

Sygn. akt: KIO 1655/14

Sygn. akt: KIO 1657/14

WYROK

z dnia 1 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2014 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 12 sierpnia 2014 r. przez **wykonawcę - "SRS POLSKA" Sp. z o.o., ul. Jaśkowa Dolina 75/A/B, 80-286 Gdańsk (sygn. akt KIO 1655/14);**
- B. w dniu 12 sierpnia 2014 r. przez **wykonawcę - Nexrad Telecom Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa (sygn. akt KIO 1657/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Centrum Projektów Informatycznych, ul. Syreny 23, 01-150 Warszawa,**

przy udziale:

- A. **wykonawcy - Nexrad Telecom Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1655/14 po stronie **zamawiającego;**
- B. **wykonawcy - "SRS POLSKA" Sp. z o.o., ul. Jaśkowa Dolina 75/A/B, 80-286 Gdańsk,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1657/14 po stronie **zamawiającego,**

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: **KIO 1655/14** obciąża **wykonawcę - "SRS POLSKA" Sp. z o.o., ul. Jaśkowa Dolina 75/A/B, 80-286 Gdańsk** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: **KIO 1657/14** obciąża **wykonawcę - Nexrad Telecom Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 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**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1655/14

Sygn. akt: KIO 1657/14

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Integracja środków łączności.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2014 r. pod numerem 263881-2014.

Sygn. akt: KIO 1655/14

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, kwestionując treść:

1. punktu 5. SIWZ, co odpowiada treści sekcji II.3) oraz VI.3) pkt 2) ogłoszenia: Czas trwania zamówienia lub termin realizacji;
2. § 8 ust. 12 Załącznika nr 8 do SIWZ Istotne postanowienia Umowy - w zakresie obowiązku przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów w Etapie I,
3. § 8 ust. 13 Załącznika nr 8 do SIWZ Istotne postanowienia Umowy - w zakresie obowiązku przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów w Etapie I,
4. § 21 ust. 1 pkt 11 Załącznika nr 8 SIWZ Istotne postanowienia Umowy - w zakresie możliwości odstąpienia od umowy w przypadku niespełnienia testów kompatybilności radiotelefonów w Etapie I,
5. punktu 3 podpunkt 3 zawartego na stronie 7 załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - w zakresie obowiązku przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów w Etapie I, tj. w terminie 60 dni,
6. punktu 11 zawartego na stronie 53 załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - w zakresie obowiązku przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów w Etapie I,
7. punktów 5.1.1. - 5.3.2.3, zawartych w załączniku nr 1 do SIWZ — Opis przedmiotu zamówienia - w zakresie obowiązku dostarczenia urządzeń o trójdrożnym odbiorze zbiorczym.

Przedmiotowe postanowienia, w ocenie Odwołującego, naruszają następujące przepisy:

1. art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt 6

ustawy Pzp poprzez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia dla każdego innego dostawcy systemu niż Motorola, co stanowi naruszenie obowiązku Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, Zamawiający pozbawia zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia,

2. art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 1 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wymaganie od wykonawcy dostarczenia urządzeń o trójdrożnym odbiorze zbiorczym, co stanowi naruszenie obowiązku Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż takie działanie uniemożliwia obiektywnie jak najszerszej liczbie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia złożenie oferty, czego celem jest ochrona tak interesu Zamawiającego, jak i optymalne wykorzystanie środków publicznych, a tym samym uniemożliwia złożenie przez innych wykonawców rzetelnych i prawidłowych ofert,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez preferowanie wykonawcy będącego dostawcą urządzeń i oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego, tj. produktów firmy Motorola, z którym przedmiot zamówienia niniejszego postępowania ma być zintegrowany, podczas gdy ustawa nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie kwestionowanych postanowień i nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że SIWZ zawiera

postanowienia prowadzące do traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nierówny, czego konsekwencją jest to, iż prowadzone postępowanie uniemożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i ubieganie się o udzielenie zamówienia wielu wykonawcom posiadającym odpowiednie doświadczenie oraz potencjał techniczny, osobowy i finansowy, którzy mogliby należycie zrealizować zamówienie.

Zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia umowy zostały stworzone z naruszeniem art. 353¹ k.c., bowiem pozostają w niezgodności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współzycia społecznego, a więc przekraczają dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów. Abstrahując więc od niejednoznaczności i niedokładności zapisów umownych, Odwołujący stwierdził, iż szereg z nich prowadzi do zaburzenia zasady równości stron umowy, w sposób niesymetryczny kształtując ich prawa i obowiązki, co zgodnie z utrwalonym zapatrywaniem judykatury (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt: II CK 739/04), narusza zasady współzycia społecznego.

Odnosnie niemożliwego do dotrzymania terminu zawarcia umowy Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin na wykonanie zamówienia, który uniemożliwia złożenie rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty, co stanowi o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie systemu (cyfrowego, trunkingowego systemu radiokomunikacyjnego, w skład którego wchodzi w szczególności urządzenia i oprogramowanie), rozmieszczonego w 3 ośrodkach na terenie Polski. W ocenie Odwołującego, termin wykonania przedmiotu umowy jest niemożliwy do spełnienia i tym samym godzi w zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że termin realizacji zamówienia winien być przedłużony co najmniej o 3 miesiące, w związku z bardzo rozległym zakresem prac w każdym z ośrodków w Warszawie, Krakowie i Szczecinie oraz dodatkowo koniecznością integracji dostarczonych systemów w ww. ośrodkach, obejmującej: Systemem Wspomagania Dowodzenia SWD firmy Motorola użytkowany przez Zamawiającego, dedykowany dla policji systemem odpowiedzialny za lokalizacje urządzeń wyposażonych w odbiornik GPS posadowiony w infrastrukturze Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, połączenie systemu łączności TETRA w każdym z ośrodków w Warszawie, Krakowie i Szczecinie z dysponowanymi przez Zamawiającego zasobami łączności konwencjonalnej, DMR, EDACS oraz sieciami PABX/PSTN, połączenie trzech ośrodków systemów łączności TETRA w Warszawie, Krakowie i Szczecinie z wykorzystaniem sieci OST112.

Tak krótki termin realizacji (196 dni od daty podpisania umowy) przy tak obszernym zakresie prac, w ocenie Odwołującego, w sposób jednoznaczny faworyzuje producenta systemu Motorola użytkowanego przez Zamawiającego, który posiada już opracowane i wdrożone wszystkie interfejsy zapewniające ww. integrację.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż jeżeli doszłoby do zawarcia umowy w niezmiennym kształcie, na zasadzie przepisów art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c., byłaby to umowa - dla każdego innego dostawcy niż dostawca systemu Motorola - nieważna, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Konieczne jest zatem wydłużenie terminu wykonania zamówienia o 3 miesiące.

Odwołujący podniósł, że wydłużenie terminu realizacji o 3 miesiące nie wpłynie na pogorszenie warunków pracy Zamawiającego, ponieważ przez czas implementacji nowego systemu cały czas będzie mógł użytkować istniejący system TETRA we wszystkich trzech ośrodkach. Wydłużenie czasu implementacji o 3 miesiące pozwoli dostawcom systemów innych niż Motorola opracować i przetestować interfejsy wymagające integracji w ww. zakresie, co skróci i zoptymalizuje etap migracji systemów.

W przedmiocie obowiązku przeprowadzenia testów kompatybilności w ramach Etapu I Odwołujący wniósł o usunięcie wymagania dotyczącego przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów w Etapie I i przeprowadzenia ich wyłącznie w ramach testów akceptacyjnych po udanej migracji, tak jak to Zamawiający określił w załączniku nr 2 do SIWZ w punkcie 1.

Odwołujący podał, że ewentualne nie spełnienie przez infrastrukturę oferenta w Etapie I (w terminie do 60 dni) danego testu kompatybilności z radiotelefonami Motorola posiadanymi przez Zamawiającego nie oznacza, że oferent nie będzie w stanie dostarczyć infrastruktury w terminie kontraktowym, spełniającej wszystkie wymagania testów kompatybilności Zamawiającego, co wynika z faktu, iż wykonawca będzie miał zdecydowanie dłuższy czas na dopracowanie wymaganych funkcjonalności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że niespełnienie przez infrastrukturę oferenta w Etapie I pojedynczego wymagania z rozbudowanej listy testów kompatybilności z radiotelefonami firmy Motorola Zamawiającego może skutkować rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego z winy oferenta wraz z naliczeniem rażąco wysokich kar umownych (20% wartości umowy), co jest niewspółmiernie wysokim ryzykiem dla wszystkich oferentów oferujących system TETRA innego producenta niż Motorola.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o włączenie terminali TETRA używanych przez oferenta (np. innych niż Motorola) do testów kompatybilności w celu weryfikacji poprawności ustawień terminali Motorola Zamawiającego i wykazania ewentualnych

nieprawidłowości realizacji funkcji po stronie terminali Motorola Zamawiającego, w przypadku takich nieprawidłowości stawia wniosek, aby wynik testu był rozstrzygany na korzyść oferenta.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż termin na usunięcie nieprawidłowości w ramach testów kompatybilności określony na 24 godziny jest terminem nieuprawnionym i nieuzasadnionym funkcją testu, jak i skutkiem testu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, w uzasadnionej ocenie Odwołującego, termin ten powinien być przedłużony co najmniej do 7 dni. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nakłada na Wykonawcę nadbyte duże obowiązki - zaburzające symetryczność praw i obciążeń stron umowy.

W zakresie wymagania dotyczącego dostawy urządzeń o trójdrożnym odbiorze zbiorczym Odwołujący wniósł o usunięcie zapisów, zawartych w punktach 5.1.1-5.3.2.3 załącznika nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w załączniku nr 1 zdefiniował, że wymaga zachowania przez dostarczony system zasięgów radiowych nie gorszych niż w dotychczas funkcjonujących systemach. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie powinien definiować szczegółowych rozwiązań technologicznych dostarczanego systemu, prowadzących do osiągnięcia tego wymagania (takich jak np. trójdrożny system odbioru zbiorczego), ponieważ zależy to od rozwiązań przyjętych przez danego producenta, a cel zakładany przez Zamawiającego może zostać osiągnięty przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych oraz środków. Odwołujący podał, że istnieją inne niż trójdrożny system odbioru zbiorczego, innowacyjne rozwiązania technologiczne, zapewniające spełnienie wymagania dotyczącego zapewnienia zasięgów radiowych Zamawiającego, które Zamawiający tym samym *de facto* wykluczył, jako możliwe do implementacji w postępowaniu, formułując wymaganie o trójdrożnym odbiorze zbiorczym.

W opinii Odwołującego, zastrzeżenie powyższego warunku skutkuje naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający naruszył wynikające z tych przepisów zasady - ustalania warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający obiektywnie jak najszerszej liczbie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu oraz formułowania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków postępowania w zgodności z przedmiotem i wartością zamówienia.

Wymaganie od wykonawców wykazania się warunkami możliwymi do zrealizowania przy zastosowaniu tylko jednego specjalizowanego rozwiązania technologicznego, nieadekwatnymi ze względu na przedmiot zamówienia, z pominięciem alternatywnych rozwiązań technologicznych, umożliwiających osiągnięcie podstawowego celu

Zamawiającego, jakim jest zapewnienie wymaganych zasięgów radiowych, zdaniem Odwołującego, jest naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której przestrzegania jest zobowiązany. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji jako działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W przepisie art. 3 ust. 2 tejże ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji, wśród których wymieniono utrudnianie dostępu do rynku. Przewidziany w pkt 5.1.1-5.3.2.3 wymóg, w ocenie Odwołującego, należy zakwalifikować jako utrudniający dostęp do rynku. Postępowanie Zamawiającego stanowi dobitny przykład nieuzasadnionego i sprzecznego z prawem ograniczania wykonawcom dostępu do rynku poprzez uniemożliwienie udziału w postępowaniu.

Za zasadną, zdaniem Odwołującego, należy zatem uznać wnioskowaną modyfikację zaskarżonych punktów, które w sposób nieuprawniony i bezzasadny ograniczają krąg wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby zachowane zostały zasady uczciwej konkurencji i jak największa liczba podmiotów mogła ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W opinii Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z przyczyn wskazanych wyżej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z podstawowym i fundamentalnym nakazem zawartym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w poszukiwaniu oferty najkorzystniejszej, w tym w szczególności podczas określania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nakaz ten oznacza, iż Zamawiający ma ustalać tak te warunki, aby umożliwić obiektywnie jak najszerzej liczbie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia złożenie oferty, czego celem jest ochrona tak interesu Zamawiającego, jak i optymalne wykorzystanie środków publicznych. Odwołujący podkreślił, iż zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest również w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym.

Za uzasadniony, w ocenie Odwołującego, należy zatem uznać wnioski o nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez określone w odwołaniu zmodyfikowanie SIWZ, które zapewni jak największej liczbie wykonawców możliwość złożenia oferty w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt 5 SIWZ Zamawiający postanowił: „*Termin realizacji zamówienia: 196 dni od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem § 3. ust. 3 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SIWZ)*”.

„Zamawiający przewiduje przeprowadzenie testów kompatybilności infrastruktury dostarczonej przez wykonawcę z terminalami posiadanymi przez Policję. Wykonawca ma obowiązek przeprowadzić testy kompatybilności radiotelefonów w Etapie I. Do testów w tym Etapie wykorzystana zostanie środowisko testowe przygotowane przez Wykonawcę. Dwukrotny negatywny wynik testów daje możliwość Zamawiającemu do odstąpienia od Umowy z winy leżącej po stronie Wykonawcy. Testy w Etapie I należy wykonać w czasie nie dłuższym niż 3 dni robocze w miejscu i terminie ustalonym z Zamawiającym. Dodatkowo Testy kompatybilności będą elementem testów akceptacyjnych i należy je uwzględnić w Planie Testów Akceptacyjnych, zostaną one wykonane już na infrastrukturze zainstalowanej w lokalizacjach po przeprowadzonej Migracji dla każdego z Ośrodków. Szczegółowy opis testów kompatybilności znajduje się w załączniku nr 2 „Testy kompatybilności radiotelefonów” (pkt 11 załącznika nr 1 do SIWZ).

„W ramach Etapu 1 zostaną przeprowadzone testy kompatybilności radiotelefonów. Testy kompatybilności radiotelefonów będą przeprowadzane przez Wykonawcę z udziałem Zamawiającego zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 2 do Umowy oraz odebrane na podstawie podpisanego przez Strony Protokołu Odbioru Testów Kompatybilności. Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania środowiska testowego niezbędnego dla przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów. Zamawiający ma prawo do umożliwienia osobom trzecim udziału w testach.” (§ 8 ust. 12 wzoru umowy).

„Zamawiający podpisze Protokół Odbioru Testów Kompatybilności w przypadku pozytywnego wyniku testów kompatybilności radiotelefonów. W przypadku negatywnego wyniku testów, Zamawiający zgłosi uwagi lub zastrzeżenia, a Wykonawca w terminie nie dłuższym niż 24 godziny liczone od zgłoszenia uwag lub zastrzeżeń przez Zamawiającego jest zobowiązany do usunięcia nieprawidłowości. Ponowne przeprowadzenie testów i czynności odbiorczych testów kompatybilności radiotelefonów nastąpi w terminie określonym przez Zamawiającego. Dwukrotny negatywny wynik testów kompatybilności radiotelefonów może stanowić podstawę do odstąpienia od Umowy w całości lub części przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i żądania kary umownej, o której mowa odpowiednio w § 13 ust. 2 pkt 3 lub pkt 4 Umowy.” (§ 8 ust. 13 wzoru umowy).

W § 21 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy wskazano: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od Umowy w całości lub części, bez obowiązku wyznaczenia Wykonawcy dodatkowego terminu, w przypadku dwukrotnego negatywnego wyniku testów kompatybilności radiotelefonów przeprowadzonych w Etapie 1”.

Zamawiający postanowił, iż realizacja przedmiotowego zamówienia będzie przebiegała w dwóch etapach. W ramach Etapu I wykonawca zobowiązany jest wykonać: „1) opracowanie i dostarczenie Zamawiającemu Dokumentacji Etapu 1, w szczególności: a) Planu Zarządzania Projektem, b) Projektu Technicznego, c) Planu Testów Akceptacyjnych, d) Planu Wdrożenia, e) Planu i opisie realizacji Warsztatów; 2) przeniesienie na Zamawiającego, MAiC i Policję autorskich praw majątkowych oraz prawa zezwalania na wykonywanie praw zależnych do Dokumentacji wytworzonej i przekazanej Zamawiającemu w ramach Etapu 1; 3) przygotowanie środowiska testowego i przeprowadzenie Testów kompatybilności radiotelefonów zgodnie z załącznikiem nr 2 do OPZ” (pkt 3 ppkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ).

W załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 5.1.1.-5.3.2.3. Zamawiający opisując funkcjonalności stacji bazowych i systemów antenowych wskazał, m.in.: „Wykonawca dostarczy, zainstaluje i uruchomi nowy system antenowy, z wykorzystaniem anten dookólnych z minimum trójdrożnym odbiorem zbiorczym przy zachowaniu zasięgów radiowych nie gorszych niż w funkcjonującym dotychczas systemie.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Kwestionując termin realizacji zamówienia jako zbyt krótki Odwołujący zwraca uwagę na dwa aspekty: po pierwsze, dostrzega niemożność świadczenia w związku z powyższym, po drugie, biorąc pod uwagę zakres świadczenia wyraża pogląd, że faworyzowany jest, kosztem innych wykonawców, producent systemu Motorola, używanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego nie zasługuje jednak na aprobatę.

W pierwszej kolejności odnosząc się do niemożliwości świadczenia należy zwrócić uwagę, że przepis art. 387 § 1 k.c. dotyczy wyłącznie takiej niemożliwości świadczenia, która spełnia kumulatywnie trzy cechy. Niemożliwość świadczenia musi być o charakterze: obiektywnym, pierwotnym i trwałym. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba, natomiast świadczenie jest subiektywnie niemożliwe wówczas, gdy nie może go spełnić wyłącznie dłużnik (por. np. wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08, LEX nr 527123; wyrok SN z dnia 8 maja 2002 r., III CKN 1015/99, LEX nr 55497; wyrok SN z dnia 8 stycznia 2009 r., I CSK 239/08, LEX nr 523627;

wyrok SA w Poznaniu z dnia 27 maja 1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, z. 12, poz. 90; A. Rembieliński (w:) *Kodeks...*, s. 333; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 71). Natomiast o niemożliwości pierwotnej (uprzedniej) mówimy w przypadku, gdy niemożliwość świadczenia istnieje już w chwili zawarcia umowy (wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08, LEX nr 527123).

Analizując treść odwołania i sformułowanych zarzutów zwraca uwagę okoliczność, że Odwołujący nie twierdzi, że niemożliwość świadczenia ma charakter obiektywny, a więc dotyczy wszystkich ewentualnych wykonawców, wręcz przeciwnie, nie przeczy, iż dostawca urządzeń Motorola wymagania to będzie mógł spełnić. Nadto, przedłożony przez Zamawiającego w toku rozprawy dowód, w postaci proponowanego harmonogramu realizacji projektu, przedstawionego przez jednego z wykonawców w ramach dialogu technicznego (dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z tych względów nie jest szerzej omawiany), a nadto stanowisko Przystępującego po stronie Zamawiającego potwierdzają okoliczność, że niemożliwość obiektywna świadczenia w niniejszym postępowaniu nie występuje. Powyższe niweczy zatem zarzut naruszenia przepisu art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c.

Co się tyczy zaś zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez określenie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał, że nie jest w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia w wymaganym przez Zamawiającego terminie i wpłynie to na zaburzenie konkurencji i nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia innym wykonawcom. Wręcz przeciwnie, w toku rozprawy przyznał, że jest to możliwe. Natomiast upatrywanie pewnej przewagi dostawcy dotychczasowego systemu (urządzeń Motorola) nie stanowi o naruszeniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jest to bowiem naturalna konsekwencja wynikające z realizacji wcześniejszego zamówienia, której wyeliminować się nie da. Oczywistym jest, że wykonawca w toku realizacji zamówienia zdobywa określoną wiedzę i doświadczenie, a kwestionowanie powyższego jest całkowicie niezrozumiałe.

Zaś, okoliczność, że dostawca systemu innego niż produkcji Motorola będzie musiał wykonać dodatkowe prace programistyczne i uruchomieniowe, nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że termin wykonania zamówienia winien być przedłużony względem terminu określonego przez Zamawiającego, a tym bardziej o trzy miesiące. Symulacja przedstawiona przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 25 sierpnia 2014 r. również o powyższym nie przesądza. Odwołujący przyjął bowiem pewne założenia, w tym zatrudnienie 4 osób dedykowanych wyłącznie do wykonania dodatkowych zadań, których nie musi już zrealizować dostawca urządzeń Motorola, jednakże jest to jeden z możliwych

sposobów organizacji pracy w związku z realizacją przedmiotowego zadania i z pewnością nie jedyny, można sobie bowiem wyobrazić zaangażowanie chociażby większej liczby pracowników. W tych okolicznościach stwierdzić należy, że Odwołujący nie udźwignął ciężaru nawet uprawdopodobnienia, że Zamawiający określił niewystarczający termin realizacji zamówienia, co stanowi złamanie zasady uczciwej konkurencji, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

W zakresie obowiązku przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów na Etapie I w istocie Odwołujący sformułował jedynie oczekiwanie co do przeniesienia tychże testów na etap testów akceptacyjnych wskazując, że przeprowadzenie testów na dalszym etapie nie niweczy możliwości dostarczenia przez wykonawcę infrastruktury wymaganej przez Zamawiającego. Zwrócić jednakże należy uwagę, że żądania Odwołującego wymagają uzasadnienia i mogą być uwzględnione w razie stwierdzenia naruszeń konkretnych norm prawnych. Tymczasem oczekiwania Odwołującego co do w istocie możliwości dłuższego poszukiwania rozwiązań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania żądań Odwołującego za uzasadnione. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że kwestionowane wymaganie stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skupiając się jedynie na wywodzeniu, że zapewni to bardziej optymalne warunki realizacji zamówienia Odwołującemu i zmniejszy ryzyko wystąpienia przesłanek skutkujących rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego z winy wykonawcy i zapłaty kar umownych.

Jednakże rolą Zamawiającego nie jest poszukiwanie rozwiązań, które mają zapewnić komfort realizacji zamówienia przez wykonawcę i zminimalizowanie ryzyk grożących wykonawcy, a przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w celu zaspokojenia potrzeb Zamawiającego i zabezpieczenia jego interesów. Stąd też, jeżeli Zamawiający przewidział konieczność przeprowadzenia testów kompatybilności radiotelefonów w Etapie I, mając na względzie okoliczność, że zapewni mu to pewne bezpieczeństwo oraz że po ukończeniu realizacji całego systemu, radiotelefony będą działać, uprawnienia takiego nie sposób Zamawiającemu odmówić, tym bardziej, że przedmiotem zamówienia jest integracja środków łączności służb zajmujących się zapewnieniem bezpieczeństwa.

Nadto, Zamawiający wskazał, że jedynym z powodów wprowadzenia testów są negatywne doświadczenia z uruchomieniem tego rodzaju systemu przez Komendę

Wojewódzką Policji w Łodzi i opóźnienie w realizacji zamówienia. Argument ten z pewnością zasługuje na posłuch.

Jeśli idzie o twierdzenia Odwołującego, że niespełnienie jednego wymagania z rozbudowanej listy testów kompatybilności z radiotelefonami może skutkować rozwiązaniem umowy z winy wykonawcy i obowiązkiem zapłaty kar umownych, co stanowi obciążenie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, to zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący poza konstatacją tego stanu nie prowadzi argumentacji zmierzającej do wykazania, że taki stan rzeczy jest nieuzasadniony w świetle określonych przepisów prawa.

Analogicznie sytuacja przedstawia w odniesieniu do stanowiska, że termin na usunięcie nieprawidłowości w ramach testów kompatybilności jest nieuprawniony i nieuzasadniony. Odwołujący zobowiązany był wykazać, jaki termin jest terminem obiektywnie uzasadnionym, a nie jedynie ogólnikowo wskazywać na złożoność zadania i ilość operacji koniecznych do przeprowadzenia.

Zaś, oczekiwanie co do włączenia terminali TETRA używanych przez Odwołującego do testów kompatybilności w celu weryfikacji poprawności ustawień terminali Motorola pozostało nieuzasadnione i z tych względów nie zasługiwało na uwzględnienie. Raz jeszcze podkreślić należy, że skuteczne podnoszenie żądań przez Odwołującego musi mieć swoje uzasadnienie w świetle postawionych zarzutów (naruszenia określonych norm prawnych), natomiast niewystarczające jest formułowanie jedynie oczekiwań, co do których Odwołujący poprzestał na wskazaniu, że są one pożądane i korzystne ze względu na zabezpieczenie interesów Odwołującego.

Odnosząc się do twierdzenia, że kwestionowane obowiązki zaburzają symetryczność praw i obciążeń stron umowy wskazać należy, iż kwestia nierównego traktowania stron w ramach umowy, jak również nieekwiwalentność świadczeń nie mają żadnego wpływu na ważność czynności prawnej – umowy. Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie, zasadom współżycia społecznego (wyrok SA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., VI ACa 841/2005, niepubl.). Podobną myśl wyrażono w wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., gdzie wskazano, że z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Z tych powodów przyjęto, że nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, LEX nr 371531).

Jeśli idzie zaś o zarzuty dotyczące testów kompatybilności w aspekcie funkcjonalności nieznormalizowanych przez standard TETRA stwierdzić należy, iż nie zostały one podniesione w treści odwołania, a dopiero w toku rozprawy i w piśmie

procesowym z dnia 25 sierpnia 2014 r., co oznacza, że z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie podlegają ocenie. Zarzut stanowi bowiem substrat okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu, zaś okoliczności, o których mowa wyżej, nie służą uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu, a stanowią nowy zarzut, niepodlegający rozpoznaniu. Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby o tyle nieuzasadnione, że w istocie prowadziłyby do obejścia przepisów odnoszących się do terminu wniesienia odwołania.

Odwołujący kwestionując wymóg trójdrożnego systemu odbioru zbiorczego winien wykazać, że wskazanie przez Zamawiającego określonych rozwiązań technologicznych jest nieuzasadnione. W pierwszej kolejności zdaniem Odwołującego było udowodnienie, że system dwudrożny jest rozwiązaniem nie gorszym niż wymagane przez Zamawiającego, w dalszej kolejności, iż system ten sprawdzi się w warunkach, w jakich ma funkcjonować (we wskazanych przez Zamawiającego ośrodkach).

Tymczasem Odwołujący w treści odwołania jedynie zakomunikował, że funkcjonują również inne systemy niż ten wymagany przez Zamawiającego i spełnią one wymagania Zamawiającego odnośnie zasięgów radiowych. Oczywistym jest, że tego rodzaju konstatacja nie może prowadzić do przyjęcia stanowiska Odwołującego. Ponownie wypada podkreślić, że ciężar dowodu leży po stronie Odwołującego.

Co prawda próbę dowodzenia w tym kierunku Odwołujący podjął w toku rozprawy, aczkolwiek okazała się ona nieskuteczna. Odwołujący przedłożył dokument (w znaczeniu materialnym), który wartości dowodowej nie przedstawia. Po pierwsze, dokument został sporządzony na listowniku Odwołującego i nie został podpisany, co odbiera mu cechy dokumentu prywatnego. Co więcej, sam Odwołujący oświadczył na rozprawie, że jest to tłumaczenie dokumentu sporządzonego przez firmę Sepura, co rodzi obowiązek, w świetle § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014, poz. 964), przedłożenia dokumentu w języku obcym wraz z jego tłumaczeniem. Obowiązkwowi temu Odwołujący nie sprostał, co więcej brak jakichkolwiek cech wskazujących, że dokument ten pochodzi od podmiotu trzeciego a nie od Odwołującego, bezpośrednio zainteresowanego wynikiem postępowania odwoławczego.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że zaliczenie przedmiotowego dokumentu w poczet materiału dowodowego nie wpłynęłoby na dokonaną przez Izbę ocenę. Nie wystarczy bowiem wykazać, że system dwudrożny ma wiele zalet, ale jeszcze trzeba udowodnić, że sprawdzi się warunkach Zamawiającego.

Nadto, nie sposób nie dostrzec, że argumentacji Zamawiającego odnośnie niezawodności systemu trójdrożnego i wymagania jego uruchomienia jedynie w określonych

lokalizacjach, podyktowane potrzebami Zamawiającego, Odwołujący nie odparł. Przyznał natomiast, że system się sprawdza, co jest szczególnie istotne, biorąc pod uwagę, że z rzeczonego systemu będą korzystały służby zapewniające bezpieczeństwo.

Okoliczność, że system dwudrożny został dopuszczony w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi nie może mieć rozstrzygającego charakteru, biorąc pod uwagę, że w żaden sposób nie wiąże to Zamawiającego i nieznanne są warunki, w których system ma działać w Łodzi. Nadto, wskazywane przez Zamawiającego problemy z uruchomieniem systemu w Łodzi nie przekonują o racji Odwołującego.

Dostrzeżenia wymaga również, że część argumentacji Odwołującego odnośnie przedmiotowej kwestii należało ocenić jako pozbawioną doniosłości prawnej na gruncie analizowanej sprawy, gdyż dotyczyła warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy te nie były kwestionowane. W tym miejscu wypada zwrócić uwagę, że warunki udziału w postępowaniu a wymogi odnoszące się do przedmiotu zamówienia to na gruncie prawa zamówień publicznych dwie różne instytucje.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp okazał się niezasadny. Zaś, Odwołujący nie podał jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego zarzutów naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 3 w zw. z art. 30 ust. 1, 4, 5 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 ust. 4 ustawy Pzp co powoduje, że nie poddają się ocenie.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Fakt niedopuszczenia określonego rozwiązania nie stanowi jeszcze utrudniania dostępu do rynku, zaś działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami nie wykazano.

Reasumując, Izba nie stwierdziła, że działanie Zamawiającego zaburza uczciwą konkurencję i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Nie sposób również dopatrzeć się naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp skoro zamówienie nie zostało jeszcze udzielone.

Sygn. akt: KIO 1657/14

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, kwestionując:

- 1.brak żądania podania w treści składanych ofert nazw, typów a także parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych urządzeń oraz nazw oferowanego oprogramowania standardowego i licencji na to oprogramowanie, co stwarza możliwość składania ofert nieporównywalnych, może prowadzić do wyboru oferty,

której treść nie odpowiada treści SWIZ, pozwala na konkretyzację treści oferty dopiero na etapie realizacji umowy, a także pozbawia możliwości kontroli pod kątem zachowania tożsamości świadczenia wynikającego z umowy względem zobowiązania wykonawcy wynikającego z treści oferty;

2. nie wprowadzenie do SIWZ opisu sposobu badania ofert, co również stwarza możliwość składania ofert nieporównywalnych i może prowadzić do wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści SWIZ.

W ocenie Odwołującego przedmiotowe zaniechania prowadzą do naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 a w konsekwencji art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w SIWZ:

- obowiązku podania w treści składanych ofert nazw, typów a także parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych urządzeń oraz nazw oferowanego oprogramowania standardowego i licencji na to oprogramowanie;
- procedury badania ofert - testów lub demonstracji oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z zamieszczeniem w SIWZ programu takich testów lub demonstracji;
- żądania złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom Zamawiającego.
-

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, iż w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, wybrany wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia szeregu urządzeń i sprzętu, takich jak stacje bazowe systemu TETRA, konsole operatorskie, stanowiska administracyjno-odsłuchowe, anteny, itp. Wymienione dobra materialne posiadają określone parametry techniczne i funkcjonalne, a także nazwy własne, pozwalające na ich porównanie z treścią SIWZ, a także identyfikację w kontekście zarówno badania ofert, jak też związania treścią oferty na potrzeby realizacji zobowiązania z tą treścią oferty zgodnego.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie ma możliwości dokonania badania ofert, zaś o zawartości materialnej oferty będzie mógł dowiedzieć się dopiero na etapie testów kompatybilności radiotelefonów. Powyższe oznacza, że Zamawiający *de facto* przewiduje badanie tylko jednej, wybranej oferty i to już po zawarciu umowy. Jedynym elementem oświadczenia woli (oferty), odnoszącym się do realizacji przedmiotu zamówienia jest zawarte w treści formularza oferty oświadczenie: „3. *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z treścią Opisu przedmiotu zamówienia i zobowiązujemy się do wykonania zamówienia na warunkach w nim określonych.*”

Oferty w zakresie wymaganych przez Zamawiającego dostaw nie może zastępować, zdaniem Odwołującego, blankietowe oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu ofertowym, iż gwarantuje on wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, gdyż nie wynika z niego, co faktycznie wykonawca oferuje (wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 454/14).

Odwołujący zwrócił uwagę, że ustalenie, czy oferowane wyroby są zgodne z przedmiotem zamówienia podlega ocenie Zamawiającego i może być przedmiotem zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty jako niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia będącego częścią SIWZ. Ta zgodność oferowanego towaru z przedmiotem zamówienia (bądź jej brak) może być wykazywana wszelkimi dowodami i powinna być dokonywana w każdym postępowaniu bez względu na stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 13 sierpnia 2010 r., sygn. akt: X Ga 143/10/za).

Odwołujący stwierdza, że koniecznym jest wprowadzenie do SIWZ zapisów umożliwiających Zamawiającemu przeprowadzenie procedury badania ofert. Środkami utylitarnymi w tym wymiarze mogą być te, których wprowadzenia do treści SIWZ żąda Odwołujący.

Z uwagi na konieczność zbadania zdolności oferowanego systemu do współpracy z elementami istniejących systemów, Zamawiający uznał za stosowne wprowadzenie testów kompatybilności na wstępnym etapie realizacji umowy. Nie podważając konieczności prowadzenia testów opisanych w treści Istotnych Warunków Umowy na tym etapie, Odwołujący wskazuje na konieczność wprowadzenia do procedury badania ofert również podobnych testów prowadzonych na „egzemplarzu testowym” oferowanego systemu. Z punktu widzenia merytorycznego, prowadzenie testów jest koniecznością.

Przedmiot zamówienia po wykonaniu dostawy, integracji oraz wdrożenia, stanie się zintegrowany z częścią istniejącego systemu łączności. Bez przeprowadzenia testów istnieje poważne zagrożenie nabycia urządzeń, które nie będą prawidłowo współpracować z już istniejącymi elementami systemu łączności. Takie rozwiązanie, w ocenie Odwołującego, jest nie do zaakceptowania zarówno z punktu widzenia merytorycznego, jak i prawnego. Zakup musi być celowy i oszczędny. Szczególnie jednak względy merytoryczne, z uwagi na wysoki stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia, wprowadzają na tyle wielkie ryzyka, że nie można pozwolić na dowolność w przedmiocie sprawy.

Nie zostanie przy tym naruszony, zdaniem Odwołującego, przepis art. 97 ust 2 ustawy Pzp. Zestaw aparatury technicznej użyty do przeprowadzenia testów lub demonstracji funkcjonalności nie jest „materiałem”. Jeżeli nawet przyjąć, że do testów/demonstracji zostanie postawiony nowy system, Zamawiający może wyrazić zgodę

na jego nabycie w ramach realizacji zamówienia. Zestawy postawione do dyspozycji Zamawiającego wraz z personelem obsługowym przez wykonawców, których oferty nie zostaną wybrane - zostaną im zwrócone. Dowodem z dokumentu, który pozostanie w dokumentacji postępowania, zgodnie z przepisem art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, będzie protokół z przeprowadzonych testów.

Odwołujący zwrócił uwagę, jak bardzo istotnym jest moment prowadzenia testów akceptacyjnych. Ocena właściwości technicznych testowanych urządzeń, z punktu widzenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi porównanie faktycznych, materialnych cech oferowanego przedmiotu z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Potwierdzeniem istnienia cech technicznych i funkcjonalnych oferowanych urządzeń wskazanych przez wykonawców w dniu oznaczonym jako termin do składania ofert, jest podanie ich nazw i typów oraz załączenie stosownych katalogów i opisów. Ich współpraca z istniejącym systemem nie może być jednak oceniona w inny sposób niż tylko podczas testów kompatybilności, którym powinny podlegać wyłącznie te urządzenia, które stanowią przedmiot oferty. Testy owe nie mogą być prowadzone wyłącznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Prowadzi to bowiem do wynaturzenia systemowego, polegającego na uprzednim dokonaniu czynności wyboru oferty na przedmioty, które materialnie nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia w SIWZ. Działanie takie sankcjonuje możliwość wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Nie ma zatem innej możliwości prawnej i merytorycznej, jak tylko ustalenie wykonania testów/demonstracji w okresie pomiędzy złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jego stanowisko w przedmiotowej sprawie znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający nie żądał w ofercie wskazania nazw, typów a także parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych urządzeń oraz nazw oferowanego oprogramowania standardowego i licencji na to oprogramowanie. Nie ustanowił również obowiązku przeprowadzenia testów lub demonstracji oferowanego przedmiotu zamówienia, ani też przedłożenia dokumentów potwierdzających, że dostawa odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Natomiast nie budzi wątpliwości, a przynajmniej okoliczność ta nie jest podnoszona, że Zamawiający w sposób kompleksowy i wyczerpujący opisał przedmiot zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ).

Odwołujący domagając się zakresienia pewnej minimalnej treści ofert, w zakresie

szerszym niż wymagał tego Zamawiający, dostrzega w powyższym usankcjonowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba nie podziela jednakże tego poglądu. Zwrócić należy bowiem uwagę, że w doktrynie za dominujący należy uznać pogląd, iż oferta to jednostronna czynność prawna oferenta, zawierająca stanowczą propozycję zawarcia umowy określonej treści (art. 66 k.c.). Na minimum treściowe oferty, w przypadku umów nienazwanych lub mieszanych, gdzie katalog składników przedmiotowo istotnych trudno z góry określić, należy opowiedzieć się, zgodnie z postulatami doktryny, za ujęciem bardziej uniwersalnym, gdzie istotne postanowienia umowy to te, stanowiące konieczne, a przy tym charakterystyczne elementy danego stosunku prawnego i które pozwalają na jego zaistnienie w obrocie (*essentialia contractus*).

Podsumowując można stwierdzić, że treść oferty powinna pozwolić antycypować powstanie odpowiednio zindywidualizowanego stosunku umownego, dając podstawy do ustalenia z góry: a) podmiotów (stron) proponowanej umowy, b) jej przedmiotu, czyli powinnego zachowania, którego umowa dotyczy (w stosunkach zobowiązaniowych chodzi o wskazanie świadczenia dłużnika) oraz c) treści stosunku umownego, którą wyznaczają poszczególne prawa i obowiązki stron. Naturalnie, poza wskazanymi wyżej elementami koniecznymi, oferta może zawierać dowolną liczbę dodatkowych zastrzeżeń.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że odwołanie się w treści oferty do wymagań Zamawiającego, określających przedmiot zamówienia jest wystarczające dla zrekonstruowania przedmiotu umowy, a więc świadczenia dłużnika. Sposób przyjęty przez Zamawiającego jest jednym z możliwych dla określenia (sformułowania) treści oferty, można sobie również wyobrazić, że Zamawiający mógł przyjąć i ten, proponowany przez Odwołującego. Niezależnie jednak od przyjętego systemu konstruowania treści oferty, oba pozwalają na określenie powinnego zachowania dłużnika, a tym samym pozwalają na określenie elementów koniecznych dla danego stosunku obligacyjnego. Nie ma zatem podstaw do domagania się sformułowania oferty przez wykonawców w sposób wskazany przez Odwołującego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, powyższe nie odbiera Zamawiającemu możliwości badania i oceny oferty, jakkolwiek prawdą jest, że na innym poziomie szczegółowości. Jednakże żaden przepis prawa nie wymaga od Zamawiającego nakładania na wykonawców detalicznego przedstawienia przedmiotu oferty i przeprowadzenia takiego właśnie badania oferty. Potwierdzenie zaprezentowanego poglądu odnaleźć można również w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który statuuje dla zamawiającego jedynie

uprawnienie a nie obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnianie przez dostawcy/usługi wymagań zamawiającego. Analogicznie rzecz się ma w odniesieniu do próbek, testów (§ 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r., poz. 231)).

Sformułowanie przez Zamawiającego wymagań wobec treści oferty, odnoszących się do wszystkich wykonawców powoduje, że pozostają oni w analogicznej sytuacji, zatem nie sposób dostrzec w tym względzie nierównego traktowania wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zaniechanie przeprowadzenia testów nie stanowi zagrożenia nabycia wadliwego produktu. Właściwe wykorzystanie rozwiązań przewidzianych w umowie zabezpiecza Zamawiającego przed wystąpieniem takich sytuacji.

Za nietrafne należy uznać powołanie się przez Odwołującego na wyrok Izby z dnia 24 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 454/14, bowiem okoliczności faktyczne sprawy nie przystają do przedmiotowego postępowania. W powoływanej sprawie sporem objęta była ocena oferty, która nie zawierała określonych świadczeń (zostały pominięte w kosztorysie). Izba w tamtej sprawie nie wyraziła natomiast poglądu, że detaliczne identyfikowanie świadczenia w ofercie jest niezbędne.

Poparcia dla stanowiska Odwołującego nie stanowi również powoływany wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach, sygn. akt: X Ga 143/10/za, w którym przedmiotem rozważań była ocena oferty wykonawcy w świetle wymagań SIWZ. Natomiast Sąd nie zajmował stanowiska odnośnie minimalnej treści oferty i wymagań stawianych w tym zakresie w SIWZ.

W ocenie Izby, na próżno poszukiwać argumentacji prawnej, która uzasadniałby trafność sformułowanych przez Odwołującego zarzutów. Nie sposób zaś oprzeć się wrażeniu, że wykonawca domagający się przedmiotowego zachowania od Zamawiającego stara się stworzyć instrumenty, które pozwolą na dokładną (detaliczną) weryfikację ofert konkurentów na etapie ich oceny. Jednakże celem formułowania oferty o określonej treści nie jest tworzenie narzędzi do prowadzenia „walki konkurencyjnej” pomiędzy wykonawcami, a skonkretyzowanie przyszłego stosunku obligacyjnego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od każdego z odwołań w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: