

Kancelaria Adwokacka Marcin Radecki
ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego 44 lok. 69 03-982 Warszawa
tel. 601 513 535 faks: +48 223784636
email: marcin.radecki@adwokatura.pl

Warszawa, 11 września 2018r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-678 Warszawa

Zamawiający:
Komenda Główna Policji
ul. Puławska 148/150
Warszawa
tel.: +48 226011986
faks: +48 226011857
e-mail: tomasz.gugala@policja.gov.pl

Odwołujący:
MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
S.K.A.
ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka
reprezentowany przez
adwokata Marcina Radeckiego
Kancelaria Adwokacka Marcin Radecki
ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego 44 lok. 69
03-982 Warszawa
email: marcin.radecki@adwokatura.pl
nr faks: +48223784636

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA”, numer referencyjny: 162/BLiI/18/TG/PMP dalej „Postępowanie”.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”, w imieniu Wykonawcy MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna (dalej: „Odwołujący”, „MAXTO”) wnoszę odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

1) art. 9a ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc poprzez:

- wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert w stosunku do poziomu złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na sporządzenie oferty,
- wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, w przypadku gdy oferty w niniejszym Postępowaniu mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej oraz po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia

a w konsekwencji utrudnienie uczciwej konkurencji, w tym przez uniemożliwienie złożenia oferty Odwołującemu;

2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz uniemożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji;

3) art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

4) § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016r., poz. 1126) w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w przedmiotowym postępowaniu w sposób przewidziany w tym przepisie, tj. dopuszczenia, aby wykaz dostaw/usług dotyczył dostaw/usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert;

5) art. 353¹ i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) (dalej: „kc”) w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, wyznaczenie nierealnych do dotrzymania terminów realizacji zamówienia oraz obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem;

- 6) art. 353¹, art. 473 § 1, art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zasadę odpowiedzialności wykonawcy de facto na zasadzie ryzyka za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia, co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, a ponadto Zamawiający zaniechał oznaczenia okoliczności, które będą uzasadniać odpowiedzialność wykonawcy, jeśli nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia nastąpi nie z jego winy;
- 7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Interes we wniesieniu odwołania

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkada ta wynika z faktu, iż kwestionowane postanowienia SIWZ, w tym nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału, postanowienia wzoru umowy w Postępowaniu uniemożliwiają lub istotnie utrudniają Odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu lub uniemożliwią prawidłowe oszacowanie oferty, oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Termin

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2018r. i w tym samym dniu Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z rozporządzeniem 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).

Ogłoszenie o zamówieniu

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2018r. pod numerem 2018/S 168-382059.

UZASADNIENIE

I. WSTĘP

1. Przeprowadzona przez Odwołującego się szczegółowa analiza treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wskazuje, że Zamawiający zdefiniował wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia, postanowień umowy, warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów prawa, w tym w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

2. Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015, KIO 897/15).
3. Ustawa Pzp zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a który jest zakazany w myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Aby zasada dotycząca opisu przedmiotu zamówienia wypływająca z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp mogła zostać zrealizowana zamawiający powinien podczas dokonywania tego opisu wskazać tylko te jego cechy, które mają dla niego znaczenie kluczowe i istotnie są uzasadnione celem prowadzonego postępowania. Swoboda zamawiającego w precyzowaniu swoich wymagań ograniczona jest bowiem w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interesy Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej zaś nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć więc na

uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy¹.

4. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ustawodawca sankcjonuje samo już zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez zamawiającego, a co za tym idzie osłabia ciężar dowodowy, który obciążałby wykonawcę chcącego kwestionować z tego powodu czynności dokonane przez zamawiającego. *Ponieważ art. 29 ust. 2 p.z.p. posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza to, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym².*
5. Reasumując, Odwołujący nie kwestionuje, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest decyzją Zamawiającego, ponieważ jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania (usługi) w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć³. Jednakże Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Dlatego też Odwołujący w Postępowaniu nie dąży do opisanie wymagań za Zamawiającego. Celem Odwołującego jest opisanie tych wymagań przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić ich zgodność z prawem, a w konsekwencji konkurencyjność Postępowania i możliwość złożenia przez Odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu i takiej, która będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Przy obecnej treści SIWZ osiągnięcie tych celów jest niemożliwe.

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

6. Warunki udziału w postępowaniu, wymienione w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp mają charakter blankietowy. Ich konkretyzacji dokonuje zamawiający w sposób adekwatny do potrzeb danego postępowania, mając na uwadze wytyczne, określone w art. 22 ust. 1a oraz art. 22a-22d ustawy Pzp. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp: *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W orzecznictwie wskazuje się jednolicie, że respektowanie tych wytycznych przez zamawiającego służy zapewnieniu realizacji podstawowych zasad – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak np. uchwała KIO z 23 stycznia 2014 r. – sygn. akt KIO/KU 2/14). Należy uznać, że dotychczasowe orzecznictwo po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp z czerwca 2016r. zachowuje aktualność.*
7. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został również jednolity pogląd, że sformułowane warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać

¹ Tak Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06

² Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r., KIO 1630/12

³ Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2013 r., KIO 766/13

zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający przy ustalaniu warunku udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji. Proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być adekwatne do celu, dla którego w danym postępowaniu określane są warunki udziału w postępowaniu oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. Zachowanie zasady proporcjonalności opisu oceny warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. I-12169, wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

WZÓR UMOWY

8. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony [...]. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2014 r. (V CSK 322/13) odwołanie do się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15).
9. Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę⁴.

⁴ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05

II. TERMIN SKŁADANIA OFERT

1. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 11.10.2018r. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 1 września 2018r. i w tym samym dniu Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w dniu 30 sierpnia 2018r. Zatem Zamawiający wyznaczył 42-dniowy termin składania ofert, co oznacza, że termin ten jest zaledwie o 7 dni dłuższy niż minimalny termin wymagany w art. 43 ust. 2 ustawy Pzp.
2. Tymczasem przedmiotem zamówienia jest modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA. Jest to największe tego typu postępowanie na rynku polskim, obejmujące olbrzymi obszar i dużą liczbę lokalizacji. Ze względu na jego zakres, wartość, stopień skomplikowania wykonawcy potrzebują więcej czasu, niż przeciętnie na przygotowanie oferty. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje zgodnie z pkt 3 OPZ (złącznik nr 2 do SIWZ) szereg istotnych obowiązków:

3.2 W szczególności przedmiot zamówienia obejmuje następujące elementy:

- 3.2.1 *Zaprojektowanie, dostarczenie, zainstalowanie, skonfigurowanie, przetestowanie i uruchomienie Infrastruktury Technicznej, w tym oprogramowania wraz z adaptacją lokalizacji przeznaczonych pod posadowienie elementów Infrastruktury Technicznej;*
- 3.2.2 *Wykonanie i dostarczenie dokumentacji technicznej;*
- 3.2.3 *Zintegrowanie Systemu z Infrastrukturą Zamawiającego;*
- 3.2.4 *Dostarczenie, zainstalowanie, skonfigurowanie i uruchomienie Konsol Dyspozytorskich i Terminali biurkowych, w określonych Ośrodkach;*
- 3.2.5 *Przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych oraz prawa zezwalania na wykonywanie praw zależnych do Dokumentacji wytworzonej i przekazanej Zamawiającemu oraz udzielenie Zamawiającemu licencji zgodnie z Umową;*
- 3.2.6 *Świadczenie Usług Rozwoju;*
- 3.2.7 *Udzielenie gwarancji;*
- 3.2.8 *Świadczenie Usług Utrzymania;*
- 3.2.9 *Przeprowadzenie warsztatów i szkoleń dla:
Administratorów Centralnych;
Administratorów Lokalnych;
Instruktorów;
Serwisantów Terminali.*
- 3.2.10 *Świadczenie usług utrzymania Infrastruktury Zewnętrznej.*

3. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie czynności w kilkuset lokalizacjach Zamawiającego. Dobrze wyobrażanie na ten temat daje choćby załącznik nr 11 do OPZ wskazujący lokalizacje, w których mają być ustawione stacje bazowe:

- 1) województwo podlaskie: 16 lokalizacji;
- 2) województwo pomorskie: 18 lokalizacji;
- 3) województwo warmińsko-mazurskie: 9 lokalizacji;
- 4) województwo mazowieckie: 18 lokalizacji;

- 5) województwo kujawsko-pomorskie: 17 lokalizacji;
- 6) województwo wielkopolskie: 29 lokalizacji;
- 7) województwo lubuskie: 27 lokalizacji;
- 8) województwo dolnośląskie: 8 lokalizacji;
- 9) województwo opolskie: 5 lokalizacji;
- 10) województwo śląskie 51 lokalizacji;
- 11) województwo świętokrzyskie: 13 lokalizacji;
- 12) województwo lubelskie: 14 lokalizacji;
- 13) województwo podkarpackie: 18 lokalizacji.

Łącznie zatem jako miejsca ustawienia stacji bazowych zostały wytypowane 243 lokalizacje. Należy jednak mieć na względzie, że w lokalizacjach tych (a przynajmniej części) będzie zachodzić konieczność wykonania szeregu innych czynności, np. prac adaptacyjnych. Niestety, wykonawca po analizie OPZ nie jest w stanie tego ustalić, a jedyną możliwością w tym zakresie jest dokonanie wizji lokalnych – o czym dalej. Co więcej, istnieją jeszcze inne lokalizacje Zamawiającego, niż wskazane w załączniku nr 11 do OPZ, objęte przedmiotem zamówienia, w których mają być wykonane inne czynności niż ustawienie stacji bazowych.

4. Poziom złożoności zamówienia jest determinowany nie tylko olbrzymią liczbą lokalizacji, lecz także przez konieczność zintegrowania dostarczanego systemu z infrastrukturą posiadaną już przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga wykonania następujących czynności w zakresie integracji:
 - 1) pkt 27 OPZ - wymagana integracja z innymi systemami TETRA (pkt 27.1.1: *Wykonawca opracuje interfejsy i zapewni połączenia z oraz do resortowych sieci TETRA (infrastruktura Rohill- KSP Warszawa, KWP: Kraków, Szczecin, Sepura –KWP Łódź) w lokalizacjach wymienionych w Załączniku nr 13) – 4 lokalizacje;*
 - 2) pkt 28 OPZ – interfejsy do pozostałych systemów radiokomunikacyjnych (pkt 28.1: *„wykonawca opracuje interfejsy i zapewni połączenia z oraz do resortowych sieci radiokomunikacyjnych pracujących w standardzie DMR (opcjonalnie w ramach oddzielnego zlecenia/ zamówienia NEXEDGE), w lokalizacjach wskazanych poniżej [...]” – 14 lokalizacji;*
 - 3) pkt 30 OPZ – Integracja z systemem SWDP.

Złożenie oferty musi być poprzedzone analizą w zakresie możliwości i sposobu w jaki należałoby wykonać poszczególne integracje, co wymaga szczegółowego zapoznania się z infrastrukturą/środowiskiem posiadanym przez Zamawiającego i doboru odpowiednich, kompatybilnych rozwiązań, które powinien zaoferować wykonawca. Taka analiza wymaga odpowiedniego czasu.

5. Niezmiernie istotną okolicznością w kontekście terminu składania ofert jest konieczność przeprowadzenia wizji lokalnej. Bez jej przeprowadzenia nie jest możliwe złożenie oferty, ponieważ OPZ w ogóle nie zawiera szeregu istotnych informacji na temat stanu technicznego lokalizacji Zamawiającego. Wykonawca musi mieć możliwość zapoznania się ze wszystkimi lokalizacjami, dokonania wstępnej ich oceny oraz wyceny możliwych kosztów przystosowania lokalizacji do wymogów Zamawiającego. W ramach wizji lokalnej Wykonawca musi ocenić m.in.:
 - 1) stan techniczny masztu/wieży,

- 2) stan oraz ilość istniejącego okablowania,
 - 3) stan oraz liczbę i typ aktualnie zainstalowanych anten,
 - 4) możliwe przepusty kablowe,
 - 5) stan techniczny elewacji budynku, płaszcza komina itp.,
 - 6) stan techniczny oraz zagospodarowanie pomieszczenia przeznaczonego dla urządzeń BS, bądź możliwość instalacji kontenera technicznego,
 - 7) z uwagi na to, iż Zamawiający wymaga wykonania dla obiektów zasilania podstawowego i rezerwowego należy również zapoznać się z aktualnym stanem instalacji elektrycznej, możliwości instalacji agregatów prądowców, czy możliwości podłączenia dodatkowego źródła zasilania.
6. Potrzebę przeprowadzenia wizji lokalnych dostrzegł sam Zamawiający dopuszczając taką możliwość w rozdz. IV ust. 2 SIWZ – „Zamawiający dopuszcza przeprowadzenie wizji lokalnych w lokalizacjach posadowienia SwMI, BS, terminali biurowych, interfejsów do innych sieci radiokomunikacyjnych [...]”. Jak już wskazano powyżej, samych lokalizacji BS (stacji bazowych) zgodnie z załącznikiem nr 11 do OPZ jest 243. Do tego trzeba doliczyć jeszcze inne lokalizacje, niż lokalizacje BS, których ma dotyczyć wizja lokalna. Zamawiający wprowadził przy tym ograniczenia co do sposobu przeprowadzenia wizji lokalnych – „Zamawiający zastrzega sobie możliwość przeprowadzenia wizji lokalnych w maksymalnie 5 lokalizacjach jednocześnie. Zamawiający zastrzega sobie dopuszczenie do udziału w wizji lokalnej maksymalnie 3 przedstawicieli jednego wykonawcy w ramach jednej lokalizacji”. Przy takich ograniczeniach zakładając, że zespół przedstawicieli wykonawcy, którzy będą brać udział w wizji lokalnej w poszczególnych lokalizacjach (maksymalnie 3 osoby) będzie w stanie w ciągu 1 dnia dokonać wizji lokalnej 2 lokalizacji - ok. 4 godziny na jedną lokalizację, nie licząc nawet czasów przejazdu (zakładając racjonalizację harmonogramu dokonywania wizji lokalnych), to w skali dnia zakładając maksymalną liczbę wizji lokalnych dokonywanych jednocześnie – 5, będzie możliwe przeprowadzenie wizji lokalnych w 10 lokalizacjach (2 tury po 5 lokalizacji jednocześnie). Zatem dokonanie wizji lokalnych samych lokalizacji, w których mają być ustawione BS – stacje bazowe zajmie ok. 24 dni roboczych (przy maksymalnym tempie dokonywania wizji lokalnych) – czyli ok. 34 dni kalendarzowych. Przy czym trzeba wziąć pod uwagę, że lokalizacje w których mają być ustawione SwMI – Infrastruktura Techniczna obejmująca węzły systemu, w których mają znajdować się interfejsy do innych sieci radiokomunikacyjnych wymagają dodatkowego czasu – ok. 5 dni roboczych (7 dni kalendarzowych). Łącznie na wizje lokalne trzeba przeznaczyć ok. 40 dni kalendarzowych.
7. Zgodnie z rozdz. IV ust. 2 SIWZ czas na zgłoszenie akcesu dokonania wizji lokalnej wynosi 14 dni od publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Zakładając, że wizje lokalne będą prowadzone w poszczególnych lokalizacjach z udziałem przedstawicieli wszystkich wykonawców, którzy zgłosili akces (w przeciwnym razie czas przeprowadzenia wizji lokalnych znacznie by się wydłużył), Zamawiający wyznaczy termin na przeprowadzenie wizji najwcześniej w dniu 15.09.2018r. (pomijając okoliczność, że może być potrzebny dodatkowy czas na weryfikację wniosków i dokumentów składanych wraz z nimi). Zgodnie z treścią SIWZ: „Informacja o terminie i miejscu udostępnienia dokumentacji zostanie przekazana zainteresowanemu Wykonawcy (na adres email wskazany we wniosku) w terminie min. 5 dni roboczych od terminu wskazanego w informacji”. Zatem pierwszy termin wizji lokalnej, przy maksymalnie korzystnych założeniach, będzie mógł być wyznaczony na dzień

21.09.2018r. Doliczając do tego terminu minimalny termin na przeprowadzenie wizji lokalnych, wskazany powyżej – 40 dni, otrzymujemy termin 31.10.2018r., przy czym termin ten zakłada, że:

- 1) terminy wizji lokalnych zostaną wyznaczone w najkrótszym możliwym terminie,
 - 2) wizje lokalne będą prowadzone w najszybszym możliwym tempie,
 - 3) liczba zgłoszeń do udziału w wizji lokalnej i liczba osób wyznaczonych przez poszczególnych wykonawców (maksymalnie 3) pozwoli, ze względu na lokalnie panujące warunki, na przeprowadzenie wizji lokalnej w każdej z lokalizacji w jednym terminie i w czasie 4 godzin (bardzo możliwe, że w przypadku udziału łącznie 15-20 osób nie będzie możliwe przeprowadzenie wizji w jednym terminie lub w czasie 4 godzin w stosunku do wszystkich lokalizacji).
8. Przeprowadzanie wizji lokalnych ma niezwykle istotne znaczenie i jest nieodzowne, aby przygotować i złożyć ofertę w Postępowaniu. Wizje lokalne są jedyną możliwością, aby powziąć konkretną i pewną wiedzę na temat istotnych aspektów przedmiotu zamówienia, które determinują rozwiązania techniczne, które będą mogły być zaoferowane oraz wycenę oferty. Kwestie te nie zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia (o czym powyżej). Zamawiający wskazał co prawda, że „Ponadto Zamawiający przewiduje możliwość udostępnienia ankiet dotyczących opisu lokalizacji posadowienia BS, interfejsów do innych sieci radiokomunikacyjnych oraz posiadanej dokumentacji masztów, w tym posiadane ekspertyzy”, jednakże sam zastrzegł, że „Zamawiający oświadcza, że dokończył wszelkiej staranności przy sporządzaniu ankiet, nie mniej jednak nie ponosi odpowiedzialności za skutki ich wykorzystania przez Wykonawcę. W przypadku wątpliwości, co do danych zawartych w ankiecie Zamawiający zaleca uczestnictwo Wykonawcy w wizjach lokalnych”. Zatem dodatkowo przekazane przez Zamawiającego materiały, o ile zawierałyby informacje w brakującym zakresie, to i tak nie mogą stanowić wystarczającej i rzetelnej podstawy do złożenia i wyceny oferty, a sam Zamawiający zaleca uczestnictwo w wizjach lokalnych. Wizja lokalna jest również wskazana w celu powzięcia wiedzy niezbędnej do dopasowania oferty w jak największym stopniu do wymagań Zamawiającego w jej warstwie technicznej, bowiem Zamawiający w rozdz. XIV SIWZ przewidział szereg kryteriów dotyczących zaoferowanych rozwiązań technicznych.
9. Dopiero po przeprowadzeniu wizji lokalnych wykonawca może uzyskać komplet informacji na temat przedmiotu zamówienia i dopiero tak skompletowane informacje (dokumentacja przetargowa, wyjaśnienia treści SIWZ, wizje lokalne) stanowią odpowiedni asumpt do:
- 1) dokonania definitywnych ustaleń w zakresie wymagań Zamawiającego i oczekiwanego przez niego przedmiotu zamówienia;
 - 2) przeprowadzenia analizy dostępnych na rynku urządzeń, systemów, rozwiązań spełniających wymagania przetargowe,
 - 3) przeprowadzenia stosownego rozpoznania cenowego,
 - 4) pozyskania wiążących ofert.

Oczywiście, wykonawca może i powinien podejmować czynności w celu złożenia oferty zarówno przed dokonaniem wizji lokalnych, w czasie ich prowadzenia, jak i po ich przeprowadzeniu. Jednakże należy mieć na względzie, że dopiero po przeprowadzeniu wizji lokalnych wykonawca będzie miał możliwość dokonania tych czynności w sposób

kompleksowy, odpowiedzialny i zgodny z przedmiotem zamówienia. Dopiero wtedy będzie można dokonać weryfikacji dokonanych ustaleń i wypracowanej na ten moment treści oferty. Przygotowanie oferty jest procesem składającym się z wielu elementów, często wzajemnie od siebie zależnych i może się okazać, że w wyniku wizji lokalnych część tego procesu się zdezaktualizuje lub zajdzie konieczność zmiany założeń (zmiany planowanego sposobu realizacji zamówienia w określonym zakresie), co spowoduje potrzebę opracowania oferty w jakimś zakresie od podstaw. Wobec powyższego czas potrzebny na opracowanie oferty po przeprowadzeniu wizji lokalnych powinien wynosić minimum 14 dni. Wypada przy tym zauważyć, że w normalnym toku rzeczy wykonawca już z chwilą opublikowania na stronie internetowej dokumentacji przetargowej otrzymuje komplet informacji koniecznych do złożenia oferty, a ustawowy termin minimalny na jej złożenie wynosi 35 dni (art. 43 ust. 2 ustawy Pzp). Wskazany przez Odwołującego termin 14 dni po przeprowadzeniu wizji lokalnych należy zatem uznać za w pełni uzasadniony.

10. Bardzo ważnym elementem procesu składania ofert jest również pozyskanie odpowiednich dokumentów, wymaganych wraz z ofertą w postaci oświadczenia producenta SwMI, stacji bazowych i konsoli dyspozytorskich o zapewnieniu wsparcia technicznego i rozwoju oferowanych produktów przez okres co najmniej 72 miesiące. Jest to wymaganie ponadstandardowe i wymaga poczynienia stosowych ustaleń/negocjacji z producentami, co także wymaga czasu. Zamawiający przewidział także prezentacje oferowanych urządzeń na etapie badania i oceny ofert, co z kolei wymaga nabycia urządzeń przed złożeniem oferty w postępowaniu. Zważywszy na okoliczność, że są to pojedyncze egzemplarze może pojawić się problem z ich nabyciem w tak szybkim terminie. Zwłaszcza, że ostateczna decyzja co do oferowanych urządzeń musi zostać podjęta po przeprowadzeniu wizji lokalnych.

11. Reasumując, Zamawiający naruszył art. 9a ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc poprzez:

- wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert w stosunku do poziomu złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na sporządzenie oferty,
- wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, w przypadku gdy oferty w niniejszym Postępowaniu mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej oraz po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia.

12. Podsumowując, czas potrzebny na przeprowadzenie wizji lokalnych to 40 dni. Czas potrzebny na opracowanie oferty po ich przeprowadzeniu to 14 dni. Wizje lokalne będą mogły być przeprowadzone po 21.09.2018r. Po przeliczeniu terminów uzyskujemy datę 14.11.2018r. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany terminu składania ofert do dnia 14.11.2018r.

III. NIEPRECYZYJNY I NIEWYCZERPUJĄCY OPZ

1. W SIWZ zamieszczono listy lokalizacji sieci OST112 (załącznik nr 10 do OPZ) oraz listy dostępnych lokalizacji dla stacji bazowych (załącznik nr 11 do OPZ). Listy te nie pokrywają

się, co jest zrozumiałe. Jednakże w takiej sytuacji opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać następujące informacje:

- 1) czy Zamawiający dysponuje łączami teletransmisyjnymi/teleinformatycznymi możliwymi do wykorzystania dla wykonania połączeń IP między stacjami bazowymi a węzłami OST112 (lub innymi węzłami sieci teleinformatycznej Zamawiającego) oraz:
 - a) czy Zamawiający dysponuje takimi łączami w stosunku do wszystkich lokalizacji wskazanych dla stacji bazowych, czy tylko dla części lokalizacji i których,
 - b) jeżeli takie łącza istnieją i umożliwiają transmisję za pomocą protokołu IP na potrzeby nowego systemu TETRA, to czy są to łącza redundantne,
 - c) jaki jest poziom niezawodności tych łącz,
 - 2) które z obiektów na cele stacji bazowych mają pozytywną ekspertyzę potwierdzającą zdolność do przyjęcia na istniejące maszty antenowe dodatkowych trzech anten dookólnych dla sieci TETRA rozstawionych w poziomie o co najmniej 3 m (wraz z konstrukcjami wsporczyimi dla tych nowych anten), z uwzględnieniem także kabli koncentrycznych,
 - 3) w punkcie 41 OPZ podano podstawowe wymagania związane z pokryciem radiowym. Wśród informacji znalazły się równocześnie: minimalny poziom mocy sygnału w antenie terminala (w dBm) oraz współczynniki niezawodności obszarowej. W związku z tym konieczne jest podanie informacji:
 - a) czy podobnie jak we wcześniej prowadzonym dialogu technicznym poprzedzającym Postępowanie pojęcie „niezawodność obszarowa” oznacza inaczej „prawdopodobieństwo lokacyjne” odpowiednio 0,95 i 0,90, to jest współczynnik statystyczny przyjmowany w bilansach energetycznych kierunku uplink i downlink do wyznaczenia minimalnego poziomu sygnału w antenie terminala lub stacji bazowej (ten parametr występuje w literaturze pod różnymi nazwami);
 - b) jeżeli „niezawodność obszarowa” oznacza „prawdopodobieństwo lokacyjne”, to jednocześnie nie może oznaczać procenta obszaru miasta, powiatu itp. Skoro tak, to podawanie parametru niezawodności obszarowej ma charakter wyłącznie informacyjny, gdyż podane wymagania minimalnego poziomu sygnału w antenie (odpowiednio -84 lub -94 dBm) już ten parametr uwzględniają (wartości poziomów minimalnych wynikają między innymi z wartości niezawodności obszarowej);
 - c) dla przypadku przedstawionego w punkcie 41.1.3 Zamawiający przyjął niezawodność obszarową 90% (0,90), jednakże przy zachowaniu współczynnika sigma takiego samego jak dla innych obszarów wartość graniczna poziomu sygnału w antenie równa jest -87 dBm, a nie -84 dBm, jak podano w punkcie 41.1.3.
2. Wskazane powyżej wadliwości opisu usługi stanowią niezmiernie istotny problem w ustaleniu czego Zamawiający oczekuje. Stanowią one poważny problem nie tylko na etapie doboru urządzeń i szacowania ceny oferty, lecz w przypadku braku ich usunięcia będą przyczyną sporów na etapie realizacji usługi. Zamawiający opisując w ten sposób przedmiot zamówienia obarczył wykonawcę dużym ryzykiem związanym z realizacją umowy. Tymczasem możliwe jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i pozwalający ją wycenić w sposób odpowiedzialny. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i art. 5 kc w art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez uzupełnienie przedmiotu zamówienia o informacje wskazane powyżej oraz usunięcie wskazanych wątpliwości/sprzeczności.

IV. WARUNEK DOŚWIADCZENIA

IV.1 WARUNEK DOŚWIADCZENIA – 3 LATA

1. Zamawiający w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a) SIWZ wymaga, aby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca należycie wykonał w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie:
- *co najmniej jedną dostawę i wdrożenie co najmniej 50 stacji bazowych, w ramach jednego wdrożenia systemu radiokomunikacyjnego w standardzie TETRA lub w tym samym okresie wdrożył co najmniej 150 stacji bazowych w standardzie TETRA,*
 - *świadczył usługę serwisu co najmniej 50 stacji bazowych w ramach jednego systemu radiokomunikacyjnego w standardzie TETRA lub w tym samym okresie świadczył usługi dla co najmniej 150 stacji bazowych w standardzie TETRA,*
 - *dostarczył co najmniej 300 radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA z aktywną opcją szyfrowania TEA2,*
 - *przeszkolił, co najmniej 50 osób w zakresie rozwiązań pracujących w standardzie TETRA w ramach realizowanych projektów wdrożeń rozwiązań pracujących w standardzie TETRA.*
2. Nadmienić należy, że było niezwykle mało zamówień obejmujących wskazane powyżej dostawy/usługi, a ich wykonaniem mogą legitymować się pojedyncze podmioty w Europie. Taki warunek bezpodstawnie wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Jest to poważne ograniczenie konkurencji, bowiem w okresie 3-letnim na rynku realizowanych było niezwykle mało zamówień tego rodzaju. Parametry zamówienia wskazane w warunku (w szczególności 50 i 150 stacji bazowych) definiują największe na rynku zamówienia. Zamówienia takie są wykonywane na przestrzeni kilku lat i dlatego ograniczenie się do 3 letniego okresu nie przystaje do specyfiki referencyjnych zamówień. Zamawiający powinien dopuścić dłuższy 5-letni okres na podstawie § 2 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016r., poz. 1126),), dalej „rozporządzenie ws dokumentów”.
3. Celem ustalonego warunku udziału w postępowaniu powinno być wskazanie minimalnej granicy, poniżej której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia w sposób pożądaný przez zamawiającego i zgodnie z jego obiektywnymi potrzebami i tym samym żądanie obniżenia tej granicy zmierza w konsekwencji do jego ustalenia w sposób, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Kwestionowany warunek tego wymagania nie spełnia, ponieważ jest nadmierny. O nadmierności postawionego warunku świadczy także fakt, że w poprzednim postępowaniu na podobny przedmiot zamówienia realizowanym przez Zamawiającego, postawiono zdecydowanie mniej restrykcyjne warunki udziału w postępowaniu, niż aktualnie, a udział w postępowaniu wzięło jedynie 2 wykonawców.

4. Jednocześnie należy podkreślić, że nie ma żadnego uzasadnienia wymagania, aby w przypadku wykazania spełniania warunku przy pomocy kilku zamówień, wymagania Zamawiającego wzrastały 3-krotnie. Doświadczenie wykonawcy, który zrealizował kilka zamówień, które dotyczyły stacji bazowych o łącznej liczbie przynajmniej 50 nie jest gorsze od doświadczenia wykonawcy, który zrealizował jedno takie zamówienie. Stacje bazowe i tak są rozproszone w terenie, a zaprojektowanie i wykonanie stacji bazowej polega każdorazowo na wykonaniu podobnych czynności. Nie ma zatem znaczenia, czy stacje są wykonywane w ramach jednego czy kilku zamówień. Co więcej, jeśli wykonawca wykonał np. dwa systemy, jeden 30, a drugi 40 stacji bazowych, to nie sposób uznać, aby miał gorsze doświadczenie od wykonawcy, który wykonał jeden system na 50 stacji bazowych. Doświadczenie takiego wykonawcy jest wręcz lepsze, bowiem wykonuje on de facto system dwukrotnie. Tym niemniej, w żądaniu Odwołujący proponuje zwiększenie doświadczenia nabytego w ramach kilku zamówień o 50% (75 stacji bazowych w przypadku kilku zamówień) względem doświadczenia nabytego w ramach jednego zamówienia, co w ocenie Odwołującego jest wystarczająco restrykcyjnym wymaganiem. Ponadto, w ocenie Zamawiającego warunek w zakresie liczby osób przeszkolonych również jest nadmierny i cechuje on olbrzymie zamówienie. Sam zaś warunek w zakresie przeszkolenia osób nie ma pierwszoplanowego znaczenia dla uznania, że wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jego charakter jest raczej wtórny w stosunku do merytorycznych aspektów realizacji zamówienia.
5. Warto przytoczyć pogląd wyrażony w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.08.2016, KIO/KU 51/16: *„Oczywistym jest, iż Zamawiający powinien dopuścić kilka zamówień tak aby łączny potencjał wykonawcy dawał obraz jego zdolności produkcyjnych. Jednocześnie można uznać, że wykonawca, który był w stanie dostarczyć łącznie 15 autobusów w ramach jednego zamówienia, zdobył wiedzę i doświadczenie wystarczające do realizacji mniejszych zamówień, łącznie składających się na ilość 15 autobusów. Faktycznie zatem w taki sam sposób należałoby oceniać doświadczenie wykonawcy, który zrealizował kilka mniejszych dostaw z doświadczeniem związanym z realizacją dużego zamówienia, jeżeli łączna liczba wyprodukowanych i dostarczonych autobusów była taka sama”*. Co do znaczenia wydłużenia terminu, w którym mogły być wykonane zamówienia referencyjne Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się, np. w wyroku z dnia 3.04.2017, KIO 486/17, KIO 492/17: *„Dlatego też Izba biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznaje za zasadny zarzut Odwołującego, iż postawiony warunek udziału w postępowaniu jest zbyt wygórowany, nie zapewniający możliwości konkurencji szczególnie ze strony średniej wielkości firm zdolnych do wykonania tego zamówienia. Izba uznając postawiony warunek udziału za nadmierny nakazała Zamawiającemu obniżenie wartości wymaganych usług z 10 milionów do kwoty 5 (pięciu) milionów złotych, oraz wydłużenie okresu z 3 do 5 lat w którym wykonawca może wykazać się wykonaniem czynności wymaganych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższa zmiana, zdaniem Izby, w świetle przedstawionego materiału dowodowego i argumentacji stron, powoduje zachowanie zasady proporcjonalności postawionych warunków udziału do szacunkowej wartości zamówienia”*.
6. Powyższe stanowi o naruszeniu art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 5 rozporządzenia ws dokumentów.
7. **Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zakresie zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:**

1) rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a) SIWZ:

- co najmniej jedną dostawę i wdrożenie co najmniej 50 stacji bazowych, w ramach jednego wdrożenia systemu radiokomunikacyjnego w standardzie TETRA lub w tym samym okresie wdrożył co najmniej 75 stacji bazowych w standardzie TETRA,
- świadczył usługę serwisu co najmniej 50 stacji bazowych w ramach jednego systemu radiokomunikacyjnego w standardzie TETRA lub w tym samym okresie świadczył usługi dla co najmniej 75 stacji bazowych w standardzie TETRA,
- dostarczył co najmniej 300 radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA z aktywną opcją szyfrowania TEA2,
- przeszkolił, co najmniej 25 osób w zakresie rozwiązań pracujących w standardzie TETRA w ramach realizowanych projektów wdrożeń rozwiązań pracujących w standardzie TETRA.

2) poprzez wydłużenie okresu, w którym wykonał zamówienia referencyjne z 3 do 5 lat.

IV.2 DOSTAWA RADIOTELEFONÓW

2. Zamawiający w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 3 wymaga, aby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca należycie wykonał w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: dostarczył co najmniej 300 radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA z aktywną opcją szyfrowania TEA2.

3. Przede wszystkim wymaganie w zakresie aktywnej opcji szyfrowania TEA2 pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia, zważywszy, że przedmiotowy warunek dotyczy dostawy. Nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia, czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia okoliczność, czy wykonawca:

- 1) dostarczył co najmniej 300 radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA z aktywną opcją szyfrowania TEA2 czy
- 2) dostarczył co najmniej 300 radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA z aktywną opcją szyfrowania TEA1 czy
- 3) po prostu dostarczył co najmniej 300 radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA.

W każdym przypadku dostawa będzie się sprowadzać do dokonania tych samych czynności, które polegają głównie na zdolności zakupu określonych urządzeń u producentów tego typu urządzeń (nie sposób uznać, że wykonawca, który zakupił radiotelefony pracujące w standardzie TETRA lub zakupił radiotelefony pracujące w standardzie TETRA z aktywną opcją szyfrowania TEA1 nie będzie w stanie zakupić tego rodzaju urządzeń tylko dodatkowo z aktywną opcją szyfrowania TEA2) oraz dostarczeniu ich do odbiorcy (transport, ubezpieczenie, protokoły odbioru itd.). Dostawa zatem wskazanej liczby radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA jest już wystarczającym doświadczeniem dla uznania, że wykonawca będzie zdolny do dostawy także radiotelefonów pracujących w standardzie TETRA z aktywną opcją szyfrowania TEA2 (co stanowi przedmiot niniejszego zamówienia). W każdym opisanym powyżej przypadku wykonawcy dostarczają ten sam rodzaj urządzeń – radiotelefonów, a

dotąd dodatkowo wymagane jest, aby nie były to jakiegokolwiek radiotelefony, lecz pracujące w określonym standardzie – TETRA. Zatem rodzaj dostaw w podwójny sposób zostałby doprecyzowany, co już jest istotnym i wystarczającym zabezpieczeniem interesu Zamawiającego. Doprecyzowanie wskazuje na bardzo specjalistyczny sprzęt i wymaga posiadania doświadczenia we współpracy z producentami tego typu sprzętu. Nie sposób nie zauważyć, że porzucenie na tym doprecyzowaniu i tak w znacznym stopniu ograniczyłoby rodzaj urządzeń, które mogłyby być przedmiotem referencyjnych dostaw, a przy tym w pełni zabezpieczyłoby interes Zamawiającego. Dodatkowe ograniczenie w postaci kwestionowanego wymagania powoduje, że nie można już mówić o „rodzaju dostaw” będących przedmiotem warunku, lecz należy mówić o „identycznych dostawach” co przedmiot zamówienia. Takie wymaganie nie cechuje się jakąkolwiek proporcją.

4. Warto przy tym zauważyć, że w przypadku rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 1, w którym Zamawiający również określił warunek doświadczenia w zakresie dostaw, Zamawiający porzucił właśnie na wskazaniu rodzaju urządzeń – stacje bazowe, doprecyzowując dodatkowo, że chodzi o standard TETRA. Zatem w tym przypadku porzeczono na podwójnym doprecyzowaniu dostaw, dokładnie w taki sam sposób, o który w przypadku kwestionowanego warunku wnosi Odwołujący.
5. Co istotne, według najlepszej wiedzy Odwołującego na polskim rynku, takich dostaw jak w zakwestionowanym warunku, prawdopodobnie w ogóle nie było, a jeśli takowe były, to były to pojedyncze dostawy. Podobnie na rynku europejskim takich dostaw było niewiele. Warunek ten zawęży zatem w drastyczny sposób konkurencyjność postępowania, a jest to tylko jeden z trzech warunków postawionych w zakresie doświadczenia wykonawcy.
6. Każdorazowo zamawiający musi mieć na względzie cel jaki wyznacza kształtowanie warunku udziału w postępowaniu. Cel ten nie może być utożsamiany z określeniem warunku wymagającego od potencjalnego wykonawcy wykazaniem się posiadaniem doświadczenia niemalże identycznego jak przedmiot zamówienia. Celem ustalonego warunku udziału w postępowaniu powinno być wskazanie minimalnej granicy, poniżej której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia w sposób pożądaný przez zamawiającego i zgodnie z jego obiektywnymi potrzebami i tym samym żądanie obniżenia tej granicy zmierza w konsekwencji do jego ustalenia w sposób, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. W myśl art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako **minimalne poziomy zdolności**. Konieczne jest w tym celu przeprowadzenie „testu proporcjonalności”. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.05.2018, KIO 857/18.

Jak wskazuje przeprowadzony powyżej test proporcjonalności element kwestionowanego warunku „z aktywną opcją szyfrowania TEA2” jest nadmierny i wykracza poza to co jest niezbędne dla oceny podmiotowej wykonawcy. Żądanie w warunku identycznego przedmiotu dostaw, jak objęte zamówieniem, powoduje, że w ogóle nie określono „minimalnego poziomu zdolności”, jak również nie można stwierdzić, że zachowano jakiegokolwiek proporcje. Jedynym wymiernym efektem tego wymagania jest ograniczenie konkurencji i eliminacja wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Najlepszym tego przykładem jest Odwołujący, który pomimo realizacji poprzedniego postępowania dla Zamawiającego na analogiczny przedmiot zamówienia, warunku tego nie spełnia.

7. Przedmiotowy warunek narusza art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
8. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 3 SIWZ poprzez usunięcie z tego warunku wymagania o treści: „z aktywną opcją szyfrowania TEA2”.

V. TERMINY

1. Zamawiający w rozdz. V SIWZ wskazał terminy realizacji zamówienia:

Wymagany termin realizacji zamówienia: 72 miesiące od dnia zawarcia Umowy przy czym:

Etap I od dnia zawarcia umowy do 30 listopada 2019 roku;

Etap II od dnia zawarcia umowy do dnia 21 listopada 2020 roku;

Etap III od dnia odbioru Etapu I do dnia zakończenia Umowy.

Podobnie w § 9 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający wskazał:

Harmonogram Ramowy realizacji Umowy:

- 1) Odbiór Etapu I do 30 listopada 2019 roku:

a) Odbiór Projektu Technicznego do 90 dni od dnia zawarcia Umowy dla Etapu I;

b) Odbiór uzupełnionego Projektu Technicznego o Etap II do 180 dni od dnia zawarcia Umowy.

- 2) Odbiór Etapu II do dnia 21 listopada 2020 roku;

- 3) Etap III od Odbioru Etapu I do dnia zakończenia Umowy.

Terminy określone przez Zamawiającego są nierealne.

2. Zamawiający daje 90 dniowy termin na wykonanie projektu technicznego od dnia podpisania umowy. W ocenie Odwołującego niezbędny termin to minimum 180 dni. W ramach wykonywania projektu technicznego w stosunku do każdego z obiektów należy dokonać:
 - weryfikacji istniejącej dokumentacji technicznej (minimum 1 dzień);
 - uzgodnień z właścicielami/zarządcami budynków (minimum 2 - 4 dni).

Czynności te wymagają zatem znacznej ilości czasu, a proces uzgodnień może się przeciągać nie z winy wykonawcy. Nawet w normalnym toku rzeczy uzyskanie uzgodnień zajmuje kilka dni, a wcześniej trzeba przecież wypracować rozwiązania, które mają być uzgodnione. W przypadku tak dużej liczby lokalizacji objętej zamówieniem samo pozyskanie uzgodnień będzie procesem czasochłonnym.

3. Projekt Techniczny jest skomplikowanym opracowaniem i musi zawierać co najmniej:

- 1) odzwierciedlenie architektury Systemu, jego organizację i funkcje;
- 2) zawierać opis i schematy przyjętych rozwiązań funkcjonalnych wraz z informacjami o parametrach konstrukcyjnych, użytkowych i sprzętowych, sposobie instalacji, konfiguracji oraz zawierać wyspecyfikowanie asortymentowe i ilościowe wszystkich elementów składowych;
- 3) specyfikację techniczną dostarczanych urządzeń;
- 4) wymagane deklaracje zgodności i certyfikaty dostarczanych urządzeń;
- 5) planowanie radiowe w tym wyniki symulacji pokrycia zasięgiem radiowym przez poszczególne BS w postaci map;
- 6) plan numeracji uwzględniający wewnętrzny plan numeracji Zamawiającego;
- 7) plan adresacji IP uzgodniony z Zamawiającym;
- 8) projekt wykonawczy SwMI (wszystkie uzgodnienia branżowe; klimatyzacja, system gaszenia, monitoring wizyjny, kontrola dostępu, system zasilania podstawowego i zapasowego, prace adaptacyjne pomieszczenia);
- 9) projekty wykonawcze dla każdej BS (wszystkie uzgodnienia branżowe; klimatyzacja, system gaszenia, monitoring wizyjny, kontrola dostępu, system zasilania podstawowego i zapasowego, trasy kablowe, rozmieszczenie anten, ewentualne wzmocnienie konstrukcji masztu/wież, prace adaptacyjne pomieszczenia);
- 10) projekt wykonawczy systemu zarządzania;
- 11) opisy interfejsów do innych systemów radiokomunikacyjnych;
- 12) zalecenia dla bezpieczeństwa Systemu;
- 13) wersja elektroniczna będzie uzupełniona o dokumentację fotograficzną.

Zatem w zakres przygotowania projektu wchodzi czynności o niejednorodnym charakterze – typowe projektowanie, ale również np. planowanie radiowe. Wykonanie projektu technicznego wymaga szeregu czasochłonnnych czynności. W przygotowaniu projektu muszą uczestniczyć osoby o wysokich kwalifikacjach, posiadające odpowiednie uprawnienia i doświadczenie, a zasób takich specjalistów jest ograniczony. Nie jest zatem możliwe przyspieszenie prac poprzez zwykle zwiększenie zespołu, przygotowującego projekt techniczny. Należy bowiem mieć na względzie, że nawet zgrany kilkunastoosobowy zespół doświadczonych specjalistów będzie musiał przygotować projekt techniczny dla etapu I w zakresie ok. 100 lokalizacji obejmujących BS - stacje bazowe. Tymczasem zakres elementów, które jak wskazano powinien zawierać projekt jest bardzo szeroki. Termin 90 dni kalendarzowych, które przewidział Zamawiający to ok 66 dni roboczych. Na wykonanie projektu technicznego trzeba przyjąć przynajmniej średnio 2,5 dnia roboczego na jedną lokalizację. Projekty wykonawcze dla każdej BS muszą zawierać wszystkie uzgodnienia branżowe; klimatyzacja, system gaszenia, monitoring wizyjny, kontrola dostępu, system zasilania podstawowego i zapasowego, trasy kablowe, rozmieszczenie anten, ewentualne wzmocnienie konstrukcji masztu/wież, prace

adaptacyjne pomieszczenia. Projekt techniczny w stosunku do każdej lokalizacji musi być zindywidualizowany.

4. W zakresie terminu wykonania etapu I Odwołujący wnosi o zmianę terminu określonego datą - 30.11.2019r. na termin elastyczny liczony w miesiącach od daty zawarcia umowy. Obecnie na realizację pierwszego etapu przypada ok. 12 miesięcy. W ocenie Odwołującego termin ten jest zbyt krótki i obciążony olbrzymim ryzykiem jego niedotrzymania. Termin ten powinien zostać wydłużony o 3 miesiące – łącznie 15 miesięcy. Zgodnie z OPZ:

46.10.2 Wykonawca zapewni podstawowe łącza teletransmisyjne do wybranych przez siebie lokalizacji. Za wybudowanie i utrzymanie zaoferowanego łącza w okresie realizacji Usług Utrzymania odpowiada Wykonawca;

46.10.4 W przypadku budowy łącza Wykonawca musi uzyskać wszystkie wymagane prawem zgody i pozwolenia.

Niestety, w zakresie łączy teletransmisyjnych SIWZ nie zawiera dokładnej informacji na temat obecnie posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury - lokalizacja łączy i ich parametry. Na wykonawcy spoczywa obowiązek zapewnienia teletransmisji pomiędzy stacjami bazowymi a SwMI w przypadku braku lub słabych parametrów obecnych łączy. Może być konieczność dzierżawy takich łączy, budowy lub dzierżawy kanalizacji niektórych połączeń w technologii światłowodowej lub zestawień łączy radiowych (radiolinii). Ponadto, w zakresie istniejącej infrastruktury pasywnej (maszty/wieża) oraz nowych lokalizacji pod stacje bazowe zachodzi ryzyko, że będzie konieczne uzyskanie pozwolenia na budowę nowych obiektów (masztów/wież), co wymaga znacznego czasu na uzyskanie zgód i uzgodnień z właścicielami obiektów na których są/będą maszty/wieża. Ponadto konieczne będzie uzyskanie zgód środowiskowych.

5. Zamawiający powinien określić czas na realizację zamówienia w sposób zapewniający możliwość solidnego i rzetelnego wykonania projektu technicznego oraz etapu I. Jest to zarówno w interesie wykonawców, jak i samego Zamawiającego, zwłaszcza, że wskazane terminy wcale nie mają dyscyplinującego znaczenia, lecz stanowią konkretne, realne, olbrzymie a zarazem zbędne ryzyko kontraktowe. Projekt techniczny jest podstawą realizacji zamówienia i nie może być wykonywany w tak krótkim terminie, a jego dobre przygotowanie będzie owocowało mniejszą liczbą problemów na dalszym etapie realizacji zamówienia. Czynniki, które powinny zostać uwzględnione są niewątpliwie skala zamówienia, a także szczegółowe uwarunkowania techniczne i organizacyjne związane z jego realizacją. Ocena okoliczności towarzyszących postępowaniu w całości obciąża zamawiającego, który te okoliczności powinien właściwie i racjonalnie oszacować i uwzględnić (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., KIO/KD 107/10). Przekładając to na niniejsze Postępowanie, wskazać więc należy, że Zamawiający ustalając termin realizacji zamówienia winien wziąć pod uwagę zakres nałożonych na wykonawcę zobowiązań, a także uwzględnić realia sytuacji rynkowej w tej branży, która jest relatywnie wąska. Co więcej – jakkolwiek Zamawiający ma prawo do ustalania zasad dotyczących zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom - nieakceptowalnym jest ich ustalanie w oderwaniu od przedmiotu zamówienia.
6. Akceptacja obecnie ukształtowanych terminów generuje ryzyko naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż oznaczałaby, iż o udzielenie zamówienia potencjalnie mógłby ubiegać się jedynie podmiot/podmioty lub też konsorcja utworzone w oparciu o

wykonawców mających szczegółową wiedzę o Postępowaniu jeszcze przed datą jego wszczęcia – podmioty wykonujące ekspertyzy dotyczące stanu lokalizacji. Zdaniem Odwołującego nawet przy zachowaniu najwyższej staranności wykonawcy, którzy nie dysponowali tymi ekspertyzami wcześniej, a właściwie nie wykonywali ich nie będą w stanie spełnić wymogów stawianych przez Zamawiającego. Należy mieć przy tym na uwadze fakt, że każde postępowanie charakteryzuje się własną specyfiką przedmiotu zamówienia, warunkami i właściwościami technicznymi, konfiguracją rozwiązań.

7. Niewątpliwie termin realizacji przedmiotu zamówienia stanowi jeden z elementów składowych opisu przedmiotu zamówienia (vide: np. wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 418/16). Jednocześnie w ramach art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nakazuje wprost uwzględnienie wszelkich okoliczności przy formułowaniu wymagań co do przedmiotu zamówienia się odnoszących, zaś art. 29 ust. 2 ustawy Pzp sankcjonuje już samo zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji. Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego opisane w niniejszym punkcie uzasadnienia postanowienia dotyczące terminu realizacji nie mogą również mieścić się w zakresie swobody umów, o której mowa w art. 353¹ kc, jeśli same w sobie nie stanowią świadczenia niemożliwego, o którym mowa w art. 387 kc. W tym aspekcie Odwołujący podkreśla, iż treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę⁵.
8. Powyższe stanowi o naruszeniu art. 353¹ kc w zw. z art. 387 kc w zw. art. 5 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, a w konsekwencji niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku i naruszający zasady uczciwej konkurencji.
9. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany:
 - 1) § 9 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia:

Odbiór Etapu I – 15 miesięcy od zawarcia umowy;

 - c) *Odbiór Projektu Technicznego do 180 dni od dnia zawarcia Umowy dla Etapu I;*
 - d) *Odbiór uzupełnionego Projektu Technicznego o Etap II do 240 dni od dnia zawarcia Umowy.*
 - 2) rozdz. V SIWZ:

Wymagany termin realizacji zamówienia: 72 miesiące od dnia zawarcia Umowy przy czym:
Etap I od dnia zawarcia umowy – 15 miesięcy od zawarcia umowy;
Etap II od dnia zawarcia umowy do dnia 21 listopada 2020 roku;
Etap III od dnia odbioru Etapu I do dnia zakończenia Umowy.

⁵ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

VI. ODBIORY

1. Zamawiający w § 11 ust. 7 wzoru umowy zastrzegł, że *„Dokonanie Odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności ma prawo naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po dokonaniu Odbioru Przedmiotu Umowy”*. Ponadto § 11 ust. 15 wzoru umowy wskazał, że: *„W przypadku, gdy Wykonawca nie uwzględni uwag lub zastrzeżeń w wyznaczonym terminie albo będą one uwzględnione niezgodnie z tym, co zgłosił Zamawiający, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w całości lub części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu w tym zakresie oraz żądania zapłaty kary umownej, o której mowa odpowiednio w § 15 ust. 2 pkt 2)“*.
2. Odwołujący kwestionuje § 11 ust. 7 wzoru umowy, ponieważ regulacja ta jest zaprzeczeniem instytucji odbioru dzieła/robót. Powoduje ona, że w zasadzie nigdy nie następuje stan, który powinien powstać po dokonaniu odbioru. Odbiór powinien być poprzedzony dogłębnym zbadaniem prawidłowości realizacji przedmiotu umowy przez Zamawiającego, a po jego dokonaniu wykonawca jest zobowiązany do świadczeń w ramach gwarancji lub rękojmi. Jeśli po odbiorze przedmiotu umowy powstaną wady lub ujawnią się wady ukryte, to wykonawca za nie odpowiada. Odbiór robót to czynność o charakterze prawnym. Wynika to przede wszystkim z funkcji, jaką spełnia odbiór, który – oprócz przeniesienia posiadania – polega na potwierdzeniu przez inwestora, że obiekt został należycie wykonany, zgodnie z treścią łączącego go stosunku prawnego⁶. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 roku, sygn. akt: V CSK 99/07 oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 roku, sygn. akt: V ACa 88/2009, ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c. a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c. Podobnie przy umowie o dzieło (której podtypem jest umowa o roboty budowlane) - *Przepis art. 643 KC nie nakłada na zamawiającego obowiązku odebrania dzieła, jeżeli jest ono dotknięte wadą istotną, czyniącą je niezdatną do zwykłego użytku, lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli jednak pomimo istnienia wady zamawiający dzieło odbiera, ciąży na nim obowiązek zapłaty wynagrodzenia, co nie pozbawia go możliwości wykazywania, że doszło do nienależytego wykonania umowy, w związku z czym obowiązek ten wyraża się niższą kwotą, a nawet, że w ogóle nie istnieje. Wynika z tego, że jeśli dzieło ma wady istotne, to zlecający ma prawo odmówić jego odbioru. Jeżeli go jednak odbiera, a tym bardziej przekazuje osobie trzeciej w wykonaniu swojego zobowiązania, należy przyjąć, że przyjął świadczenie dłużnika w takiej formie, w jakiej wykonawca je wydał, a ewentualne wady, które zamawiający stwierdził, mogą stanowić podstawę do zgłoszenia roszczeń reklamacyjnych* (tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 5.07.2017, sygn. akt V ACa 924/16). Przede wszystkim odebranie dzieła jest potwierdzeniem, że powstał w związku z jego oddaniem obowiązek zapłaty wynagrodzenia za dzieło zgodnie z art. 642 § 1 kc, co nie pozbawia zamawiającego możliwości wykazywania, że doszło do nienależytego wykonania umowy. Zamawiający może w szczególności korzystać z uprawnień z tytułu rękojmi za wady dzieła⁷. Zatem z momentem wydania dzieła

⁶ Edyta Targońska, NIERUCHOMOŚCI 2017, Nr 8

⁷ Art. 643 KC red. Osajda 2018, wyd. 20/L. Żelechowski

rozpoczyna się bieg terminów, po upływie których wygasają uprawnienia z tytułu⁶. Zatem po dokonaniu odbioru rozszczenia Zamawiającego powinny być realizowane na podstawie gwarancji i rękojmi.

3. W tym kontekście trzeba zwrócić uwagę na § 5 ust. 8-10 wzoru umowy:

8. Gwarant jest odpowiedzialny wobec Zamawiającego za wszelkie wady w wykonaniu Przedmiotu umowy.

9. Gwarancja, o której mowa w ust. 1, obejmuje wady, które ujawnią się po datach Odbioru poszczególnych Etapów wykonania Przedmiotu Umowy, oraz po dacie Odbioru końcowego wykonania Przedmiotu Umowy - aż do upływu terminu wynikającego z Gwarancji.

10. Odpowiedzialność Gwaranta za wady Przedmiotu Umowy obejmuje zarówno wady, które ujawniły się po dacie Odbioru poszczególnych Etapów Umowy, jak i Odbioru końcowego wykonania Przedmiotu Umowy, lecz powstały przed tymi datami, jak również te wady, które powstały po dokonaniu Odbioru końcowego Przedmiotu Umowy

4. Na podstawie kwestionowanego postanowienia wykonawca pozostawałby w ciągłym ryzyku, że Zamawiający np. po okresie 1 roku od odbioru robót naliczy kary umowne za nienależyte wykonanie umowy – pomimo, że w ramach uprawnień gwarancyjnych/rękojmi wykonawca usunął by te wady w terminie przewidzianym w umowie. Jednakże okazuje się, że pomimo usunięcia wad w terminie na usunięcie wad dla roszczeń gwarancyjnych/ roszczeń z rękojmi, Zamawiający mógłby obciążyć wykonawcę karą umowną. Co więcej, na podstawie tego postanowienia Zamawiający zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od umowy, co jest ewidentnym naruszeniem zasady trwałości umów.

5. Co niezmiernie istotne, postanowienie to powoduje powstanie kolizji uprawnień przysługujących z tytułu nienależytego wykonania umowy (tych umownych, jak i kodeksowych) oraz uprawnień z tytułu gwarancji i rękojmi. Powstaje fundamentalna wątpliwość jak pogodzić ze sobą te uprawnienia, które z nich mają pierwszeństwo. Nie wiadomo również, czy w przypadku wykrycia nienależytego wykonania umowy wykonawca będzie wezwany do jego usunięcia w jakimś dodatkowym terminie, czy od razu będzie naliczona kara umowa za cały okres do dnia wykrycia (co byłoby sytuacją niedorzeczną).

6. Co do postanowienia § 11 ust. 15 wzoru umowy o treści: *„W przypadku, gdy Wykonawca nie uwzględni uwag lub zastrzeżeń w wyznaczonym terminie albo będą one uwzględnione niezgodnie z tym, co zgłosił Zamawiający, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w całości lub części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu w tym zakresie oraz żądania zapłaty kary umownej, o której mowa odpowiednio w § 15 ust. 2 pkt 2).* Wykonawca owszem powinien uwzględnić uwagi Zamawiającego, o ile są one zgodne uzasadnione i oparte na postanowieniach umowy. Nie można oczekiwać od wykonawcy, aby na podstawie uwag i zastrzeżeń Zamawiającego:

1) wykonał czynności wykraczające poza zakres przedmiotu zamówienia

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 8.06.2016r., sygn. akt I ACa 90/16

- 2) wykonał zamówienie w sposób inny niż określony w umowie,
- 3) wykonał elementy przedmiotu zamówienia w sposób inny, niż przyjęty przez siebie, w sytuacji, gdy umowa nie precyzowała sposobu realizacji tych elementów i pozostawiała wykonawcy dowolność sposobu realizacji.

Przedmiotowe postanowienie może nakładać na wykonawcę niczym nieuzasadniony obowiązek spełniania oczekiwań Zamawiającego, które nie mają oparcia w treści umowy. Jednocześnie sankcją za niedostosowanie się do uwag i zastrzeżeń może być konieczność zapłaty kary umownej, a nawet odstąpienie od umowy. Nie ulega wątpliwości, że wobec takich sankcji wykonawca zmuszony byłby ustąpić. Taki sposób „przymuszania” wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, ale nie mający oparcia w treści umowy nie może zostać zaakceptowany. Należy również wziąć pod uwagę, że tego rodzaju uwagi/zastrzeżenia powodują powstanie dodatkowych kosztów po stronie wykonawcy, których nie sposób oszacować.

7. Kwestionowane postanowienia stanowią o naruszeniu art. 353¹, art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem.
8. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany:

- 1) § 11 ust. 7 wzoru umowy poprzez jego usunięcie;
- 2) § 11 ust. 15 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia: *„W przypadku, gdy Wykonawca nie uwzględni uwag lub zastrzeżeń w wyznaczonym terminie albo będą one uwzględnione niezgodnie z tym, co zgłosił Zamawiający, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w całości lub części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu w tym zakresie oraz żądania zapłaty kary umownej, o której mowa odpowiednio w § 15 ust. 2 pkt 2). Uprawnienie to przysługuje jedynie wtedy, gdy uwagi i zastrzeżenia będą uzasadnione, tzn. oparte na postanowieniach Umowy”.*

VII. KARY UMOWNE ZA OPÓŹNIENIE

1. Zamawiający w:

- 1) § 15 ust. 2 pkt 3, 4, 5, 12, 13, 16, 17 wzoru umowy zastrzegł szereg kar umownych liczonych za opóźnienie w realizacji określonych czynności;
- 2) § 15 ust. 11 wzoru umowy zastrzegł, że: *„Żadna Strona nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań w ramach Umowy, jeżeli takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest wynikiem Siły Wyższej”.*

2. Zatem Zamawiający wprowadził do umowy w sprawie zamówienia publicznego zasadę odpowiedzialności wykonawcy *de facto* na zasadzie ryzyka za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia. Jedynie siła wyższa powoduje zwolnienie wykonawcy od odpowiedzialności.

3. Na mocy art. 471 kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. A art. 472 kc określa, że jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Zatem zasadą jest odpowiedzialność dłużnika na zasadzie winy. Podstawę do rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika stanowi art. 473 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Samo wskazanie na opóźnienie nie stanowi oznaczenia okoliczności, w rozumieniu tego przepisu (o czym dalej). Opóźnienie w kodeksie cywilnym rozróżnione jest na opóźnienie zwykłe oraz opóźnienie kwalifikowane czyli zwłokę. Z opóźnieniem zwykłym mamy do czynienia - wówczas, gdy brak spełnienia świadczenia w określonym terminie przez dłużnika nastąpił z przyczyn od niego niezależnych, za zaistnienie których nie ponosi on odpowiedzialności. Z opóźnieniem kwalifikowanym, czyli ze zwłoką, mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie wykonał swoich zobowiązań na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, czyli z reguły przez niego zawinionych. Kara umowna jest uważana w orzecznictwie za surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania i nie może ona prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się którejkolwiek ze stron umowy.
4. Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 kc muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymieniwać), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12). Konieczność wskazania katalogu przyczyn opóźnienia dla skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala po pierwsze treść art. 473 kc (w przepisie bowiem mowa o „oznaczonych okolicznościach”). Nadto należy pamiętać, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń i nie każde rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika mieściłoby się w tych granicach. Przykładowo nie mogłoby to być okoliczności obciążające wierzyciela. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Takie rozszerzenie byłoby więc sprzeczne z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12).
5. Konieczność określenia katalogu przyczyn, innych niż zawinione przez wykonawcę, za które ma on ponosić odpowiedzialność wynika choćby z okoliczności, że opóźnienie może być spowodowane np. brakiem współdziałania Zamawiającego. *Prawo jednostronnego określenia przez Zamawiającego warunków umowy nie może stanowić obejścia obowiązków Zamawiającego, jako strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, do których należy zaliczyć niewątpliwie obowiązek współpracy z wykonawcą w trakcie realizacji zamówienia, obowiązek dostarczania niezbędnej i prawidłowej dokumentacji i informacji koniecznych do wykonania ciążących na wykonawcy obowiązków. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie*

działanie lub zaniechanie Zamawiającego jest, w ocenie Izby, działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej – tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15.

6. Zgodnie z poglądami doktryny i judykatury kara umowna opiera się na zasadzie winy dłużnika w niewykonaniu lub w nienależytym wykonaniu zobowiązania. Również użycie w umowie wyrazów „zwłoka” lub „opóźnienie” nie jest tożsame z odejściem od odpowiedzialności dłużnika na zasadzie winy na rzecz odpowiedzialności dłużnika na zasadzie ryzyka. Potwierdza to m.in. stanowisko komentatorów zaprezentowane w komentarzu do art. 483 Kodeksu cywilnego (Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. prof. Gutowski, II wyd. 1, 2016), w którym wskazano, iż „W zakresie kar zastrzeżonych za opóźnione wykonanie zobowiązania kategorycznie podkreślić trzeba, że samo zastrzeżenie w umowie, że kara należy się „za opóźnienie” nie oznacza jeszcze, że chodzi tu o każde opóźnienie, a więc także to niezależne od winy dłużnika (identycznie P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1152, Nb 142). Tak samo jak w praktyce błędnie używane jest pojęcie „odsetki za zwłokę” czy „odsetki zwłoki”, mając na myśli odsetki za opóźnienie (por. M. Lemkowski, *Odsetki cywilnoprawne*, s. 80–81), tak też nic stanowczego nie wynika z tego, czy strony posłużyły się w umowie terminem kara umowna za zwłokę czy za opóźnienie. Opóźnienie nie jest jednolitym terminem prawnym i tam, gdzie ustawodawca chce obarczyć dłużnika skutkami opóźnienia także wtedy, gdy nie ponosi on za to opóźnienie odpowiedzialności, stanowi o tym wprost (art. 481 § 1 KC). Tak samo powinny uczynić strony.”. Pogląd ten został podzielony przez Krajową Izbę Odwoławczą choćby w wyroku z dnia 28.12.2016r., KIO 2339/16, KIO 2352/16: *Konkludując, co do zasady, okoliczności ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania.*
7. Reasumując, samo użycie słów „opóźnienie” nie stanowi podstawy do uznania, że wykonawca nie odpowiada na zasadzie winy, lecz ryzyka. Jednakże postanowienie § 15 ust. 11 wzoru umowy: „*Żadna Strona nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań w ramach Umowy, jeżeli takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest wynikiem Siły Wyższej*” wskazuje jednoznacznie, że wykonawca ma odpowiadać na zasadzie ryzyka. Jeśli tak, to Zamawiający – w myśl art. 473 § 1 kc powinien wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik (wykonawca) ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone, a nie zostały.
8. Kwestionowane postanowienia stanowią o naruszeniu art. 353¹, art. 473 § 1, art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zasadę odpowiedzialności wykonawcy de facto na zasadzie ryzyka za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia, co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób spreczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, a ponadto Zamawiający zaniechał oznaczenia okoliczności, które będą uzasadniać odpowiedzialność wykonawcy, jeśli nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia nastąpi nie z jego winy.
9. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany:

- 1) § 15 ust. 11 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia: *„Żadna Strona nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań w ramach Umowy, jeżeli takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest wynikiem Siły Wyższej oraz w przypadku braku jej winy.”*,
- 2) ewentualnie § 15 ust. 2 pkt 3, 4, 5, 12, 13, 16, 17 wzoru umowy poprzez oznaczenie, wymienienie i wyraźne określenie innych okoliczności, niż wynikające z ustawy kodeks cywilny (odpowiedzialność na zasadzie winy), za które ma odpowiadać wykonawca.


VIII. ODSTĄPIENIE OD UMOWY

1. Zamawiający w § 19 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy zastrzegł sobie możliwość odstąpienia od umowy w przypadku wystąpienia następujących okoliczności: *„w przypadku, gdy opóźnienie Wykonawcy w stosunku do terminów, o którym mowa w §9 ust. 3 pkt 1) i 2) Umowy przekroczy 30 dni. Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach”*.
2. Taka podstawa odstąpienia od umowy w sposób rażący godzi w zasadę równości stron. Poza tym uniezależniona jest ona całkowicie od występowania winy wykonawcy. Co więcej, daje możliwość odstąpienia od umowy także w przypadku, gdy sam Zamawiający przyczyni się do powstania opóźnienia. W związku z powyższym może dojść do sytuacji, w której wykonawca z przyczyn całkowicie niezależnych od niego nie wykona lub nienależycie wykona zobowiązanie wynikające z umowy a Zamawiający od umowy odstąpi. Tak określone przesłanki odstąpienia od umowy nie pozwalają na sporządzenie oferty z uwzględnieniem ryzyk występujących przy realizacji świadczenia.
3. Odstąpienie od umowy we wskazanym przypadku jest nadmierne i nie koreluje z istotą tej instytucji. Wykonawca w nieuzasadniony sposób ponosi ciągłe ryzyko rozwiązania umowy, bowiem rozwiązanie umowy na podstawie tej przesłanki może być dosyć łatwe, ponieważ terminy określone w §9 ust. 3 pkt 1) i 2) wzoru umowy są nierealne do dochowania. Tymczasem odstąpienie od umowy powinno być narzędziem do sankcjonowania poważnych, zawinionych jej naruszeń przez wykonawcę. Powyższa przesłanka nie jest w żadnej mierze uzależniona od winy wykonawcy. Wnosimy zatem, aby kwestionowaną przesłankę odstąpienia od umowy doprecyzować i wskazać, że odstąpienie będzie mogło nastąpić w przypadku, gdy przekroczenie terminów jest efektem zawinionego działania wykonawcy.
4. Kwestionowane postanowienia stanowią o naruszeniu art. 353¹ i art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem oraz są nieprecyzyjne.
5. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 19 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy poprzez nadanie mu treści: *„w przypadku, gdy zwłoka Wykonawcy w stosunku do*

terminów, o którym mowa w §9 ust. 3 pkt 1) i 2) Umowy przekroczy 30 dni. Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach”.

W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Z poważaniem

Marcin Radecki

adwokat

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo dla wraz z dowodami dokonania opłaty skarbowej
2. Odpisy z KRS
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania