

Warszawa, dnia 27.04.2018 r.



ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
BIURA FINANSÓW
KOMENDY GŁÓWNEJ STRAŻY GRANICZNEJ

KG-FI-2P-781/2018

2018-04-27

Egz. Nr 3.....

Wszyscy zainteresowani

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja systemu radiokomunikacyjnego SG” - sprawa nr 34/BF/Błil/18.

WEZWANIE DO PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO

Szanowni Państwo,

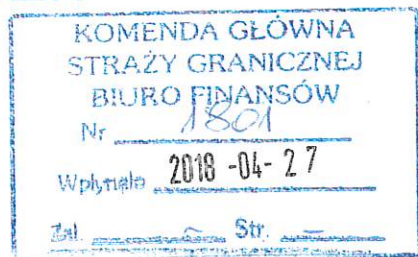
działając zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w załączeniu przekazuję kopię odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu przez Wykonawcę Covertech Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa, wzywając jednocześnie do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w **terminie 3 dni** od dnia otrzymania kopii niniejszego odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Załącznik 1 na 19..... str. – kopia odwołania T/A

Z poważaniem

ZASTĘPCA DYREKTORA
Biura Finansów
Komendy Głównej Straży Granicznej
płk SG Jarosław KOTLAK



Warszawa, 27 kwietnia 2018 r.

Do Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący się: **COVERTECH Spółka z o.o.**
ul. Trakt Lubelski 275T/10
04-667 WARSZAWA
tel.: 22 486-31-37, faks: 22 486-31-70
email: covertech@covertech.pl

Zamawiający: **Komenda Główna Straży Granicznej**
ul. Podchorążych 38
00-463 Warszawa
tel.: +48 225004207, faks: +48 225004707/82
e-mail: wzp.kg@strazgraniczna.pl

Dotyczy: Postępowania pod nazwą „Modernizacja systemu radiokomunikacyjnego SG” numer sprawy 34/BF/BLiI/18, opublikowanego w Dzienniku Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2018 roku pod numerem 2018/S 074 163748, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dostępna na stronie internetowej <http://www.strazgraniczna.pl/pl/zamowienia-publiczne/ogloszone/6431,34BFBLiI18.html>.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej w dalszej treści niniejszego pisma „ustawą”, wnosimy odwołanie wobec:

- 1) Czynności Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję to jest:
 - a) Żądanie aby wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach jednej części zamówienia w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, pochodziły od tego samego producenta przy jednoczesnym wymaganiu, aby stacja retransmisyjna ETSI DMR dla Części I zamówienia posiadała funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej MOTOROLA,

- w sytuacji, gdy funkcjonalności te nie wynikają ze standardu ETSI DMR, zaś ich stosowanie nie jest Zamawiającemu niezbędne;
- b) Żądanie aby wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach jednej części zamówienia w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, pochodziły od tego samego producenta przy jednoczesnym wymaganiu, aby stacja retransmisyjna ETSI DMR dla Części II zamówienia posiadała funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej HYTERA, w sytuacji, gdy funkcjonalności te nie wynikają ze standardu ETSI DMR, zaś ich stosowanie nie jest Zamawiającemu niezbędne;
 - c) Opisanie wymiarów radiotelefonów w sposób niejednoznaczny, bez ustalenia tolerancji wymiarów, w wyniku czego brak możliwości ustalenia czy oferowane radiotelefony spełniają wymagania SIWZ zaś w przypadku przyjęcia maksymalnie niekorzystnego sposobu pomiaru – eliminuje możliwość złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu;
 - d) Opisanie sposobu programowania przemienników poprzez port USB co jest charakterystyczne wyłącznie dla jednego producenta MOTOROLA, bez żadnego faktycznego uzasadnienia, co prowadzi do eliminacji możliwości złożenia oferty na inne rozwiązanie sprzętowe;
 - e) Ustalenie bez żadnego uzasadnienia merytorycznego obowiązku dostarczenia radiotelefonów wyprodukowanych nie wcześniej, niż siedem miesięcy od daty zawarcia umowy a także uzależnienie przyjęcia dostawy od oświadczenia podmiotu nie będącego stroną postępowania i umowy zakładając, że podmiotem składającym ofertę nie będzie sam producent, gdy obowiązek złożenia takiego oświadczenia nie wynika z przepisu prawa;
- 2) Zaniechanie przez Zamawiającego opisu rozwiązań równoważnych w zakresie:
- a) stacji retransmisyjnej ETSI DMR dla Części I gdzie wskazano z nazwy funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej MOTOROLA;
 - b) stacji retransmisyjnej ETSI DMR dla Części II gdzie wskazano z nazwy funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej HYTERA

Powyższymi zaniechaniami czynności, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 a także art. 30 ust. 1 ustawy;

- 3) Umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego

jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez narzucenie obowiązku zapłaty kary umownej za uchybienie terminowi naprawy jednego urządzenia, stanowiącemu ułamek procenta wartości całej dostawy została w tym punkcie odniesiona do wartości całej dostawy, w wysokości o rząd wielkości większej niż w punkcie dotyczącym całej dostawy co powoduje, że kara umowna zostanie wykorzystana w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, to jest naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc.

Wskazując na powyższe, wnosimy o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Dokonanie czynności opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami ustawowymi w sposób umożliwiający przygotowanie i złożenie oferty, poprzez usunięcie kwestionowanych zapisów ograniczających konkurencję wskazanych w uzasadnieniu odwołania
2. Dokonanie zmian zapisów SIWZ zgodnie z żądaniami szczegółowymi wynikającym z uzasadnienia odwołania
3. Dokonanie zmian zapisów wzoru umowy w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania.
4. Wprowadzenie zmiany terminu do składania ofert według norm prawem nakazanych

W przypadku braku możliwości sanacji prowadzonego postępowania, wnosimy o nakazanie unieważnienia postępowania.

UZASADNIENIE

W dniu 17 kwietnia 2018 roku ukazało się ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tego samego dnia Zamawiający opublikował SIWZ na swojej stronie internetowej. Analiza treści SIWZ wskazuje, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, który faworyzuje rozwiązania określonych producentów, nie opisał warunków równoważności w zakresie, w którym użyto nazw własnych wyrobów określonych producentów a także ustalił kary umowne w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

I. Termin do wniesienia odwołania

Dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 27 kwietnia 2018 roku. Oznacza to, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego.

II. Interes w uzyskaniu zamówienia.

Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Pozostawienie w niezmienionym kształcie wskazanych w treści zarzutów i rozwiniętych poniżej zapisów SIWZ uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. To z kolei może wyrządzić Nam szkodę w kwocie, na którą wycenilibyśmy ofertę gdyby powstała możliwość jej złożenia.

Powyższe wyczerpuje materialno – prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy.

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. Zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję to jest:
 - a) Żądanie aby wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach jednej części zamówienia w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, pochodziły od tego samego producenta przy jednoczesnym wymaganiu, aby stacja retransmisyjna ETSI DMR dla Części I zamówienia posiadała funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej MOTOROLA, w sytuacji, gdy funkcjonalności te nie wynikają ze standardu ETSI DMR, zaś ich stosowanie nie jest Zamawiającemu niezbędne;
 - b) Żądanie aby wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach jednej części zamówienia w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, pochodziły od tego samego producenta przy jednoczesnym wymaganiu, aby stacja retransmisyjna ETSI DMR dla Części II zamówienia posiadała funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej HYTERA, w sytuacji, gdy funkcjonalności te nie wynikają ze standardu DMR, zaś ich stosowanie nie jest Zamawiającemu niezbędne.

W punkcie IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający zawarł następujące wymagania:

Wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach części (...) w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, muszą być tego samego producenta.

Wymaganie to dotyczy każdej z części i zostało powtórzone w opisie technicznym :

„WSZYSTKIE RADIOTELEFONY ORAZ STACJE RETRANSMISYJNE DOSTARCZANE W RAMACH JEDNEJ CZĘŚCI MUSZĄ BYĆ TEGO SAMEGO PRODUCENTA”

Także w Załączniku nr 2 „UMOWA” zapisano:

§ 2. 10. Zamawiający wymaga aby wszystkie dostarczone poszczególne elementy zamówienia pochodziły od jednego producenta urządzeń.

Zamawiający nie przedstawił motywu, którym kierował się przy ustalaniu tego rodzaju wadliwego zapisu. Stwierdzić w tym miejscu należy, że jest to wymaganie pozbawione jakichkolwiek podstaw merytorycznych. Jest ono również zaprzeczeniem przedmiotu zamówienia opisanym w SIWZ jako „dostawa urządzeń łączności radiowej standardu ETSI DMR”, gdyż wprowadzanie standardów służy zwiększeniu oferty produktów zgodnych z danym standardem a nie ograniczeniu producentów i produktów a tym samym konkurencji. Zrozumiałe byłoby żądanie, aby w ramach poszczególnego rodzaju radiotelefonu to jest na przykład : nasobnego czy też przewoźnego, zaoferowano sprzęt tego samego producenta. Jednak blokowanie możliwości zaoferowania i sprzedaży urządzeń zgodnych ze standardem ETSI DMR, ale pochodzących od różnych producentów stanowi niczym nieuzasadnione utrudnienie uczciwej konkurencji. Aktualnie w eksploatacji w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej znajdują się urządzenia co najmniej trzech producentów radiotelefonów w standardzie ETSI DMR. Optymalizacji użytkowej można dokonywać poprzez ich alokację fizyczną w określonych obszarach kraju. Nie jest konieczne, aby w całym kraju w określonej klasie urządzeń, użytkowano aparaty jednego producenta. Brak koncentracji urządzeń jest ponadto intencją Zamawiającego, na co wskazuje jednoznacznie pkt IV Załącznika nr 1 i 3 do SIWZ, gdzie jako miejsce dyslokacji sprzętu wskazana jest każda możliwa jednostka SG na terenie Polski.. Tym bardziej nie można uzasadniać ograniczania konkurencji w postępowaniach prowadzonych zgodnie z przepisami Dyrektywy 2014/24/WE dążeniem do unifikacji rozwiązań użytkowych. Wszystkie te rozwiązania posiadają bowiem tożsame cechy użytkowe, obsługują takie same protokoły transmisji cyfrowych standardu ETSI DMR oraz działają w takich samych, przydzielonych do pracy, pasmach częstotliwości. Brak zatem technicznego oraz użytkowego uzasadnienia unifikacji innej niż zachowania tego samego standardu ETSI DMR. Zresztą sam Zamawiający nie zażądał aby np. zaoferowane radiotelefony i urządzenia dla każdego

zadania posiadały jednakowy model i typ. Pozwolił zatem Zamawiający na możliwie najdalej idące różnicowanie tych modeli i typów w ramach każdego zadania przyjmując z nieznanych przyczyn założenie, że każdy z wykonawców zaoferuje dla poszczególnych rodzajów urządzeń zawsze takie same aparaty tego samego typu i modelu. Zresztą Zamawiający w żadnym miejscu nie wymaga w ogóle podania nazwy i typu oferowanego urządzenia. Uważa zapewne, że jest to dla Niego nieistotne lub jest przekonany, że opisując w ten sposób przedmiot zamówienia otrzyma ofertę lub oferty na konkretny sprzęt, gdyż konkurencyjne oferty innych producentów zostaną odrzucone lub nie zostaną złożone z uwagi na niespełnienie tak opisanych wymogów SIWZ. Za to podmiot producenta musi być ten sam, ale w zakresie całej części, co gwarantuje, iż jeżeli jedynym możliwym do złożenia w obecnym brzmieniu zapisów SIWZ jest przemiennik firmy MOTOROLA w części I i HYTERA w części II to pozostały sprzęt będzie musiał być tych samych producentów.

Jak powyżej wykazano, wymaganie aby wszystkie urządzenia oferowane dla każdej części zamówienia „były tego samego producenta” narusza przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy.

Powinno zatem zostać usunięte z SIWZ i zastąpione klarownym wymaganiem, aby co najwyżej aparaty określonego rodzaju np. radiotelefony nasobne, przewoźne (pokładowe) czy przemienniki w ramach rodzaju były tego samego modelu i typu.

W tabeli 5. , na stronie 18 Opisu przedmiotu zamówienia dla Części I, została opisana „Stacja retransmisyjna ETSI DMR.”

W wierszu 1.2 tabeli znalazły się następujące zapisy:

Praca przy wykorzystaniu sieci IP z przemiennikami Motorola SLR5500, MTR3000, DR3000 w ramach systemu komunikacji MOTOTRBO, w szczególności w ramach m.w. interfejsów sieciowych (w. licencje wymagane do uruchomienia interfejsów wskazanych w tiret od 2 do 5 nie są przedmiotem zamówienia):

- *cyfrowe konwencjonalne;*
- *IP Site Connect;*
- *Capacity Plus;*
- *Linked Capacity Plus;*
- *Connect Plus.*

Jedynie zapis tiret 1 jest odzwierciedleniem standardu ETSI DMR.. Zapisy zawarte w tiret 2-5 określają nazwy własne trybów pracy (interfejsów sieciowych) urządzeń produkowanych wyłącznie przez firmę MOTOROLA, nieopisanych żadnymi standardami. Podane tryby pracy (interfejsy sieciowe) nie są objęte również standardem ETSI DMR wymienionym w przedmiocie zamówienia. Są to autorskie rozwiązania ich producenta, będące „nakładką” na standard ETSI DMR. Nazwa „MOTOTRBO” jest zastrzeżonym znakiem towarowym należącym do MOTOROLA, obejmującym linię produktów zgodnych ze standardem ETSI DMR, ale posiadającym również dodatkowo unikalne, nieobjęte standardem ETSI DMR cechy i funkcje o nazwach opisanych w tiret 2-5. Za pomocą tych unikalnych cech, wykraczających ponad standard, producent MOTOROLA próbuje uzyskać przewagę konkurencyjną „przywiązując” do siebie klientów, którzy raz zakupując jego sprzęt zmuszeni są potem do zakupu dodatkowego sprzętu wyłącznie produkcji MOTOROLA, niejednokrotnie w zawyżonych cenach. Taka sytuacja nazywana jest „vendor-lock” (uzależnienie od producenta) i jest zjawiskiem rynkowo niepożądanym, dostrzeżonym nawet przez Komisję Europejską

Podobnie, na stronie 19 OPZ dla Części II zamówienia, w wierszu 1.2 zapisano:

Praca w ramach jednej sieci z zastosowaniem połączenia IP (tzw. IP Multi Site) z przemiennikami Hytera RD985 i RD965 w trybie DMR (DMR Tier II).

Gdzie IP Multi Site jest analogicznie jak w przypadku opisanym wyżej, autorskim rozwiązaniem tym razem firmy Hytera, nieobjętym standardem ETSI DMR.

Połączenie powyższych dwóch wymogów zawartych w SIWZ udowadnia, iż poprzez dopuszczenie autorskich, wzajemnie niekompatybilnych rozwiązań dwóch różnych producentów Zamawiający de facto nie przykładą wagi do interoperacyjności, a zawarcie tych zapisów w SIWZ ma jedynie na celu zakupienie produktów konkretnych, wybranych już wcześniej poza procedurą przetargową producentów.

Co prawda Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, jednak nie zamieścił żadnego opisu w odniesieniu do awizowanej równoważności. Nie będąc producentem ani oferentem sprzętu MOTOROLA ani HYTERA, nie posiadamy żadnej możliwości złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu, pomimo faktu, że oferowane przez nas radiotelefony EXCERA spełniają wszystkie bez wyjątku wymagania techniczno – funkcjonalne Zamawiającego i współpracują z przemiennikami MOTOROLA jak też HYTERA w zakresie standardu ETSI DMR w trybie wymienionym w tiret 1 w wierszu 1.2 w tabeli 5 na stronie 18, który to tryb jest

de facto przedmiotem zamówienia, natomiast oferowane przez nas przemienniki firmy EXCERA posiadają zdolność budowy opartych o nie sieci łączności oraz funkcjonalności objęte standardem ETSI DMR, np. DMR TIER II i TIER III Trunking, które funkcjonalnie realizują te same zadania, co wymienione w SIWZ autorskie rozwiązania Motorola i Hytera, jednak w inny technologicznie sposób.

Co niezwykle ważne w przedmiotowej sprawie, doszło do uzależnienia możliwości zaoferowania i wykonania dostawy kilkuset radiotelefonów od dostawy 3 sztuk przemienników (w części I), zaś w części II zamówienia od dostawy 1 szt przemiennika. Dodatkowo Zamawiający nie zakupuje obecnie licencji na tryby pracy (interfejsy sieciowe) wymienione w tiret 2-5, a jedynie żąda z nimi kompatybilności, czyli w praktyce wskazuje wprost jaki konkretny typ sprzętu należy zaoferować. Takie działanie jako niczym nieuzasadnione, narusza wprost przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy pzp.

Oświadczamy, że nie posiadamy możliwości zaoferowania:

- 1) Żądanej w wierszu 1.2 tabeli 5. , na stronie 18 Opisu przedmiotu zamówienia dla Części I *Pracy przy wykorzystaniu sieci IP z przemiennikami Motorola SLR5500, MTR3000, DR3000 w ramach systemu komunikacji MOTOTRBO, w szczególności w ramach ww. interfejsów sieciowych:*

- IP Site Connect;
- Capacity Plus;
- Linked Capacity Plus;
- Connect Plus.

Oraz

- 2) Żądanej na stronie 19 OPZ dla Części II zamówienia , w wierszu 1.2:

Pracy w ramach jednej sieci z zastosowaniem połączenia IP (tzw. IP Multi Site) z przemiennikami Hytera RD985 i RD965 w trybie DMR (DMR Tier II)

przy jednoczesnym założeniu, że zarówno radiotelefony jak również przenośna stacja retransmisyjna ETSI DMR, muszą pochodzić od tego samego producenta.

Rozwiązaniem powstałej niezgodności może być postulowane jak powyżej, wykreślenie wymagania aby zarówno radiotelefony jak również przenośne stacje retransmisyjne ETSI DMR, pochodziły od tego samego producenta i/lub wyłączenie przemienników do osobnego zadania lub też wykreślenie z tabeli nr 5 str 18 OPZ dla części I nazw własnych producenta MOTOROLA, tj. Motorola SLR5500, MTR3000, DR3000, MOTOTRBO, -IP Site Connect; Capacity Plus; Linked Capacity Plus; Connect Plus.

Argumentacja odwołującego znajduje wsparcie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2012 roku, Sygn. akt KIO 282/12:

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie jednoznaczny i nie wyczerpujący, bez zastosowania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, które uwzględniałyby wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który to sposób mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz zarzut naruszenia art. 30 ust. 1-3 Pzp – przez zastosowanie w załączniku nr 1 do specyfikacji nazw własnych oraz nieprecyzyjnych określeń, z pominięciem informacji, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 Pzp i naruszenia art. 30 ust. 6 Pzp – przez pominięcie opisanie wymaganych funkcjonalności przedmiotu zamówienia w sposób dokładny – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał typowe parametry zamawianych radiotelefonów zgodne z opisanym standardem, za wyjątkiem zaskarżonej przez odwołującego części specyfikacji, tj. pkt 1.30 opisu Radiotelefonów Noszonych DMR oraz pkt 1.27 opisu Radiotelefonów Przewoźnych. W punktach tych – o identycznej treści zamawiający zawarł wymagania wykraczające poza opisany standard technologii DMR. Zamawiający zażądał, aby dostarczone radiotelefony współpracowały w pełnym zakresie z urządzeniami radiokomunikacyjnymi DMR producenta MOTOROLA serii MOTOTRBO użytkowanymi przez Policję i Straż Graniczną: stacja retransmisyjna DR 3000, radiotelefon przewoźny DM 3601, radiotelefon noszony DP 3601.

Zamawiający może postawić wymaganie, aby przedmiot zamówienia współpracował z urządzeniami posiadanymi już przez zamawiającego, ale w takim przypadku zamawiający musi się dostosować do art. 30 ust. 6 Pzp, czyli zawrzeć w specyfikacji dokładny opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Skład orzekający Izby musi uznać, że zawarte we wskazanych miejscach specyfikacji stwierdzenia „Współpraca w pełnym zakresie rozumiana jest w szczególności przez realizację następujących funkcjonalności: IP Site Connect, Site Roaming, przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji” nie spełniają wymaganych w art. 30 ust. 6 Pzp dokładności opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Zamawiający nie może wskazać wymagań funkcjonalnych przez użycie nazw tych funkcjonalności „przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji”, a tym bardziej nie może wskazać wymagań funkcjonalnych przez użycie nazw w języku obcym „IP Site Connect” i „Site Roaming”, o ile te funkcjonalności nie są zstandaryzowane np. normach, przepisach prawa czy choćby w literaturze fachowej. Zamawiający musi określić na czym polegają wymagane funkcjonalności i to w zakresie takim, aby był jednoznacznie zrozumiały dla wszystkich podmiotów potencjalnie zamierzających złożyć ofertę.

Takie uszczegółowienie przedmiotu zamówienia służy nie tylko wykonawcom, którzy dostosowują ofertę do przedmiotu zamówienia, ale również zamawiającemu, który dzięki temu może sprawdzić spełnianie funkcjonalności przez oferowany przedmiot na podstawie określeń zawartych w specyfikacji.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy.

W zakresie pierwszego zarzutu Odwołujący wnosi o:

- wykreślenie wymagania, aby radiotelefony i stacje retransmisyjne pochodziły od tego samego producenta;
- wykreślenie obowiązku współpracy oferowanego sprzętu z nie objętymi standardem ETSI DMR specyficznymi funkcjonalnościami producentów MOTOROLA (w Części 1) i HYTERA (w części 2) tj wykreślenie z tabeli nr 5 str. 18 OPZ dla części I nazw własnych producenta MOTOROLA, tj. „Motorola SLR5500”, „MTR3000”, „DR3000”, „MOTOTRBO”, „IP Site Connect”; „Capacity Plus”; „Linked Capacity Plus”; „Connect Plus”. Oraz „IP Multi Site” w odniesieniu OPZ dla Części II zamówienia, w wierszu 1.2 na stronie 19

2. Zarzut opisanie wymiarów radiotelefonów w sposób niejednoznaczny, bez ustalenia tolerancji wymiarów, w wyniku czego brak możliwości ustalenia czy oferowane radiotelefony spełniają wymagania SIWZ zaś w przypadku przyjęcia maksymalnie niekorzystnego sposobu pomiaru – eliminuje możliwość złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W Załączniku nr 1 pkt III, tabela nr 1 pkt 1.21; tabela nr 2 pkt 1.21; Załącznik nr 3 pkt III, tabela nr 1, pkt 1.21, tabela nr 3 pkt 1.23 Zamawiający opisał dopuszczalne wymiary radiotelefonów.

Z opisu tego nie wynika w jakiej części oferowanych radiotelefonów wymiary wymienione w tych punktach mają być spełnione. Żaden radiotelefon nie jest bryłą równoboczną, posiada technologiczne wypukłości i różnice w wymiarze pomiędzy np. górną i dolną częścią obudowy. Dotyczy to również radiotelefonów produkcji Motorola i Hytera, które w zależności od miejsca pomiaru będą lub nie będą spełniały wymogi zawarte w w/w punktach. Brak ustalenia szczegółów sposobu pomiaru uniemożliwia dokonanie oceny czy oferta odpowiada treści SIWZ, czy też nie. Nie ustalono także żadnej tolerancji wysokości, szerokości i grubości dla wszystkich wymiarów wymaganych w SIWZ. Odwołujący podnosi, że podawanie z dokładnością co do milimetra dopuszczalnego wymiaru radiotelefonu nasobnego (doręcznego), który nie będzie użytkowany w ściśle ograniczonej przestrzeni i powinien po prostu mieścić się swobodnie w dłoni jest

nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego i służy wyłącznie utrudnieniu złożenia oferty. Zwracamy uwagę, że Zamawiający nie podał znacznie istotniejszego parametru w użytkowaniu radiotelefonu noszonego w ręce jakim jest jego waga, która w przeciwieństwie do wymiarów może mieć zasadnicze znaczenie dla komfortu użytkownika.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

Odwołujący wnosi o dopuszczenie tolerancji wszelkich wymiarów podanych w SIWZ w zakresie 15% oraz precyzyjne wskazanie sposobu pomiaru. Wnosimy także o ustalenie takich wymiarów radiotelefonów, które dopuszczają do oferowania jak największej ilości dopuszczonych w EOG rozwiązań. Stosowanie szczególnych wymagań, szczególnie w zakresie radiotelefonów nasobnych, nie posiada bowiem najmniejszego uzasadnienia.

3. Zarzut opisanie sposobu programowania przemienników poprzez port USB co jest charakterystyczne wyłącznie dla jednego producenta MOTOROLA, bez żadnego faktycznego uzasadnienia, co prowadzi do eliminacji możliwości złożenia oferty na inne rozwiązanie sprzętowe.

W Załączniku nr 1 Pkt III, tabela nr 5, pkt 1.4 Zamawiający dokonał opisu wymagań w odniesieniu do żądanych interfejsów fizycznych służących do programowania przemienników. Zamawiający zażądał programowania przez port USB oraz LAN (Ethernet). Nie podał przy tym, jaki szczególny rodzaj transmisji danych ma być realizowany przez złącze USB, który nie mógłby zostać zrealizowany przez złącze LAN. Odwołujący podnosi, że programowanie przemiennika poprzez złącze USB lub złącze Ethernet, wymienione w pkt 1.7 tej samej tabeli jest immanentną cechą przemienników firmy Motorola. Przy czym złącze LAN przemiennika Motoroli pełni część funkcji złącza USB, zaś wszystkie funkcjonalności przemiennika są możliwe do programowania poprzez złącze USB. Rozwiązania innych producentów wykorzystują do programowania i realizacji wszystkich funkcji wyłącznie złącze LAN i nie posiadają niepotrzebnego w takim przypadku złącza USB.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy.

Wnosimy o dopuszczenie rozwiązania, gdzie wszelkie programowanie i transmisja danych odbywać się będzie poprzez złącze Ethernet (LAN) bez konieczności używania i posiadania złącza USB.

4. Zarzut ustalenia bez żadnego uzasadnienia merytorycznego obowiązku dostarczenia radiotelefonów wyprodukowanych nie wcześniej, niż siedem miesięcy od daty zawarcia umowy a także uzależnienie przyjęcia dostawy od oświadczenia podmiotu nie będącego stroną postępowania i umowy zakładając, że podmiotem składającym ofertę nie będzie sam producent, gdy obowiązek złożenia takiego oświadczenia nie wynika z przepisu prawa.

W treści Załącznika nr 2 i 4 do SIWZ § 5 pkt 5 Zamawiający ustalił, że sprzęt podlegający dostawie powinien być wyprodukowany nie więcej, niż 7 miesięcy przed podpisaniem protokołu odbioru. Zapisy te są abstrakcyjne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ma bowiem znaczenia czy sprzęt był wyprodukowany 7, 5 czy też 9 lub 12 miesięcy przed datą odbioru. Bardziej istotne jest, aby sprzęt pochodził z legalnej produkcji, nie był powystawowy ani wcześniej eksploatowany przez innego użytkownika. Zwyczajowo przyjmuje się że nie może to być sprzęt wyprodukowany wcześniej niż w bieżącym, a najdalej w roku poprzedzającym dostawę.

Dodatkowo, Zamawiający uzależnił przyjęcie dostawy od oświadczenia podmiotu nie będącego stroną postępowania i umowy zakładając, że podmiotem składającym ofertę nie będzie sam producent.

W przypadku większości producentów, a na pewno w przypadku producentów Motorola i Hytera wymienionych w SIWZ, data produkcji urządzeń jest zakodowana w numerze seryjnym każdego urządzenia i do jej ustalenia niepotrzebne są żadne oświadczenia producentów ani ich przedstawicieli, o czym Zamawiający doskonale wie gdyż użytkuje te urządzenia od lat.

Wymóg zawarty w tym punkcie umowy odpycha od rynku inne podmioty niż polscy przedstawiciele firm Motorola i Hytera, którym – odpowiednio - producenci pozwolą na złożenie oferty poprzez wydanie oświadczeń i zaświadczeń. Wymóg ten dyskryminuje również potencjalnych oferentów z siedzibą poza terytorium RP, co jest niezgodne z ustawą.

Jeżeli urządzenia będące przedmiotem dostawy będą wyprodukowane przez tego konkretnego producenta i dostarczone poprzez sieć dystrybucji to poprzez numer seryjny można bez żadnych wątpliwości ustalić datę ich produkcji. Nie jest zatem zasadne szykanowanie innych potencjalnych dostawców, którzy mogą dostarczyć legalny sprzęt a nie cieszą się statusem bycia preferowanym przez producentów. Mielibyśmy tutaj do czynienia z sytuacją, w której producenci w istocie regulują rynek, co jest działaniem mocno wątpliwym z punktu widzenia przepisów prawa obowiązujących w Polsce i UE.

Żądanie złożenia Oświadczenia podmiotów trzecich – dystrybutorów na terenie Polski, narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zawężenie tylko do terenu Polski z pominięciem innych krajów EOG nie znajduje żadnego usprawiedliwienia.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę tego punktu umowy na następujący:

Wykonawca oświadcza, iż dostarczone urządzenia są fabrycznie nowe i wyprodukowane nie później niż w roku realizacji dostawy. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku, w przypadku gdy dostarczany sprzęt nie ma zakodowanej w numerze seryjnym daty produkcji co najmniej w postaci miesiąc/rok, Wykonawca złoży w siedzibie Zamawiającego w dniu dostawy urządzeń oświadczenie producenta urządzeń lub jego autoryzowanego przedstawiciela o dacie produkcji urządzeń, zawierające wszystkie numery seryjne dostarczone Zamawiającemu.

5. Zarzut zaniechania przez Zamawiającego opisu rozwiązań równoważnych w zakresie:

- a) stacji retransmisyjnej ETSI DMR dla Części I gdzie wskazano z nazwy funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej MOTOROLA;
- b) stacji retransmisyjnej ETSI DMR dla Części II gdzie wskazano z nazwy funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej HYTERA

W tabeli 5. , na stronie 18 Opisu przedmiotu zamówienia dla Części I, została opisana „Stacja retransmisyjna ETSI DMR.”

W wierszu 1.2 tabeli znalazły się następujące zapisy:

Praca przy wykorzystaniu sieci IP z przełącznikami Motorola SLR5500, MTR3000, DR3000 w ramach systemu komunikacji MOTOTRBO, w szczególności w ramach nw. interfejsów sieciowych (ew. licencje wymagane do uruchomienia interfejsów wskazanych w tiret od 2 do 5 nie są przedmiotem zamówienia):

- *cyfrowe konwencjonalne;*
- *IP Site Connect;*
- *Capacity Plus;*
- *Linked Capacity Plus;*
- *Connect Plus.*

Zapisy zawarte w tiret 2-5 określają nazwy własne produktów (interfejsów sieciowych) firmy MOTOROLA, nieopisanych żadnymi standardami. Podane tryby pracy (interfejsy sieciowe) nie są objęte standardem ETSI DMR wymienionym w przedmiocie zamówienia. Są to autorskie rozwiązania Motoroli będące „nakładką” na standard ETSI DMR.

Podobnie , na stronie 19 OPZ dla Części II zamówienia , w wierszu 1.2 zapisano:

Praca w ramach jednej sieci z zastosowaniem połączenia IP (tzw. IP Multi Site) z przełącznikami Hytera RD985 i RD965 w trybie DMR (DMR Tier II).

Gdzie IP Multi Site jest autorskim rozwiązaniem firmy Hytera, nieobjętym standardem ETSI DMR.

Co prawda Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, jednak nie zamieścił żadnego opisu w odniesieniu do awizowanej równoważności. W żadnym z powyższych przypadków Zamawiający nie opisał jaka oferta będzie równoważna z opisem przedmiotu zamówienia.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż opisywane już wcześniej w treści niniejszego odwołania dopuszczenie autorskich, wzajemnie niekompatybilnych rozwiązań dwóch różnych producentów stanowi dowód na to, że Zamawiający *de facto* nie przykłada wagi do interoperacyjności, na którą może powoływać się w toku postępowania.

Ugruntowany pogląd doktryny i orzecznictwa wskazuje, że jeżeli Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przy pomocy nazw własnych, patentów, pochodzenia albo szczegółowego procesu i zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy dopuścił składanie ofert równoważnych, wówczas winien on szczegółowo opisać jaka oferta będzie ofertą równoważną. W treści SIWZ zapisy takie nie znalazły miejsca.

W wyroku z dnia 2 października 2014 r., **KIO 1931/14**, Izba stwierdziła, że nie będzie wystarczające zamieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „lub równoważny”, **konieczne jest równoczesne wskazanie parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców**: *Zaniechanie ich uszczegółowienia niesie ze sobą doniosłe konsekwencje. Po pierwsze zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza swoje oczekiwania wyłącznie do jednego, identyfikowanego przez znak towarowy, patent lub pochodzenie, wyrobu, uniemożliwiając de facto składanie ofert równoważnych. Po drugie zaś – nawet gdyby zamawiający otrzymał ofertę, co do której wykonawca twierdziłby, że zawiera ona rozwiązania równoważne do opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie jest możliwe dokonanie porównania takiej oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Z kolei w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., **KIO 738/14**, Izba zwróciła uwagę, że zamawiający powinien tak opisać przedmiot zamówienia (w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty), aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaką mogą złożyć ofertę, aby spełniać te wymogi, jaki produkt i o jakich parametrach będzie zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. *Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.* Ponadto KIO wskazała, że wszystkie trzy przesłanki zastosowania art. 29 ust. 3 muszą zaistnieć łącznie i co szczególnie istotne – **to zamawiający, a nie wykonawca jest obowiązany udowodnić ich istnienie**. KIO podała też przykład właściwego opisu przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu art. 29 ust. 3: *Opisując sposób spełnienia równoważności danego produktu zamawiający winien wskazać dopuszczalne odstępstwa zaoferowanego urządzenia czy przedmiotu równoważnego od przedmiotu czy urządzenia referencyjnego za pomocą wartości stanowiących katalog zamknięty, używając określeń np. „nie cięższy niż i nie lżejszy niż”, mający wymiar „nie większy i nie mniejszy” „nie szerszy i nie dłuższy” itp.* Podobnie KIO wypowiedziała się w wyroku z dnia 19 marca 2013

r., **KIO 516/13**, gdzie także podkreśliła, że produkt „równoważny” nie oznacza identycznego z produktem wskazanym w SIWZ, a jedynie jest to produkt posiadający zbliżone cechy i parametry, które są istotne dla zamawiającego, a ponadto **kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego**.

Kolejną wskazówkę zawiera wyrok z 23 lipca 2013 r., **KIO 1619/13**. Izba wskazała, że **rozwiązanie równoważne nie polega na tym, że inny zaproponowany przedmiot ma spełniać wszystkie wymagania przedmiotu referencyjnego** (tzn. określonego m.in. poprzez wskazanie znaku towarowego).

KIO podkreśliła, że *jeśli zamawiający oczekuje spełnienia tych wszystkich parametrów to winien był opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie według zasad przewidzianych w art. 29 ust. 1.*

Jeden z przykładów naruszenia art. 29 ust. 3 PZP, dotyczący branży IT, był przedmiotem wyroku KIO z dnia 4 października 2013 r., **KIO 2258/13**: Izba ustaliła, że zgodnie z punktem (...) w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani dostarczyć „switch zarządzalny o klasie co najmniej CISCO lub równoważny z możliwością pracy w ringu”. Nie ulega wątpliwości, że „CISCO” jest to nazwa producenta, nie zaś przyjęty standard urządzeń. W ocenie Izby, powołanie w SIWZ jedynie nazwy producenta, narusza art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zakazuje dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia towarów. Co więcej, taki opis oznacza również, że w tym zakresie Zamawiający w istocie nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Poza powołaniem się na nazwę producenta CISCO, Zamawiający nie zawarł bowiem opisu wymogów stawianych urządzeniom, w tym nie wskazał funkcjonalności ani parametrów technicznych, które mają znaczenie dla Zamawiającego, a które pozwolą na ustalenie, czy zaoferowane przez wykonawcę urządzenie spełnia wymóg równoważności do produktu wskazanego w SIWZ. Izba uznała taki opis za naruszający zasadę uczciwej konkurencji i nakazała zamawiającemu dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ poprzez usunięcie sformułowania „o klasie co najmniej CISCO” i opisanie zamawianego urządzenia (switch zarządzalny) poprzez wskazanie wymaganych cech technicznych i jakościowych (lub wymagań funkcjonalnych), które ma spełnić oferowane urządzenie.

Inną wskazówkę co do zasady opisu przedmiotu zamówienia Izba zawarła w wyroku z dnia 15 stycznia 2013 r., **KIO 2933/12**: Izba nakazuje Zamawiającemu (w sposób ogólny, wobec ogólnego wniosku Odwołującego, kwestie szczegółowe pozostawiając w jego gestii, jako gospodarza postępowania) dokonanie zmian postanowień (...) pozwalających na zastosowanie w ramach usługi serwisowej części zamiennych nowych, jak i w pełni odnawialnych (refurbished) nie mających gwarancji producenta sprzętu, równoważnych pod względem funkcjonalnym, w szczególności gdy sprzęt Zamawiającego nie jest objęty gwarancją producenta, producent nie oferuje części zamiennych nowych lub w pełni odnawialnych (refurbished), które są traktowane jak fabrycznie nowe, pod warunkiem, że zostanie w ten sposób zapewniony Zamawiającemu sprawnie działający i funkcjonujący sprzęt.

Kwestia równoważności ofert jest też przedmiotem badania przez organy właściwe z zakresu dyscypliny finansów publicznych. Przykładowo wskazać można na orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 21 maja 2013 r., **NDB-50/Ł/17/2013**. RKO podkreśliła konieczność wskazania parametrów przedmiotu zamówienia, na podstawie których oceniana będzie równoważność, a także zasad oceny, kiedy parametry czy

cechy danego produktu zostaną przez zamawiającego uznane za równoważne: *Wymogi co do równoważności produktów powinny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny, tak aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy, przystępujący do udziału w postępowaniu, mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia.*

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz art. 30 ust.1 ustawy.

6. Zarzut umieszczenia w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez narzucenie obowiązku zapłaty kary umownej za uchybienie terminowi naprawy jednego urządzenia, stanowiącemu ułamek procenta wartości całej dostawy została w tym punkcie odniesiona do wartości całej dostawy, w wysokości o rząd wielkości większej niż w punkcie dotyczącym całej dostawy co powoduje, że kara umowna zostanie wykorzystana w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, to jest naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc.

W Załączniku nr 2 i 4 do SIWZ – Wzór umowy § 9 pkt 1 i 2 Zamawiający zawarł zapisy odnośnie kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji umowy.

§9 Kary umowne i roszczenia odszkodowawcze

1. W przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy, Zamawiającemu przysługuje za każdy dzień opóźnienia kara umowna w wysokości 0,05% wartości wynagrodzenia brutto niezrealizowanej w terminie części Umowy, nie więcej jednak niż 10% wartości wynagrodzenia brutto zamówienia podstawowego powiększonego o wartość zamówienia w ramach prawa opcji, z którego skorzystał Zamawiający.

2. W przypadku niedotrzymania terminu naprawy lub dostawy nowego urządzenia, o których mowa w Dziale V Pkt. 10 PZ lub w Dziale V pkt. 13 OPZ, Wykonawca zapłaci za każdy dzień opóźnienia karę umowną w

wysokości 0,2% wartości brutto przedmiotu umowy podlegającego naprawie lub dostawie nowego urządzenia, nie więcej jednak niż 10% wartości wynagrodzenia brutto zamówienia podstawowego powiększonego o wartość brutto zamówienia w ramach prawa opcji, z którego skorzystał Zamawiający.

Kary umowne zastrzeżone w §9 ust. 1 Wzoru Umowy wynikające z niezrealizowania dostawy w terminie wynoszą 0,05% wartości niezrealizowanej CZEŚCI zamówienia, nie więcej jednak niż 10 % całości zamówienia. Jest to zrozumiała, słusza i adekwatna sankcja. Zapisy §9 ust. 2, dotyczącego niezrealizowania naprawy gwarancyjnej nie posiadają już w opinii Odwołującego takich cech, zwłaszcza w porównaniu do §9 ust. 1. Sankcja przewidziana za uchybienie terminowi naprawy jednego urządzenia, stanowiącemu ułamek procenta wartości całej dostawy została w tym punkcie odniesiona do wartości CAŁEJ dostawy i to w wysokości o rząd wielkości większej niż w punkcie dotyczącym całej dostawy. W hipotetycznej sytuacji uchybienia terminowi dostawy wartej dla przykładu 1 mln PLN o 1 dzień kara wyniesie 500 PLN, a w przypadku uchybienia terminowi naprawy urządzenia wartego dla przykładu 1000 PLN o ten sam 1 dzień, wartość kary umownej wyniesie 2000 PLN. Jest to w naszej opinii sankcja nieadekwatna do szkody jaką może ponieść Zamawiający i może naruszać zasadę miarkowania kary umownej oraz wypaczać cel kary umownej, jakim ma być naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia.

Kara jest zastrzeżeniem umownym, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Suma ta powinna być kształtowana w relacji do szkody.

Przeznaczeniem kary umownej nie jest wprowadzanie wyzysku strony umowy realizującej świadczenie niepieniężne i jej krzywdzenie, tylko zapewnienie systemu kontraktowych zabezpieczeń prawidłowej realizacji umowy. Ten zaś nie może prowadzić do konieczności nieuzasadnionego ponoszenia nieproporcjonalnych obciążeń przez wykonawcę. Każde wykonywanie prawa podmiotowego, podlega kontroli na gruncie art. 5 KC (potwierdza to wyrok SA w Krakowie z 18.12.1990 r. sygn. I ACr 117/90). Art. 5 kc ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego.

Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97, nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie teleologicznego punktu widzenia.

W wyroku o sygn. akt KIO 487/14 Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ kc a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 kc, zgodnie z którą nie

można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Wnosimy o zmianę wymogu zawartego w §9 ust. 2 Wzorów Umowy na adekwatne do rozmiaru potencjalnej szkody, to jest wprowadzenie zapisów uzależniających wysokość kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji naprawy gwarancyjnej od wartości sprzętu będącego przedmiotem reklamacji a nie wartości całej umowy.

Działania i zaniechania Zamawiającego naruszyły przepisy wskazane w treści zarzutów oraz uzasadnienia odwołania. Dlatego wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione i celowe.

COVERTECH Sp. z o.o.
ul. Trakt Lubelski 275 T / 10
04-667 Warszawa
REGON 361194668 NIP 952213606
KRS 0000551198

Maciej Szabirański
CZŁONEK ZARZĄDU
COVERTECH Sp. z o.o.

.....
Odwołujący się

Załączamy:

- Kopia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego COVERTECH Sp. z o.o.
- Kopia dowodu wniesienia wpisu od odwołania
- Dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu