwach europejskich. Poza tym odwołanie się w ten sposób do certyfikatu CE określającym zakres weryfikacji i potwierdzenia zgodności z normami, przesądziło do jakich przepisów warunków może jedynie referować.

Zarzut 2r – oddalono.

W pkt. 3.2.17. załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, wymagano: „W przypadku przerwania łączności, stacjonarne urządzenie monitorujące musi przechowywać wszystkie komunikaty nie przekazane do centrali monitorowania. Jeżeli nie będzie łączności z centralą monitorowania, stacjonarne urządzenie monitorujące musi przechowywać informacje zebrane co najmniej z 72 godzin. W przypadku nawiązania łączności składowe komunikaty muszą być transmitowane do centrali monitorowania”.

Odnosnie tych postanowień odwołujący ponosił, iż w niektórych przypadkach może być niemożliwe zapewnienie zarejestrowania wszystkich zdarzeń z okresu 72 godzin i w związku z tym domagał się podania limitu ilości zdarzeń, które mają być przechowywane w pamięci urządzenia. I taką minimalną ilość zdarzeń, które urządzenie winno rejestrować, ograniczając w ten sposób ilość zdarzeń koniecznych do zarejestrowania w okresie 72 godzin, zamawiający w treści SIWZ podał – było to 1 300 000 zdarzeń. Modyfikacją z dnia 20 września br. wprowadzono następujące postanowienia w tym zakresie: „3.3.17. W przypadku przerwania łączności,

stacjonarne urządzenie monitorujące musi przechowywać wszystkie komunikaty nie przekazane do centrali monitorowania. Jeżeli nie będzie łączności z centralą monitorowania, stacjonarne urządzenie monitorujące musi przechowywać informacje zebrane co najmniej z 72 godzin. W przypadku nawiązania łączności składowe komunikaty muszą być transmitowane do centrali monitorowania. Liczba zdarzeń jaką musi przechowywać stacjonarne urządzenie monitorujące w tym okresie wynosi 1 300 000 zdarzeń.”

Już samo powyższe czyni zarzut bezprzedmiotowym, a obecne podnoszenie przez odwołującego, iż określenie w treści SIWZ 1 300 000 zdarzeń do zarejestrowania jest ilością wygórowaną winno zostać uczynione w ramach nowego odwołania.

Przy czym na marginesie zaznaczyć można, że jak przyznawał sam odwołujący, osiągnięcie powyższej funkcjonalności jest technicznie wykonalne, podraża jedynie koszt usług i jest nieracjonalne. Odnośnie powyższego Izba wskazuje, iż jakikolwiek uchwytny koszt związany z wykonywaniem zamówienia wykonawca może i powinien wycenić w cenie oferty, natomiast Izba nie jest właściwa w sprawie orzekania o racjonalności działań zamawiającego.

KIO 2152/13

Zarzut nr II – oddalono.

Przedmiotowe zamówienie jest niewątpliwie zamówieniem złożonym, łączącym w sobie zarówno usługi, jak i dostawy (w jakimkolwiek rozumieniu tych terminów) oraz elementy różnych typów umów, nazwanych, jak i nienazwanych.

Zamawiający przyjął w tym przypadku i zadekretował w SIWZ kształt oferty polegający na generalnym zaciągnięciu zobowiązania do wykonania określonego sytemu (w tym dostarczenia i przeniesienia własności urządzeń służących do użytkowania systemu) oraz świadczenia usług z związanych (w tym przy pomocy urządzeń, które pozostaną własnością wykonawcy) zgodnie z SIWZ.

Zestawienie opisu przedmiotu zamówienia i wszelkich warunków jego realizacji z zobowiązaniem do ich wypełnienia i jego wycenieniem, wyrażonymi w ofercie, stanowi wystarczające określenie wszystkich przedmiotowo istotnych elementów oferty i umowy (w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego).

W świetle postulatów odwołującego związanych z przyjętym przez niego rozumieniem pojęcia *essentialiae negotii*, jedynymi dopuszczalnymi i ważnymi umowami zawierającymi jakiegokolwiek elementy dostaw (w rozumieniu Pzp), byłyby umowy dotyczące rzeczy określonych co do „producenta, nazwy, typu, modelu, itp.”. W systemie prawa cywilnego wykreowanym przez odwołującego, strony nie mogłyby np. zawrzeć umowy o sukcesywne dostawy urządzeń opisywanych wymaganymi parametrami i funkcjonalnościami, ale zawsze musiałyby się umawiać o dostawy konkretnych modeli urządzeń danych producentów. W świetle tego typu stanowiska nieważnych byłaby większość złożonych i nienazwanych umów zawieranych na rynku. W umowach dotyczących skomplikowanych i złożonych przedmiotów zamówienia, np. budowy wielkich obiektów budowlanych czy wykonania rozległych systemów informatycznych, prawie zawsze znajdują się elementy, które w rozumieniu definicji zawartej w art. 2 pkt 2 Pzp, można zakwalifikować jako dostawy, a przedmiot tej dostawy bardzo rzadko jest w całości „nazywany” w ofertach i umowach w sposób postulowany przez odwołującego, natomiast tego typu określanie przedmiotu dostawy ogranicza się przeważnie jedynie do jej najważniejszych elementów.

Odnosnie powyższego wskazać można na przyjmowane na rynku zamówień publicznych w dokumentach przetargowych, generalnie dwa odmienne sposoby konstruowania ofert (przy stosowaniu całego spektrum wariantów mieszanych i pośrednich).

W jednym wypadku zamawiający wymagają jedynie podania ceny oraz zaciągnięcia ogólnego zobowiązania do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ (czy to przez sam fakt złożenia oferty na wykonanie zamówienia w odpowiedzi na konkretne warunki przetargowe, czy przez złożenie odrębnej deklaracji w tym zakresie). Tego typu oferta zawiera w swojej treści wszystkie istotne przedmiotowo elementy ją konstytuujące przez odniesienie do dokumentu przetargowego, gdzie warunki realizacji zamówienia określono. W innym wariantcie, żądane jest podanie w ofercie dokładnego opisu przedmiotu przyszłego świadczenia – co konkretnie w ramach realizacji danego zamówienia zostanie wykonane, dostarczone, w jaki sposób, w jakim okresie... *etc.* (np. przez wskazanie w ofercie konkretnych, oznaczonych urządzeń, opisanie podejmowanych czynności, załączenie do oferty

kosztorysów zawierających oznaczenie stosowanych materiałów lub tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp... *etc.*).

W pierwszym z ww. wariantów na treść oferty, tzn. na zakres wynikającego z niej zobowiązania wykonawcy, składa się jedynie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Wykonawca pozostawiona zostaje pełna swoboda realizacji zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Do czasu realizacji zamówienia, a często nawet w jego trakcie (w zależności od kształtu umowy w sprawie zamówienia), może dowolnie zmieniać przedmiot swojego świadczenia, poruszając się przy tym w ramach wymagań SIWZ, nie zmieniając przez to treści oferty i zaciągniętego w niej zobowiązania. Zobowiązanie to, tylko w takim zakresie w jakim zostało wyrażone i opisane w ofercie, będzie mogło zostać ocenione pod względem jego zgodności z SIWZ, nie ma bowiem żadnej innej, domniemanej i dodatkowej treści oferty, niż wyrażona na piśmie i złożona zamawiającemu zgodnie z art. 82 Pzp.

Zaletą przyjęcia takiego kształtu składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia ofert, jest znikome ryzyko ich odrzucenia ze względu na błędy wykonawców związane z ich przygotowaniem – w takim przypadku bardzo rzadko treść oferty, ze względu na jej prostotę i niewielki zakres podawanych tam informacji, jest niezgodna z SIWZ. Tym samym im prostsza treść zobowiązania ofertowego tym mniejsze ryzyko jej niezgodności ze specyfikacją. Wadą powyższego może być natomiast przenoszenie ewentualnego sporu, co do zgodności przedmiotu ewentualnego świadczenia z SIWZ – który jako nieopisany w ofercie, nie będzie zweryfikowany w trakcie oceny ofert – na etap realizacji zamówienia, kiedy to przyjęty przez wykonawcę sposób wykonania zamówienia okaże się niezgodny z SIWZ, a tym samym niezgodny z jego zobowiązaniem ofertowym. W konsekwencji, w przypadku gdy wykonawca nie będzie chciał zmienić tego typu świadczenia, umowa w sprawie zamówienia winna zostać uznana przez zamawiającego za wykonywaną nienależycie, a spór w tym zakresie rozstrzygnie sąd powszechny.

Natomiast w drugim z opisanych przypadków, wykonawca już od chwili złożenia i otwarcia oferty, w której opisał i sprecyzował swoje świadczenie, będzie zobowiązany do wykonania zamówienia zgodnie ze swoją ofertą, a jej treść, również w zakresie zawartego w niej opisu świadczenia, będzie podlegała ocenie pod względem zgodności z SIWZ w trakcie badania i oceny ofert, ze wszelkimi tego

konsekwencjami. Wadą powyższego rozwiązania pozostaje niewielka elastyczność w zakresie wykonywania przedmiotu świadczenia, co jest często kłopotliwe w przypadku świadczeń długookresowych, zwłaszcza dotyczących rynków z wysokim poziomem zmienności i innowacji (a także w związku z ograniczonymi możliwościami aneksowania umów w sprawie zamówienia publicznego).

Niezależnie od opisywanych pokrótce i niewyczerpująco faktycznych wad i zalet tego typu rozwiązań oraz ich konsekwencji, to zamawiający, i tylko zamawiający, decyduje o kształcie zobowiązania, który wykonawcy mają przez złożenie swoich ofert zaciągnąć. Zamawiający może więc swobodnie, według własnych preferencji i potrzeb, zdecydować, który z opisanych powyżej wariantów oferty wybrać.

W związku z powyższym zarzut uznano za niezasadny, a żądania zmierzające do narzucenia zamawiającemu określonego kształtu formularza ofertowego za bezpodstawne.

Zarzut nr III – uwzględniono z uzasadnieniem tożsamym jak dla zarzutu nr 2h oraz 3c odwołania KIO 2149/13.

Zarzut nr VI – uwzględniono z uzasadnieniem tożsamym jak dla zarzutu nr 2h oraz 3c odwołania KIO 2149/13.

Zarzut nr IX – oddalono.

Zakwestionowane odwołaniem pierwotne postanowienie pkt 4.7, rozdz. I OPZ - „Wszystkie dostarczone urządzenia służące do monitorowania muszą być fabrycznie nowe i wyprodukowane nie wcześniej niż rok przed rozpoczęciem usługi” – pozostawało jasne i precyzyjne.

Zmianą specyfikacji z dnia 20 września 2013 r. nadano następującą treść punktu 4.7, rozdz. I, Wymagania ogólne dla systemu dozoru elektronicznego (SDE) w załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia: „Wszystkie urządzenia służące do monitorowania muszą być fabrycznie nowe. Przez fabrycznie nowe rozumie się, że będą wyprodukowane nie wcześniej niż rok przed przekazaniem do eksploatacji.”

Tak samo zrozumiałe i niebudzące wątpliwości interpretacyjnych pozostają więc nowe i niewiele zmienione postanowienia w tym zakresie, a oceny powyższego nie

zmieniają żadne aporie mnożone przez odwołującego za pomocą dzielenia urządzeń na części i składniki oraz postulowaniem ich datowania.

W zakresie daty odniesienia, postanowienia SIWZ zmieniono (datę rozpoczęcia usługi na datę przekazania urządzenia do eksploatacji).

Zarzut nr X – oddalono.

Wskazane jako załącznik nr 3 do Umowy - Wzory protokołów odbioru w związku z ich niezłączeniem do SIWZ, nie wywierają żadnych skutków zobowiązaniowych dla wykonawców. Nie ma więc potrzeby i podstaw do ich kwestionowania.

Sygn. akt: KIO 2157/13

Zarzut nr 1 – oddalono.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przytoczono adekwatne postanowienia SIWZ, co zostało zreferowane powyżej.

Zgodnie z art. 22 ust 1 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Według ust. 4 art. 22 Pzp, opis warunków udziału w postępowaniu (zwany w przepisie „opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków), o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z ust. 5, warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Opis warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, stanowi więc zestawienie cech podmiotowych wykonawcy, które zamawiający uznaje za niezbędne do

wykonania jego zamówienia, a ich stawianie ma na celu zwiększenie prawdopodobieństwa wyłonienia wykonawcy gwarantującego bezproblemowe i zgodne z oczekiwaniami kontrahenta wykonanie zamówienia.

Żądania odwołującego, co do zaostżenia warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w SIWZ, nie znajdują podstaw prawnych.

Zgodnie z powołanym przepisem art. 22 ust. 4 ustawy, warunki udziału w postępowaniu stawiane przez zamawiającego winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, tj. związane z nim i do niego proporcjonalne. Z powyższego należy wyprowadzić zakaz stawiania warunków „zbyt wysokich”, a więc w sposób nieproporcjonalny do wymagań związanych z wykonaniem danego przedmiotu zamówienia, nadmiernie ograniczających konkurencję i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Natomiast niejako „dolnej granicy” stawiania warunków udziału w postępowaniu ustawa w ww. przepisie nie określa – przede wszystkim zamawiający warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, może w ogóle nie opisywać.

Sprawą zamawiającego pozostaje jakie doświadczenie, a także jaki jego poziom i zakres (z zachowaniem opisanych wyżej wymagań ustawowych), w ramach warunków udziału w postępowaniu, opisz i będzie egzekwował od wykonawców. Wszyscy wykonawcy spełniający minimalne warunki postawione przez zamawiającego, winni być uznani za zdolnych do wykonania zamówienia i dopuszczeni do ubiegania się o jego udzielenie.

W związku z powyższymi zarzutami i żądania odwołania zmierzające do „zaostżenia” warunków udziału w postępowaniu uznano za oczywiście niezasadne.

W trakcie wyrokowania Izba nie uwzględniła dowodów wnioskowanych przez odwołującego zmierzających do wykazania, że na światowym rynku działają podmioty spełniające zaprojektowane przez odwołującego warunki udziału w postępowaniu – uznając je za bezprzedmiotowe i nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zarzut nr 5 – oddalono.

Zarzut dotyczył § 6 Zał. nr 1 do SIWZ – Wzór umowy i określenia zakresu pól eksploatacji oraz obowiązku przekazywania zamawiającemu kodów źródłowych oprogramowania i wszystkich jego modyfikacji, a także wszystkich elementów umożliwiających instalację/uruchomienie systemu, co uniemożliwiać miało złożenie oferty przez odwołującego.

W związku z czym odwołujący wnosił o ograniczenie pól eksploatacji (wskazując tu jedynie konkretnie prawo do obrotu) oraz rezygnację z obowiązku przekazania kodów źródłowych do oprogramowania i zastąpienie powyższego wymogu obowiązkiem zapewnienia licencji do oprogramowania (co odwołujący podkreślił w piśmie procesowym z dnia 26 września br.).

Zamawiający modyfikacją SIWZ z dnia 20 września 2013 r. zrezygnował z przeniesienia w ramach praw autorskich prawa do obrotu systemem, a także zrezygnował z wymagania przeniesienia pełni autorskich praw majątkowych do oprogramowania narzędziowego i oprogramowania platformy serwerowej (rezygnując w tym zakresie z wymogu przekazania kodów źródłowych i poprzestając na licencjach).

Konkretnie, jak ustaliła Izba, postanowienia SIWZ (Zał. nr 1 do SIWZ – Wzór umowy) dotyczące powyższego, przed ww. zmianą i po tej zmianie, przybierały następującą postać:

✓ **§ 1 ust. 1 pkt 4** (przed zmianą SIWZ): *„System Informatyczny SDE” zwany wymiennie „aplikacją” – oprogramowanie wchodzące w skład SDE i kontrolujące funkcjonowanie Środków Technicznych, spełniające wymagania techniczne, funkcjonalne i wydajnościowe opisane w załączniku nr 1 do Umowy;”*

§ 1 ust. 1 pkt 4 (po zmianie): *„System Informatyczny SDE” zwany wymiennie „aplikacją” - wytworzone na rzecz Zamawiającego oprogramowanie wchodzące w skład SDE i kontrolujące funkcjonowanie Środków Technicznych, spełniające wymagania techniczne, funkcjonalne i wydajnościowe opisane w załączniku nr 1 do Umowy;”*

✓ **§ 2 ust. 1 pkt 3** (przed zmianą) - Wykonawca zobowiązuje się m.in. do *„przekazania na rzecz Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wykonanego oprogramowania oraz dokumentacji technicznej, wraz z kodami źródłowymi, uprawnień licencyjnych, rozwiązań konstrukcyjnych, know-how oraz innych praw chronionych do systemu informatycznego na zasadach określonych w Umowie;”*

§ 2 ust. 1 pkt 3 (po zmianie) – Wykonawca zobowiązuje się m.in. do *„przekazania na rzecz Zamawiającego:*

a) autorskich praw majątkowych wraz z kodami źródłowymi oraz dokumentacji technicznej do oprogramowania systemu informatycznego SDE oraz po każdej jego modyfikacji;

b) *bezterminowych licencji do oprogramowania narzędziowego wspomagającego eksploatację Systemu Informatycznego SDE, bez udostępniania Zamawiającemu kodów źródłowych, w szczególności: systemy bazodanowe (motory baz danych), rozwiązania backupowe (rozwiązania do wykonywania kopii bezpieczeństwa), rozwiązania kontrolujące integralność bazy danych, oprogramowanie antywirusowe;*

c) *bezterminowych licencji do oprogramowania dla platformy serwerowej, dostępnego komercyjnie na rynku, bez udostępniania Zamawiającemu kodów źródłowych*

- na zasadach określonych w Umowie;”

✓ **§ 6 Prawa autorskie** (przed zmianą):

1. *Z chwilą odbioru bez zastrzeżeń poszczególnych prac przewidzianych dla danego etapu zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy oraz z chwilą odbioru nowych wersji systemu informatycznego SDE powstałych w związku z jego modyfikacją, Wykonawca przenosi na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do wszystkich produktów odebranych, jako utwory w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) w ramach realizacji przedmiotu Umowy, określonego w załączniku nr 1, a także do wszelkiej dokumentacji niezbędnej do realizacji Umowy na wszystkich polach eksploatacji wymienionych w art. 50 i art. 74 ust. 4 ww. ustawy, z prawem do dalszego przenoszenia tych praw na inne osoby. Pola eksploatacji obejmują w szczególności prawo do:*

- 1) *w zakresie utrwalania i zwielokrotniania utworu - wytwarzania określoną techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową;*
- 2) *w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono - wprowadzania do obrotu, użyczenia lub najmu oryginału albo egzemplarzy;*
- 3) *w zakresie rozpowszechniania utworu w sposób inny niż określony w pkt 2) - publicznego wykonania, wystawienia, wyświetlenia, odtworzenia oraz nadawania i reemitowania, a także publicznego udostępniania utworu;*
- 4) *trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie;*
- 5) *tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym,*

- 6) rozpowszechniania, w tym użyczenia lub najmu, programu komputerowego lub jego kopii, publicznego rozpowszechniania (także w sieci Internet), w tym najem lub dzierżawa, oprogramowania lub jego kopii;
 - 7) modyfikacji oraz nowych funkcjonalności oprogramowania;
 - 8) łączenia fragmentów oprogramowania z innymi programami komputerowymi i ich dostosowywania;
 - 9) przekształcania formatu pierwotnego oprogramowania na dowolny inny format, wymagany przez Zamawiającego i dostosowania do platform sprzętowo-systemowych wybranych przez Zamawiającego;
 - 10) obrotu oryginałem albo egzemplarzami nośników, na których oprogramowanie utrwalono, w tym wprowadzania do obrotu, użyczenia, najmu i dzierżawy;
 - 11) publicznego wykonania, wystawiania, wyświetlania, odtwarzania oraz nadawania i reemitowanie, a także publicznego udostępniania oprogramowania w dowolny, wybrany przez siebie sposób, w tym udostępniania w sieciach komputerowych;
 - 12) dokonywania skrótów, cięć, montażu, tłumaczeń, korekt, przeróbek, zmian i adaptacji w tym modyfikowania całości lub części oprogramowania, wprowadzania jakichkolwiek zmian;
 - 13) wprowadzania i zapisywania w pamięci komputerów, instalowanie i deinstalowanie oprogramowania, przekazywanie, przechowywanie, utrwalanie, wyświetlanie, stosowanie;
 - 14) udzielania licencji na rzecz osób trzecich,
 - 15) wynajmowania, wydzierżawienia, wypożyczania, a także udostępniania na zasadzie hostingu, outsourcingu lub innych podobnych zasadach, a także zezwalania osobom trzecim na dostęp lub używanie,
 - 16) odtwarzania, dekompilacji i deasemblacji,
 - 17) zwielokrotniania kodu, tłumaczenia jego formy, modyfikacji i kompilacji kodów źródłowych, testowania, wdrożenia i używania,
 - 18) używania do stworzenia utworu zależnego.
2. Ewentualne roszczenia osób trzecich wynikające z praw autorskich lub patentowych, a dotyczące przedmiotu Umowy, zostaną zaspokojone przez Wykonawcę.
 3. Wykonawca ma prawo do wykorzystywania i rozwoju bez zgody Zamawiającego myśli technicznej zawartej w produkcie.
 4. W ramach wynagrodzenia za wykonanie Etapu I, o którym mowa w § 8 ust. 5 Umowy, Wykonawca wyraża zgodę na wprowadzenie zmian w utworach, o których mowa w

ust. 1 (prawa zależne), w celu dokonywania zmian, modyfikacji, ulepszeń dzieła. Zgoda ta dotyczy wszystkich pól eksploatacji, o których mowa w ust. 1. Zamawiający ma prawo dokonywania modyfikacji kodu źródłowego oprogramowania i wszystkich jego modyfikacji wytworzonych w trakcie trwania Umowy oraz udostępniania do modyfikacji kodu źródłowego oprogramowania i wszystkich jego modyfikacji wytworzonych w trakcie trwania Umowy osobom trzecim.

- 5. Z chwilą odbioru bez zastrzeżeń poszczególnych prac przewidzianych dla danego etapu zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy potwierdzonego protokołem odbioru, Zamawiający nabywa także własność przekazanych egzemplarzy utworu oraz nośników, na których utwór utrwalono.*
- 6. Wykonawca przekaze Zamawiającemu w ramach wynagrodzenia o którym mowa w § 8 ust. 5 Umowy kompletne kody źródłowe oprogramowania systemu informatycznego SDE i wszystkich jego modyfikacji wytworzonych w trakcie trwania Umowy wraz z ich opisem i komentarzem, a także wszystkie elementy umożliwiające instalację/uruchomienie systemu. Opis i komentarz muszą umożliwiać ich samodzielną interpretację, modyfikację i rozwój przez Zamawiającego lub osoby trzecie. Kody źródłowe powinny zawierać w szczególności opis architektury systemu, opis zawartości, budowy i organizacji kodu źródłowego systemu, opis klas, zmiennych i atrybutów klas, opis protokołów transmisji danych oraz opis struktury baz danych systemu. Wykonawca każdorazowo wraz z dokonywaną modyfikacją przekaze Zamawiającemu kompletne kody źródłowe do wytworzonej modyfikacji oprogramowania, wraz z niezbędną dokumentacją. Wykonawca przekaze Zamawiającemu kody źródłowe oraz dokumentację niezbędną do wprowadzania modyfikacji w systemie informatycznym SDE zgodnie z terminami określonymi w Załączniku nr 2 do Umowy.*
- 7. Z chwilą odbioru usług wykonanych w ostatnim miesiącu obowiązywania Umowy Wykonawca przekaze Zamawiającemu aktualną wersję systemu informatycznego SDE na nośniku zawierającą w szczególności:*
 - 1) numer wersji,*
 - 2) szczegółową procedurę instalacji oprogramowania;*
 - 3) pakiet obejmujący kody źródłowe programu oraz instrukcję kompilacji i konsolidacji poszczególnych elementów oprogramowania, a także wszystkie elementy dodatkowe służące kompilacji i konsolidacji, z uwzględnieniem wszystkich etapów tworzenia oprogramowania na założonej linii technologicznej;*
 - 4) aktualną dokumentację techniczną oraz użytkową systemu informatycznego SDE.*

8. *Przeniesienie autorskich praw majątkowych zostaje dokonane na czas nieokreślony i jest nieograniczone terytorialnie.*
9. *Przeniesienie autorskich praw majątkowych, następuje na polach eksploatacji zgodnie z ust. 1 wraz z prawem do dalszego przenoszenia tych praw na inne osoby oraz prawem do zezwolenia na wykonywanie autorskiego prawa zależnego.*
10. *Wykonawca oświadcza i gwarantuje, iż utwory, o których mowa w ust. 1 ani korzystanie z tych utworów przez Zamawiającego, nie będzie naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich, w tym praw autorskich oraz patentów.”*

§ 6 ust. 1 Prawa autorskie (po zmianie – zmieniono tylko ust. 1):

„1. Z chwilą odbioru bez zastrzeżeń poszczególnych prac przewidzianych dla danego etapu zgodnie z załącznikiem nr 2 do Umowy oraz z chwilą odbioru nowych wersji systemu informatycznego SDE powstałych w związku z jego modyfikacją, Wykonawca przenosi na Zamawiającego wszelkie autorskie prawa majątkowe do wszystkich produktów odebranych, jako utwory w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) w ramach realizacji przedmiotu Umowy, określonego w załączniku nr 1, a także do wszelkiej dokumentacji niezbędnej do realizacji Umowy na wszystkich polach eksploatacji wymienionych poniżej:

- 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania utworu - wytwarzania określoną techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową;*
- 2) w zakresie rozpowszechniania utworu lub jego kopii (także w sieci Internet), publicznego wykonania, odtworzenia oraz nadawania i reemitowania, a także publicznego udostępniania utworu;*
- 3) trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie;*
- 4) tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym;*
- 5) modyfikacji oraz nowych funkcjonalności oprogramowania;*
- 6) łączenia fragmentów oprogramowania z innymi programami komputerowymi i ich dostosowywania;*
- 7) przekształcania formatu pierwotnego oprogramowania na dowolny inny format, wymagany przez Zamawiającego i dostosowania do platform sprzętowo-systemowych wybranych przez Zamawiającego;*

- 8) dokonywania skrótów, cięć, montażu, tłumaczeń, korekt, przeróbek, zmian i adaptacji w tym modyfikowania całości lub części oprogramowania, wprowadzania jakichkolwiek zmian;
- 9) wprowadzania i zapisywania w pamięci komputerów, instalowanie i deinstalowanie oprogramowania, przekazywanie, przechowywanie, utrwalanie, wyświetlanie, stosowanie;
- 10) udzielania licencji na rzecz osób trzecich;
- 11) wynajmowania, wydierżawienia, wypożyczania, a także udostępniania na zasadzie hostingu, outsourcingu lub innych podobnych zasadach, a także zezwalania osobom trzecim na dostęp lub używanie,
- 12) odtwarzania, dekompilacji i deasemblacji;
- 13) zwielokrotniania kodu, tłumaczenia jego formy, modyfikacji i kompilacji kodów źródłowych, testowania, wdrożenia i używania;
- 14) używania do stworzenia utworu zależnego.”

Jak wynika z powyższego wszelkie ewentualne niejasności generowane przez postanowienia zmienione (np. niejasności w rozgraniczeniu zakresu rzeczowego oprogramowania, którego dotyczyć ma wymóg licencjonowania, a którego dotyczyć ma pełne przeniesienie praw autorskich i kodów źródłowych), winny stanowić przedmiot odwołania dotyczącego tych postanowień.

Natomiast odnośnie zarzutu w jego zasadniczej treści, dającego odnieść się do pierwotnego, jak i obecnego brzmienia SIWZ, a dotyczącego możliwości żądania przez zamawiającego przeniesienia pełni praw autorskich do systemu wraz z przekazaniem kodów źródłowych, Izba stwierdza, iż zarzut ten jest oczywiście niezasadny. Jedynie zapewnienie sobie przeniesienia praw majątkowych w odpowiednim zakresie oraz przekazanie kodów źródłowych umożliwi zamawiającemu formalne i faktyczne dokonywanie modyfikacji zamawianego oprogramowania w przyszłości. Powyższe stanowi wystarczająco uzasadnioną potrzebę zamawiającego, aby z jego postępowania wykluczyć rozwiązania, które powyższego nie będą mu gwarantować.

Zarzut 1 a) – oddalono

Zgodnie z Zał. nr 1 do SIWZ – Wzór umowy, § 2 ust. 1 pkt 1 i 2, na przedmiot zamówienia składają się przygotowanie Systemu Dozoru Elektronicznego i przygotowanie do jego uruchomienia – określane jako Etap I; a także realizacja usługi eksploatacji i rozwoju SDE, utrzymania i jego serwisu, zapewnienia funkcjonowania Środków Technicznych, Systemu Informatycznego SDE oraz infrastruktury – Etap II.

Według Załącznika nr 6 do SIWZ – formularz oferty, łączna cena oferty za cały przedmiot zamówienia uwzględnia następujące ceny, za które będzie wykonany cały przedmiot zamówienia i stanowi sumę:

- a) łącznej ryczałtowej ceny realizacji przedmiotu zamówienia w Etapie I, która wynosi nie więcej niż 7 % łącznej ceny oferty za cały przedmiot zamówienia,
- b) iloczynu dobowego zryczałtowanego kosztu wykonywania czynności materialno-technicznych (wraz ze wsparciem infrastruktury technicznej i systemowej SDE) w stosunku do jednej osoby objętej systemem w Etapie II oraz liczby 18 260 000 (słownie: osiemnaście milionów dwieście sześćdziesiąt tysięcy), która stanowi liczbę wszystkich osobodób.

Jak wynika z powyższego (w zestawieniu z zasadami dokonywania płatności określonymi w § 8 Wzoru umowy), zapłatę za część infrastrukturalną (Etap I) należało przewidzieć i podać w ofercie na poziomie maksymalnie 7 % całej ceny ofertowej. Wszystkie pozostałe koszty realizacji zamówienia nie mieszczące się w tak ograniczonej kwocie, wykonawcy musieli przewidzieć i uwzględnić w wynagrodzeniu jednostkowym za dobę nadzorowania każdego skazanego przyjętego do systemu.

Tego typu ukształtowanie ceny ofertowej mieści się w ramach zasady swobody umów, nie narusza zasad współżycia społecznego, nie przekreśla istoty danej czynności prawnej ani ustalonych w stosunkach danego rodzaju zwyczajów. Umożliwia również wykonawcom skalkulowanie i uwzględnienie w cenie ofertowej wszystkich kosztów, które poniosą w związku z realizacją zamówienia, w tym wszystkich identyfikowalnych ryzyk, których wykonanie tego zamówienia ze sobą niesie.

Należy podkreślić, iż powyższe nie jest w żadnym razie narzuceniem wykonawcy wysokości ceny ofertowej i żądanego przezeń wynagrodzenia. Określenie wysokości

należnego mu świadczenia pieniężnego (jego wysokości) pozostaje i w tym przypadku wyłączną sprawą wykonawcy, który swobodnie wycenia wszystkie czynniki cenotwórcze.

Ograniczenie wysokości wynagrodzenia za Etap I zamówienia jest w rzeczywistości jedynie określeniem przepływów finansowych w ramach umowy (wysokości poszczególnych płatności i ich terminów), a nie ograniczeniem swobody wykonawcy w określeniu wysokości wynagrodzenia umownego i tym samym wszystkich jego składników kosztotwórczych.

Etap I i II zamówienia nie są kontraktowane w ramach dwóch odrębnych stosunków zobowiązaniowych, ale są integralnymi częściami jednej umowy. Niezależnie od rzeczywistej wartości poszczególnych części zamówienia, jego elementów rzeczowych czy etapów, zamawiający nie musiał przewidywać żadnych stałych płatności za te części, ale mógł przewidzieć jedynie płatności rozliczane niejako obmiarowo na podstawie cen jednostkowych. W takim wypadku tylko w ramach tych płatności wykonawcy musieliby przewidzieć i wycenić wszystkie koszty inwestycyjne związane z przygotowaniem się do świadczenia usługi, która według przewidzianych cen jednostkowych byłaby rozliczana. Kalkulowanie opłacalności danej działalności gospodarczej w taki sposób jest raczej na rynku normą niż wyjątkiem i wykonawcy powinni być do takiego modelu biznesowego przyzwyczajeni. Według celnego porównania zamawiającego przedstawionego na rozprawie – koszty inwestycyjne związane z budową stołówki, restaurator musi wliczyć w cenę posiłków, które spodziewa się wydać, ponosząc przy tym ryzyko związane z niepewną ilością klientów.

Natomiast w rozpatrywanym przypadku zamawiający przewidział jedną płatność przynajmniej częściowo ograniczającą ryzyka wykonawców związane z amortyzacją wstępnych wydatków. Wycenienie ryzyk związanych z wykonywaniem przedmiotowej umowy może być niemożliwe w związku z niewłaściwym (hipotetycznie) opisem przedmiotu zamówienia i związaną z tym niemożliwością ich pełnej identyfikacji (np. w związku z zastrzeżeniem wykonywania jakichś bliżej nieokreślonych, dodatkowych robót według pełnego „widzimisię” zamawiającego), natomiast w żadnym razie nie jest spowodowane przyjętymi przez zamawiającego zasadami płatności i związanym z tym podziałem ceny ofertowej. Istotą niniejszego zamówienia jest świadczenie usług nadzoru względem wszystkich skazanych przez niezawisłe sądy na karę tego

typu (z górnym limitem objętości systemu). Ryzykiem wykonawcy pozostaje oszacowanie spodziewanej ilości skazanych, względem których orzekana będzie kara wykonywana w przedmiotowym systemie oraz określenie ceny adekwatnej do tych szacunków. Wykonawcy mogą się w tym zakresie oprzeć się jedynie na danych statystycznych udostępnianych im przez zamawiającego oraz swoich prognozach co do przyszłego kształtu „rynku” w tym zakresie.

Jak już wskazano, wszelkie koszty wykonania zamówienia (w tym ryzyka) nie mieszczące się w limicie wynagrodzenia za Etap I, wykonawca może i powinien skalkulować w cenie jednostkowej osobodoby.

W związku z powyższym uznano, iż ustalanie rzeczywistej wartości rynkowej dostaw i usług składających się na Etap I zamówienia jest bezprzedmiotowe – Izba pominęła więc wszelkie dowody zmierzające do wykazania powyższego, powoływane przez strony.

Izba pominęła również dowód z danych statystycznych o ilości skazanych (w rozkładzie czasowym i terytorialnym) wnioskowany przez odwołującego na okoliczność ustalenia możliwości dokładnego opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, co do minimalnej ilości osób, których objęcie systemem przewiduje. W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, że zarzut odnośnie braku określenia dolnego limitu skazanych przekazanych do systemu nie był stawiany. Natomiast dla rozstrzygnięcia zarzutu dotyczącego wyceniania w ofercie poszczególnych płatności dowód ten jest nieprzydatny.

Zarzut 1b – oddalono.

Odnośnie przedmiotowego zarzutu aktualne pozostają ustalenia Izby poczynione w niniejszym uzasadnieniu dotyczące zarzutu nr 5 odwołania KIO 2157/13.

Zarzut nieprecyzyjności i niejednoznaczności postanowień umownych dotyczących przeniesienia praw autorskich w kształcie podniesionym w odwołaniu jest w znacznej części obecnie bezprzedmiotowy, a jego ewentualne potwierdzenie nie wpływałoby na wynik postępowania. Odnośnie postanowienia umowne zostały bowiem przez zamawiającego gruntownie zmienione. Tym samym ewentualne obecne niejasności i wady umowy w zakresie przenoszenia praw autorskich polegają na czym innym niż opisywano to w odwołaniu. Powyższe znajduje potwierdzenie w piśmie procesowym

odwołującego z dnia 26 września br., gdzie wskazuje on na inne wady SIWZ niż w odwołaniu.

Ponadto niezrozumiale pozostawało żądanie odwołania zmierzające do wprowadzenia przekazania wszelkich autorskich praw majątkowych do całości systemu informatycznego SDE. W świetle pierwotnego brzmienia umowy zamawiający przewidywał przeniesienie na swoją rzecz praw autorskich w jak najszerszym zakresie.

Natomiast żądanie wprowadzenia umownego zakazu modyfikacji przez zamawiającego kodów źródłowych w trakcie trwania usługi nie koresponduje ze stawianymi zarzutami, a przede wszystkim jest nieuzasadnione. Modyfikacja kodów źródłowych dokonana przez zamawiającego może być z różnych względów konieczna, a wykonawca, który zobowiązywał się do wykonywania usługi na przygotowanym przez siebie systemie, a nie systemie zmodyfikowanym i narzuconym mu przez zamawiającego, będzie mógł dochodzić stosownych kompensacji, a nawet zwolnić się z zobowiązania na zasadach ogólnych.

Na marginesie, w odniesieniu do nieobjętych zarzutami odwołań, nowych postanowień wzoru umowy, Izba wskazuje, iż postanowienia te rzeczywiście mogą budzić wątpliwości, co do rozróżnienia przekazania pełni praw autorskich do utworów a jedynie ich licencjonowania – niejasne pozostaje rzeczowe rozgraniczenie pomiędzy produktami, których rozróżnienia w obowiązku przenoszenia praw autorskich dotyczą. Wątpliwości w tym zakresie mogą np. powstawać przy określeniu, co jest oprogramowaniem narzędziowym wspomagającym eksploatację oprogramowania stanowiącego System Informatyczny SDE, a co oprogramowaniem na ten system się składającym wytworzonym na rzecz zamawiającego oraz czy System Informatyczny SDE może składać się jedynie z oprogramowania wytworzonego na rzecz zamawiającego.

Należy również wskazać, iż rozróżnienie pomiędzy reżimami przekazywania praw autorskich do utworów wytworzonych na jego potrzeby (oprogramowanie Systemu informatycznego SDE) a utworów gotowych (oprogramowanie narzędziowe i serwerowe), zamawiający wprowadza jedynie w opisie przedmiotu zamówienia (§ 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy), natomiast § 6 ust. 1 regulujący przekazanie praw autorskich, pozostaje generalnym postanowieniem o jak najszerszym zakresie.

Dotyczy przekazania na wskazanych polach eksploatacji praw autorskich do wszystkich produktów, które zamawiający otrzyma (odbierze), i które stanowią utwory w rozumieniu wskazanej tam ustawy. Fraza „z chwilą odbioru prac oraz chwilą odbioru nowych wersji systemu informatycznego SDE powstałych w związku z jego modyfikacją”, zgodnie z regułami znaczeniowymi ojczystego języka, nie stanowi bynajmniej rzeczowego określenia zakresu utworów, którego obowiązek przekazania praw autorskich dotyczy, ale jedynie określenie momentu powstania tego obowiązku. Postanowienia § 6 ust. 1 odnoszą się więc wciąż do wszystkich utworów, które zamawiający otrzyma w ramach realizacji zamówienia, a nie tylko utworów zdefiniowanych w § 1 ust. 1 pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ – Wzór umowy, jako „System informatyczny SDE”.

Zarzut 1c – oddalono

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 Zał. nr 1 do SIWZ – Wzór umowy: „Błąd” oznacza każdą wadę SDE lub któregośkolwiek z elementów SDE, która powoduje, iż nie funkcjonuje on lub funkcjonuje błędnie w zakresie wymaganej funkcjonalności, wydajności lub innych właściwości SDE, określonych w załącznikach nr 1 i 4 do Umowy, lub funkcjonuje w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa;”

Powyższa definicja, jakkolwiek bardzo szeroka i ogólna, jest jednocześnie zrozumiałą i jednoznaczną. Przede wszystkim jednak mieści się w granicach swobody zamawiającego w ukształtowaniu swojego stosunku umownego. Zamawiający nie jest zobligowany do relatywizowania wagi błędów (na krytyczne i niekrytyczne) i związanej z nimi odpowiedzialności, którą nakłada na wykonawców. W szczególności zamawiający może również wymagać od wykonawców bezbłędnego działania systemu i z tego ich rozliczać.

Zamawiający może również rozróżnić pojęcie błędu krytycznego i niekrytycznego na potrzeby ustalenia różnych terminów ich usuwania, a także nie rozróżniać takich pojęć na potrzeby odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy.

Ponadto zamawiający zmodyfikował treść pkt 5 ppkt 4 załącznika nr 4 do Umowy i zdefiniował pojęcie uszkodzenia systemu w następujący sposób: *„Uszkodzenie Systemu Informatycznego SDE lub jego środowiska, tj. inne niż leżące po stronie oprogramowania uszkodzenie Systemu Informatycznego SDE skutkujące:*

przerwaniem lub zagrożeniem wykonywania kar i środków połączoną z kontrolą elektroniczną, o których mowa w Ustawie o SDE.”

Zarzut 1d – uwzględniono

W Załączniku nr 1 do SIWZ – Wzór umowy, w § 2 ust. 9 wskazano: „Wykonawca jest uprawniony do powierzenia podwykonawcom części przedmiotu umowy określonych w Umowie, które wskazał uprzednio w ofercie jako części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom. Zamawiający dopuszcza w trakcie realizacji Umowy możliwość zmiany podwykonawców przez Wykonawcę w części przedmiotu umowy po uprzednim uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego. Podwykonawca musi spełniać warunki określone w Ustawie SDE dla podmiotu dozorującego.”

Praktyka zastrzegania sobie przez strony stosunków umownych, prawa do wyrażania zgody na zatrudnienie i zmianę podwykonawców zaangażowanych w wykonywanie ich zamówień jest na rynku powszechna oraz uzasadniona ze względu na ochronę różnorodnych interesów kontrahentów. Natomiast w przypadku zamówień publicznych zasadą jest pełne, a przynajmniej jak najszersze dopuszczenie i umożliwienie realizacji zamówień z udziałem podwykonawców. W świetle art. 38 ust. 5 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie przedmiotu zamówienia podwykonawcom (chyba że ze względu na specyfikę zamówienia zamawiający zastrzeże, iż wymaga osobistego wykonania wskazanych części zamówienia), w takim wypadku winien już w ofercie wskazać, których części zamówienia podwykonawstwo będzie dotyczyć (art. 38 ust. 4 Pzp).

Bynajmniej Izba generalnie nie kwestionuje i nie wyklucza zastrzeżenia przez zamawiającego (zwłaszcza w tym przypadku) takich czy innych form kontroli nad podmiotami biorącymi udział w wykonywaniu jego zamówienia. Jednakże ze względu na opisane wyżej zasady, ograniczenie takie musi spełniać pewne wymagania i postulaty.

Co prawda ustawa wprost przyznaje zamawiającemu jedynie uprawnienie do przedmiotowego wyłączenia pewnych części zamówienia z podwykonawstwa, to jednak należy przyznać mu również uprawnienie do kontroli sposobu wykonywania jego przedmiotu zamówienia (np. w zakresie używanych sił, środków i podmiotów). Powyższe stanowi przejaw uprawnienia zamawiającego do opisanego własnego przedmiotu zamówienia (sposób wykonania zamówienia może być jak najbardziej

elementem tego opisu). W uzasadnionym interesie zamawiającego jest więc w niektórych przypadkach sprawowanie ścisłego nadzoru nad podmiotami, które wykonawca używa do podwykonania przedmiotu zamówienia.

Jednakże postanowienia SIWZ w tym zakresie, jako stanowiące element przedmiotu zamówienia *sensu largu*, winny spełniać wszelkie postulaty wynikające z normy art. 29 ust. 1 Pzp, co w zestawieniu z zasadą dopuszczalności podwykonawstwa, powoduje, iż przypadku wyrażania zgody przez zamawiającego na zatrudnienie lub zmianę danego podwykonawcy, powinny być maksymalnie dookreślone i niearbitralne. Wykonawcy powinni wiedzieć w jakich przypadkach i z jakich względów zamawiający może odmówić im zatrudnienia danego podwykonawcy, tak aby zawczasu tę okoliczność uwzględnić przy przygotowywaniu ofert. Nie można w tym zakresie pozostawić zupełnej uznaniowości zamawiającego, która umożliwiłaby dezorganizację pracy wykonawcy i uniemożliwiłaby wykonawcy racjonalnego zaplanowania przebiegu wykonania zamówienia oraz *de facto* mogłaby prowadzić do eliminowania podwykonawstwa z zamówienia.

Właśnie w rozpatrywanym przypadku zamawiający zastrzegł sobie arbitralną, a więc nie opartą o wskazanie jakichkolwiek kryteria czy przesłanki, personalną akceptację podwykonawców wprowadzanych do wykonywania zamówienia w jego trakcie, natomiast pierwszych podwykonawców, którzy przystąpią do wykonywania zamówienia, pozostawił poza swoją kontrolą.

Zarzuty 1e i 1f – oddalono

Kwestionowanie w odwołaniu postanowienia SIWZ stanowią normalne obowiązki umowne, co do sposobu wykonania zamówienia. Jakkolwiek uciążliwe dla wykonawcy, to jednak są również możliwe do wykonania i wycenienia.

Zarzut 1g – uwzględniono z uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku zarzutów 2h oraz 3c odwołania KIO 2149/13.

Zarzuty 1i oraz 1j – oddalono.

Izba nie dopatrzyła się w jakimkolwiek wzorcu kontroli postanowień SIWZ wynikającym czy to z przepisów ustawy czy Kodeksu cywilnego, podstawy do

zakwestionowania wysokości przewidywanych kar umownych, ani podstaw do wprowadzenia obowiązkowej procedury reklamacyjnej przed ich naliczeniem.

Miarkowanie kar umownych może nastąpić w konkretnym przypadku po ich naliczeniu. Również na zasadach ogólnych wykonawca może uchylić się od płacenia kar i zwolnić się z odpowiedzialności, natomiast zamawiający nie musi ustanawiać żadnych procedur reklamacyjnych w tym zakresie.

Zarzut 11 – uwzględniono.

Zgodnie z § 13 Zał. nr 1 do SIWZ Wzór umowy:

1. W przypadku wystąpienia w danym miesiącu eksploatacji SDE więcej niż 5 błędów, stwierdzonych w protokole odbioru usługi za dany miesiąc sporządzonym przez Zamawiającego, Zamawiający przesyła Wykonawcy pisemne ostrzeżenie o możliwości odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy.
2. W przypadku otrzymania przez Wykonawcę więcej niż 2 ostrzeżeń Zamawiającego na piśmie, o których mowa w ust. 1, w ciągu jednego półrocza lub więcej niż 3 ostrzeżeń na piśmie w ciągu 12 miesięcy Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym.
3. Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od niniejszej Umowy ze skutkiem natychmiastowym także w przypadku:
 - 1) stwierdzonego prawomocnym wyrokiem sądu przypadku wykorzystania SDE przez Wykonawcę lub członków jego personelu do działań stanowiących przestępstwo; oraz
 - 2) niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zachowania w tajemnicy specjalistycznych informacji technicznych dotyczących SDE lub danych przetwarzanych w ramach SDE, w szczególności informacji o skazanych, osobach chronionych oraz Użytkownikach.

W § 13 ust. 2 i 3 tego typu terminu na wykonanie umownego prawa odstąpienia nie wskazano. Terminu tego nie ustanawiają ani określenia „w ciągu...” odnoszące się do okresu zaistnienia zdarzeń warunkujących powstanie uprawnienia do odstąpienia ani postanowienia o możliwości odstąpienia „ze skutkiem natychmiastowym”.

Z tego względu tego typu klauzula o odstąpieniu jest niezgodna z art. 395 § 1 Kc, zgodnie z którym można zastrzec, iż jednej stronie lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo do odstąpienia od umowy.

Zarzut 1m – oddalono.

W związku z tym zarzutem wykonawca wnosił o modyfikację § 13 ust. 1 wzoru umowy w ten sposób, że sformułowanie „błąd” zostanie zastąpione sformułowaniem „Błąd krytyczny”. Do braku podstaw do narzucania zamawiającemu relatywizacji i kategoryzacji błędów związanych z realizacją zamówienia oraz odpowiedzialności umownej za te błędy Izba odniosła się przy zarzucie nr 1c.

Zarzut 1n – oddalono

Przewidziane w § 13 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku „niewykonania lub nienależytego wykonania [w domyśle – przez wykonawcę] obowiązku zachowania w tajemnicy specjalistycznych informacji technicznych dotyczących SDE lub danych przetwarzanych w ramach SDE, w szczególności informacji o skazanych, osobach chronionych oraz Użytkownikach” – mieści się w granicach swobody umów. Umowne prawo odstąpienia może być zastrzeżone również na wypadek zdarzeń niezawinionych przez stronę albo nawet od stron zupełnie niezależnych.

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

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

.....

.....

.....