

Gdańsk, dnia 28 listopada 2024 r.

**PREZES  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa

**ODWOŁUJĄCY:**

**Asseco Data Systems Spółka Akcyjna**

ul. Jana z Kolna 11, 80-864 Gdańsk  
nr KRS: 0000421310  
NIP: 517-035-94-58, REGON: 180853177  
e-mail: kontakt@assecods.pl  
tel. +48 58 740 40 00

reprezentowana przez pełnomocnika (dane do kontaktu):

Pana Piotra Strzelca - pracownika Odwołującego  
e-mail: [piotr.strzelec@assecods.pl](mailto:piotr.strzelec@assecods.pl)  
tel. +48 691 926 562

**ZAMAWIAJĄCY:**

**InnoBaltica Sp. z o. o.**

ul. Równa 19/21, 80-067 Gdańsk  
NIP: 9571003404  
e-mail: [zamowienia@innobaltica.pl](mailto:zamowienia@innobaltica.pl)  
tel. +48 58 712 99 00

**dotyczy:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Eksploracja systemu FALA*” – oznaczenie postępowania ZP/11/24.

Działając w imieniu Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2024 r. poz. 1320, ze zm. - dalej: „PZP”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności InnoBaltica Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) z dnia 18 listopada 2024 roku polegającej na wadliwym, tj. niezgodnym z PZP, sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) i stawiam następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP w związku z art. 112 ust. 1) i 2) pkt 2) PZP, poprzez wadliwe ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej - wskazanie w Rozdziale VII SWZ „Informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” pkt ii) - poprzez sporządzenie nieproporcjonalnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
2. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy

obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk. Zarzuty wobec konkretnych postanowień SWZ opisano w uzasadnieniu do niniejszego odwołania,

3. zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie” w realizacji umowy.
4. zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych dla wykonawcy, które są nieprecyzyjne i niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.
5. zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności polegających na:

1. modyfikacji SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
2. jeśli to konieczne, modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu,
3. przedłużeniu terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach,
4. przyznaniu Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 ust. 1 PZP) żądam od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanymi powyżej żądaniami.

#### **Strona internetowa, na której Zamawiający zamieścił dokumentację postępowania**

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/1019507>

#### **Numer ogłoszenia o zamówieniu**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2024 r. pod nr 702609-2024.

### **UZASADNIENIE**

#### **I. Wskazanie interesu i szkody Odwołującego.**

Odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej w postaci niniejszego odwołania zgodnie z treścią art. 504 ust. 1 PZP, który to przepis jako warunek sine qua non dla skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazuje łącznie dwie przesłanki: interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę wynikłą z naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

Za interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 504 ust. 1 PZP rozumie się możliwość uzyskania danego zamówienia. Przy czym podkreślić należy, że zarówno w doktrynie prawniczej, jak i judykaturze interes w uzyskaniu zamówienia traktuje się szeroko. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu analizowanego przepisu jest chociażby potencjalna szansa uzyskania przez odwołującego zamówienia. Zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 PZP, środki ochrony prawnej określone w PZP przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP, przy czym wykonawcą – stosownie do definicji z art. 7 pkt 30) PZP – jest m. in. podmiot, który oferuje dostawy i usługi będące przedmiotem postępowania. Zamówienie wchodzi w zakres ekonomicznego zainteresowania Odwołującego, lecz z uwagi na treść zaskarżonych postanowień SWZ i OPZ, w tym postanowień umowy, Odwołujący nie może zaoferować w ramach przedmiotowego postępowania swoich produktów i usług lub nie może należycie wycenić kosztu wykonywania zamówienia. Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uregulowania postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy PZP został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty przez wykonawców gwarantujących prawidłowe wykonanie zamówienia ze względu na posiadanie odpowiedniego potencjału. Zatem objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia korzyści w postaci zysku, który Odwołujący zamierza osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 504 ust. 1 PZP.

## **II. Zachowanie terminu i wymogów formalnych.**

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP.

Podstawę odwołania stanowi czynność Zamawiającego z dnia 18 listopada 2024 roku – zamieszczenie na stronie SWZ wraz z OPZ. Mając na uwadze, że wartość zamówienia w postępowaniu przekracza progi unijne, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu, który upływa 28 listopada 2024 roku.

Odwołujący uścił wymagany wpis od odwołania, na dowód czego jako załącznik nr 1 do odwołania przedstawiam bankowe potwierdzenie dokonania wpisu.

Czyniąc zadość obowiązkowi przewidzianemu w art. 516 ust. 2 pkt 2 PZP, Odwołujący przedstawia dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu - jako załącznik nr 7 do odwołania.

## **III. Opis przedmiotu zamówienia.**

Przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego jako eksploatacja Systemu FALA.

Przedmiot zamówienia w zakresie szczegółowym określony został w: Załączniku nr 10 do SWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”, który z kolei zawiera 7 załączników oraz Załączniku nr 5 do SWZ pn. „Projektowane postanowienia do umowy”.

## **IV. Stan faktyczny.**

1. Zamawiający ogłosił, że udzieli przedmiotowego zamówienia w oparciu o przepisy PZP w trybie przetargu nieograniczonego.
2. Zamawiający 18 listopada 2024 r. po publikacji ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia (SWZ) na stronie postępowania.

**Dowód:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2024 r. pod nr 702609-2024 – Załącznik nr 5 do odwołania.

**V. Uzasadnienie żądania**

Zamawiający w dniu 18 listopada 2024 r. roku, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zamieścił na stronie postępowania SWZ w którym to opisał przedmiot zamówienia oraz sformułował wszystkie konieczne warunki do ubiegania się o zamówienie oraz warunki jego realizacji. Odwołujący kwestionuje zasadność i zgodność z prawem niektórych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ odnośnie warunków udziału w postępowaniu, wymagań które ma spełniać przedmiot zamówienia lub wykonawca realizując przedmiot zamówienia, w tym w szczególności zakresu zobowiązania lub sposobu jego realizacji.

- 1. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP w związku z art. 112 ust. 1) i 2) pkt 2) PZP, poprzez wadliwe ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej - wskazanie w Rozdziale VII SWZ „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” pkt ii) - poprzez sporządzenie nieproporcjonalnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.**

Warunki udziału w postępowaniu, wymienione w art. 112 ust. PZP mają charakter blankietowy. Ich konkretyzacji dokonuje zamawiający w sposób adekwatny do potrzeb danego postępowania, mając na uwadze wytyczne, określone w art. 112 ust. i 2 PZP. Zgodnie z art. 22 ust. 1a PZP: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tu 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. 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 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 określone 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. Jak wskazano w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.12.2013 sygn. KIO/KD/ 102/13, która w pełni pozostaje w mocy pomimo dokonywanych nowelizacji PZP i uchwalenie nowej ustawy - „Art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tak więc skonkretyzowane w opisie warunki udziału w postępowaniu nie mogą być określone ponad potrzeby

zamawiającego. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być bowiem adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Tym samym zamawiający, jeżeli dokonuje określonego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków musi potrafić dowieść, że postawione przez niego warunki są rzeczywiście niezbędne dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia".

Odwołujący stwierdza, iż niżej wymienione postanowienie SWZ naruszają powyższe zasady i stanowią o nadmiernym zaostrzeniu warunku, który nie ma uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia, prowadzi do ograniczenia konkurencji i jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - w Rozdziale VII SWZ Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia" pkt ii) - w sposób następujący:

„ii) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że jest agentem rozliczeniowym w rozumieniu art. 2 pkt. 1 a) ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t. j. Dz.U. z 2024 r. poz. 30), a dla instytucji unijnych – posiada zezwolenie właściwych organów nadzorczych na prowadzenie takiej działalności zgodnie z art. 96 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t. j. Dz.U. z 2024 r. poz. 30), oraz zawiadomił KNF o rozpoczęciu działalności na terenie Polski a zawiadomienie zawiera dane z Art. 97 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t. j. Dz.U. z 2024 r. poz. 30).”

Odwołujący kwestionuje zasadność wskazania przez Zamawiającego przedmiotowego warunku, jako warunku nadmiernie rygorystycznego.

Należy wskazać, że istotą przedmiotu zamówienia jest świadczenie usług utrzymania systemu FALA, który co do zasady jest rozwiązaniem informatycznym, który został opisany przez Zamawiającego w Załączniku nr 11 do SWZ „Opis przedmiotu Zamówienia”. W rozdziale nr 2 „Informacja o Systemie FALA” w pkt 2.1, Zamawiający opisał główne cechy i przeznaczenie tego systemu.

„System FALA jest narzędziem do planowania podróży oraz płacenia za przejazdy w transporcie publicznym na terenie województwa pomorskiego. W ramach niniejszego postępowania Zamawiający zamierza zakupić usługi w zakresie eksploatacji Systemu FALA w okresie od 14.03.2025 r. do 30.09.2028 r.

System FALA obejmuje swoim zasięgiem trasy transportu kolejowego (pociągi aglomeracyjne i regionalne, tj. pociągi POLREGIO oraz PKP SKM w Trójmieście) oraz trasy komunikacji miejskiej organizowanej przez następujące miasta: Gdańsk, Gdynia, Chojnice, Lębork, Słupsk, Władysławowo, Puck. FALA umożliwia zakup usług transportowych u różnych przewoźników przez jeden system. Pasażer, aby móc korzystać ze wszystkich udogodnień, jakie oferuje FALA, rejestruje konto w Systemie. Umożliwia to zautomatyzowanie dużej części procesów związanych z doбором odpowiedniej opłaty za przejazd (z wykorzystaniem ulg, najkorzystniejszych opcji cenowych itp.). System pozwala rozliczyć pasażera za przejazdy na danej trasie na podstawie identyfikowania go w różnych pojazdach komunikacji miejskiej (na podstawie Check in - Check out).

Do korzystania z infrastruktury Systemu FALA (falomatów i czytników) posiadanie konta FALA nie jest obligatoryjne. Za przejazd zapłacić można kartą bankomatową lub skorzystać z biletu papierowego z kodem QR.

Na System FALA składa się portal pasażera systemfala.pl wraz z planerem podróży, dostępny przez stronę www oraz przez aplikację mobilną dostępną na Android i iOS, a także falomaty i czytniki, czyli urządzenia będące połączeniem kasowników i biletomatów, zamontowanych w pojazdach komunikacji miejskiej oraz na przystankach i stacjach kolejowych.

*Każda osoba zarejestrowana w Systemie FALA zarządza swoim kontem np. przypisuje uprawnienia do ulg, podpina sposób płatności (np. kartę płatniczą, ePortmonetkę, BLIK).*

*W trakcie realizacji Projektu PZUM został zrealizowany standardowy interfejs przeznaczony do integracji tzw. API PZUM oraz opracowane zostały procedury (umożliwiające podłączenie do Systemu urzędzeń innych producentów i innych systemów). Pojazdy komunikacji lokalnej oraz przystanki i stacje kolejowe zostały wyposażone w walidatory (Falomaty) umożliwiające odczyt kart NFC, kart płatniczych i kodów QR, natomiast kontrolerzy w nowoczesne urządzenia do kontroli, obsługujące również karty EMV. Przygotowane zostało Centrum Personalizacji umożliwiające personalizację kart FALA oraz Punkty Obsługi Klienta do obsługi Pasażerów.”*

Z powyższego wynika niezbicie, że rola agenta rozliczeniowego jest potrzebna do realizacji zamówienia, nie ma jednak ona znaczenia kluczowego.

Odwołujący uważa jednocześnie, że ten element zamówienia powinien być realizowany przez podmiot posiadający odpowiednie zezwolenia, przy czym nie musi to być warunek udziału w postępowaniu, a wymóg przy realizacji zamówienia. W takim przypadku część zamówienia za którą odpowiada agent rozliczeniowy mogłaby być realizowana przez danego wykonawcę samodzielnie (jeżeli posiada odpowiednie uprawnienia) lub w modelu podwykonawczym. Zważywszy, że wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa, i jednocześnie odpowiada za działania i zaniechania swoich podwykonawców, Zamawiający miałby odpowiednią gwarancję, że część zamówienia związaną z rolą, którą pełni agent rozliczeniowy, mógłby pełnić tylko i wyłącznie podmiot, który posiada odpowiednie uprawnienia.

Odwołujący zwraca uwagę, że budowa i wdrożenie Systemu FALA było zleczone do wykonania przez Zamawiającego w oparciu o PZP, również w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiot zamówienia obejmował budowę Systemu FALA i roczny okres utrzymania tego systemu. We wskazanym postępowaniu warunek posiadania uprawnień agenta rozliczeniowego **nie został** sformułowany, a zadania agenta rozliczeniowego były (i są) wykonywane przez o podmiot z odpowiednimi uprawnieniami właśnie w modelu podwykonawczym.

#### **Dowód:**

1. Ogłoszenie o zamówieniu na budowę i wdrożenie Systemu FALA - Załącznik nr 6 do odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu, aby usunął warunek udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów – opisanego w Rozdziale VII SWZ „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” pkt ii).

2. **Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk.**

Przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w różnych dokumentach, które składają się na dokumentację postępowania, w szczególności w Załączniku nr 10 „Opis przedmiotu

zamówienia” wraz z kolejnymi załącznikami i Załączniku nr 5 „Projektowane postanowienia do umowy”.

Odwołujący jest zmuszony na początku omawiania przedmiotowego zarzutu do wskazania, że Zamawiający w różnych miejscach dokumentacji postępowania posługuje się różnymi numerami i nazwami dla oznaczenia dokumentów. W SWZ na stronie 19 Zamawiający wylicza załączniki m.in. wskazując że Załącznik 10 stanowi dokument „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”. Jednocześnie Zamawiający opublikował na stronie postępowania załącznik - plik o nazwie „Załącznik nr 10”, który w swojej treści posługuje się oznaczeniem „Załącznik nr 11” i nazwą „Opis przedmiotu zamówienia”. Zważywszy na to, że innego załącznika nr 10 nie opublikowano, oraz że dokumentu o nazwie „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” także nie opublikowano, Odwołujący przyjmuje domniemanie, że pomimo różnicy nazw i numerów, plik „Opis przedmiotu zamówienia” stanowi właściwy dokument precyzujący zakres zobowiązania wykonawcy.

Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący podkreśla, że celem powyższej regulacji art. 99 ust. 1 jest zapobiegnięcie przypadkom, w których wykonawcy byliby wprowadzani w błąd co do przedmiotu zamówienia poprzez niejasne, niejednoznaczne i niepełne wytyczne wskazane przez zamawiającego. Obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w art. 99 ust. 1 ustawy PZP oznacza, iż z opisu przedmiotu zamówienia musi wynikać dokładny zakres zamówienia oraz warunki jego realizacji. Opis przedmiotu zamówienia ma zapewnić, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować co jest jego przedmiotem oraz pozwolić na przygotowanie oferty i obliczenie ceny wykonania świadczenia.

Odwołujący kwestionuje poszczególne postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia:

- 1) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.1 lit. b „Utrzymanie ciągłości działania Systemu FALA”.

Zamawiający we wskazanym postanowieniu wskazał co następuje:

*„Wykonawca zapewni ciągłość działania Systemu FALA wykorzystując:*

*(...)*

*b. Dostawę komponentów rozwiązania podnoszącą niezawodność rozwiązania na warunkach licencyjnych nie gorszych niż wskazane w rozdziale 2.5”*

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego i precyzyjnego opisanie, które „komponenty rozwiązania podnoszące niezawodność” mają zostać przez wykonawcę dostarczone, podania ich nazw, parametrów technicznych wraz z dokumentacją i liczbą, bądź usunięcia postanowienia.

- 2) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.1 lit c „Utrzymanie ciągłości działania Systemu FALA”.

Zamawiający we wskazanym postanowieniu wskazał co następuje:

*„Wykonawca zapewni ciągłość działania Systemu FALA wykorzystując:*

*(...)*

*c. Inne działania wynikające z wiedzy i doświadczenie Wykonawcy”*

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego postanowienia. Nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonywania dodatkowych a bliżej nieokreślonych działań uznać należy za naruszenie powołanych powyżej przepisów. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania

i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem powyższe postanowienie nakłada na wykonawcę obowiązek wykonania dodatkowych prac, bez wynagrodzenia i bez jakiegokolwiek określenia w SWZ ich rozmiaru, zakresu czy terminu wykonania. De facto decydujące znaczenie będzie miało stanowisko Zamawiającego, tj. to jaki zakres prac Zamawiający wskaże w pisemnym wezwaniu. Jednocześnie odmowa wykonawcy może się wiązać z bardzo surowymi sankcjami, tj. karami umownymi a nawet odstąpieniem od umowy.

- 3) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.3, „Obsługa operatorska/administratorska”, ppkt. 3.2.3.14

Zamawiający w przedmiotowym postanowieniu wskazał co następuje:

„Wykonawca zobowiązany jest:

(...)

*3.2.3.14 Instalacji komponentów infrastruktury Systemu.”*

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu precyzyjnego określenia czy wskazane zobowiązanie dotyczy także tzw. infrastruktury wyniesionej Systemu FALA tj. urządzeń w pojazdach, na stacjach kolejowych, punktach POK.

Jeśli Zamawiający wskazałby, że ww. elementy są objęte zobowiązaniem wykonawcy, to wnoszę aby Zamawiający precyzyjnie wskazał:

- a) kto będzie dostawcą elementów i materiałów do instalacji tej infrastruktury? Jeżeli ma to być wykonawca rodzaju, typów, liczby urządzeń przewidzianych do instalacji, bądź
- b) wskazania, że prace instalacyjne będą wykonywane w ramach prawa opcji tj. świadczenia usługi modyfikacji Systemu w wymiarze maksymalnym do 10 000 roboczogodzin (r-g).

- 4) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.7. „Serwisowanie infrastruktury pojazdowej i kolejowej”, ppkt 3b.

Zamawiający w przedmiotowym postanowieniu wskazał co następuje:

„3. W ramach infrastruktury kolejowej Wykonawca zobowiązany będzie do:

(...)

*b. okresowych przeglądów stanu sprawności technicznej instalacji zasilającej i urządzeń elektrycznych wchodzących w jej skład, zgodnie z aktualnymi przepisami oraz w okresach półrocznych, jeżeli przepisy tego nie wymagają,”*

Zważywszy, że większość lokalizacji, w których zainstalowane są urządzenia walidujące jest w zarządzie spółek kolejowych (PKP PLK SA), Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia dostępu do przedmiotowych lokalizacji. W innym przypadku Odwołujący nie będzie mógł wycenić ryzyka związanego z możliwością dostępu do miejsc, które należą do podmiotu trzeciego. Odwołujący nie ma możliwości wpływu na taki podmiot, co wiąże się z nadmiernym ryzykiem wykraczającym poza ryzyko należytej staranności. Zważywszy, że określone zobowiązanie nakłada Zamawiający, winien on zapewnić wykonawcy możliwość wykonania tego obowiązku, a więc zapewnienia dostępu do opisanych miejsc.

- 5) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.7. „Serwisowanie infrastruktury pojazdowej i kolejowej”, ppkt 3e.

Zamawiający w przedmiotowym postanowieniu wskazał co następuje:

„3. W ramach infrastruktury kolejowej Wykonawca zobowiązany będzie do:



(...)

*e. sprawdzania stanu zabezpieczenia przed dostępem osób postronnych do elementów instalacji zasilającej urządzenia walidujące,*

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby jednoznaczne i precyzyjne - zgodnie ze standardem określonym w art. 99 PZP - określił na czym ma polegać czynność „sprawdzania stanu zabezpieczenia przed dostępem osób trzecich”. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający użył czasownika w formie, która wskazuje, że owo sprawdzanie ma mieć charakter ciągły. Powyższe zobowiązanie może oznaczać skrajnie różne zobowiązania nałożone na wykonawcę. Jednocześnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. udostępnienie dokumentacji podwykonawczej przedmiotowej instalacji,
2. potwierdzenia jej zgodności ze stanem faktycznym
3. potwierdzenia, że na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia dostępu do instalacji przez wykonawcę. W innym przypadku Odwołujący nie będzie mógł wycenić ryzyka związanego z możliwością dostępu do miejsc, które należą do podmiotu trzeciego. Odwołujący nie ma możliwości wpływu na taki podmiot, co wiąże się z nadmiernym ryzykiem wykraczającym poza ryzyko należytej staranności. Zważywszy, że określone zobowiązanie nakłada Zamawiający, winien on zapewnić wykonawcy możliwość wykonania tego obowiązku, a więc zapewnienia dostępu do opisanych miejsc.

- 6) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.7. „Serwisowanie infrastruktury pojazdowej i kolejowej”, ppkt 3f.

Zamawiający w przedmiotowym postanowieniu wskazał co następuje:

*„3. W ramach infrastruktury kolejowej Wykonawca zobowiązany będzie do:*

*(...)*

*f. zabezpieczenia urządzeń walidujących oraz elementów instalacji przed dostępem osób trzecich do momentu usunięcia awarii i przywrócenia instalacji do stanu umożliwiającego bezpieczne użytkowanie,*”

Odwołujący wnosi o zmianę przedmiotowego postanowienia. Analizując jego treść, Odwołujący podniósł wątpliwość, czy przy opisywaniu nie nastąpiła omyłka pisarska i zamiast wyrażania „do momentu” winno być wyrażenie „od momentu”. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie w jaki sposób wykonawca miałby zabezpieczać urządzenie przed rozpoczęciem czynności „usuwania awarii”. Możliwe jest również, że Zamawiający oczekuje zabezpieczenia elementów instalacji od momentu przybycia na miejsce usuwania awarii do momenty usunięcia awarii. W takim przypadku, winno nastąpić korekta przedmiotowego postanowienia.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego doprecyzowania przedmiotowego postanowienia w sposób opisany powyżej bądź jego usunięcie.

- 7) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.7. „Serwisowanie infrastruktury pojazdowej i kolejowej”, ppkt 3h.

Zamawiający w przedmiotowym postanowieniu wskazał co następuje:

*„3. W ramach infrastruktury kolejowej Wykonawca zobowiązany będzie do:*

*(...)*

*h. wymiany na nowe aparatów zabezpieczających, kabli i przewodów wchodzących w skład instalacji zasilającej urządzenia walidujące w przypadku, gdy istniejące stracą swoje właściwości użytkowe,*”

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany przedmiotowego postanowienia i uzupełnienia postanowienia o sformułowanie „z przyczyn za które odpowiada Wykonawca”. Sformułowane przez Zamawiającego wymaganie nakłada obowiązek wymiany elementów instalacji również w przypadku, gdy utrata właściwości użytkowych nastąpiła z przyczyn za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (np. dewastacja, uszkodzenie instalacji przez stronę trzecią). Takie ryzyko jest niemożliwe do wyceny przez Odwołującego i właściwego oszacowania wartości zobowiązania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. Jednoznacznego i precyzyjnego opisanie pojęcia „strata właściwości użytkowych”,
2. Wskazania jasnych i precyzyjnych kryteriów utraty takich właściwości,
3. Wskazania maksymalnej liczby aparatów zabezpieczających, które mogą być podlegać wymianie,
4. Wskazania maksymalnej liczby metrów bieżących okablowania oraz podania w jakich rodzajach instalacji ma podlegać wymianie okablowanie,
5. udostępnienie dokumentacji technicznej wszystkich zainstalowanych urządzeń, które mogą podlegać wymianie, oraz o udostępnienie dokumentacji opisującej sposób poprowadzenia okablowania zasilającego.

- 8) Postanowienie Załącznika nr 10 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, punkt 3.2.7. „Serwisowanie infrastruktury pojazdowej i kolejowej”, ppkt 3j.

Zamawiający w przedmiotowym postanowieniu wskazał co następuje:

„3. W ramach infrastruktury kolejowej Wykonawca zobowiązany będzie do:

(...)

*j. niezwłocznego usuwania powstałych na instalacjach zasilających usterek, awarii, uszkodzeń i szkód niezależnie od przyczyn, które je spowodowały,*”

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany przedmiotowego postanowienia i uzupełnienia postanowienia o sformułowanie „z przyczyn za które odpowiada Wykonawca”. Sformułowane przez Zamawiającego wymaganie nakłada obowiązek wymiany elementów instalacji również w przypadku, gdy utrata właściwości użytkowych nastąpiła z przyczyn za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (np. dewastacja, uszkodzenie instalacji przez stronę trzecią). Takie ryzyko jest niemożliwe do wyceny przez Odwołującego i właściwego oszacowania wartości zobowiązania.

Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 3.2.7 ppkt 3j następującej treści:

„*j niezwłocznego usuwania powstałych na instalacjach zasilających usterek, awarii, uszkodzeń z przyczyn za które odpowiada Wykonawca.*”

- 9) Postanowienie Załącznika nr 5 do SWZ, w §7 ust.1 treści:

„1. Przedmiot zamówienia może być wykonywany przez personel Wykonawcy lub podwykonawców, w tym dostawców realizujących zadania przez niego zleczone. Przez pojęcie podwykonawcy rozumie się także wszelkie osoby i podmioty realizujące dla Wykonawcy działania na rzecz Przedmiotu Umowy, w tym również m.in. operatorzy telekomunikacyjni, operatorzy płatności.”

Odwołujący żąda, aby nakazać Zamawiającemu usunięcie sformułowania „w tym również m.in. operatorzy telekomunikacyjni”. Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe postanowienie, biorąc pod uwagę inne postanowienia SWZ, może stanowić domniemanie, że wykonawca ponosi także odpowiedzialność za poprawne działanie Systemu FALA w zakresie działania operatorów

telekomunikacyjnych. Odwołujący wskazuje, że wykonawca nie ma żadnych możliwości wpływu na działanie takich podmiotów, ich zasad świadczenia usług, jakości usług, sposobu i terminów usuwania awarii np. dostępności sygnału GSM i wszelkich innych aspektów prowadzonej przez operatorów telekomunikacyjnych działalności. Nie może zatem odpowiadać za działania i zaniechania takich podmiotów.

Odwołujący wskazuje, że konstrukcja postanowienia zawierająca otwarty katalog podmiotów, co może narazić wykonawcę na ryzyko, że Zamawiający może oczekiwać przyjęcia odpowiedzialności od wykonawcy za działania lub zaniechania niesprecyzowanych podmiotów na moment składania oferty podmiotów.

Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania postanowieniu następującej treści:

*„1. Przedmiot zamówienia może być wykonywany przez personel Wykonawcy lub podwykonawców, w tym dostawców realizujących zadania przez niego zlecone. Przez pojęcie podwykonawcy rozumie się także wszelkie osoby i podmioty realizujące dla Wykonawcy działania na rzecz Przedmiotu Umowy”.*

Jednocześnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego potwierdzenia w SWZ, że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za działania i zaniechania operatorów telekomunikacyjnych.

- 10) Postanowienie Załącznika nr 5 do SWZ, w §20 ust.1 wskazuje przesłanki dające możliwość Zamawiającemu do umownego odstąpienia od umowy. Zamawiający przewiduje cały katalog okoliczności:

*„1. Zamawiający może odstąpić od Umowy w całości lub części w razie:*

- 1) nierozpoczęcia świadczenia usług przez Wykonawcę w terminach, które określa Załącznik nr 1 - Opis Przedmiotu Zamówienia – Tabela 1, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,*
- 2) nierozpoczęcia przez Wykonawcę realizacji prac innych niż określonych w pkt) 1 i niepodjęcie działań w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie dłuższym niż czternaście (14) dni, pomimo pisemnego wezwania Zamawiającego,*
- 3) przerwania przez Wykonawcę realizacji Umowy na okres dłuższy niż dwadzieścia (20) dni,*
- 4) gdy SLA Aplikacyjne świadczonych usług w ramach niniejszej Umowy w miesięcznym okresie raportowym – Raport Wykonawcy – liczony zgodnie z Załącznik nr 7 - SLA do Umowy - spadnie poniżej 97,20% w*
- 5) jeżeli łączny czas trwania Błędów Krytycznych przekroczy 14 400 minut (60 min. x 240 godzin [10 dni]) w stosunku rocznym,*
- 6) jeżeli łączny czas trwania Błędów Ważnych przekroczy 28 800 minut (60 min. x 480 godzin [20 dni]) w stosunku rocznym,*
- 7) jeżeli łączne opóźnienia Wykonawcy, z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność w usuwaniu Błędów Krytycznych przekroczy 7 200 minut (60 min. x 120 godziny) w stosunku miesięcznym,*
- 8) jeżeli łączny czas trwania Błędów BS1-P, BS1-K, BS1-O , przekroczy 14 400 minut (60 min. x 240 godzin [10 dni]) w stosunku miesięcznym,*
- 9) jeżeli łączny czas trwania Błędów BS2-P, BS2-K, BS2-O przekroczy 28 800 minut (60 min. x 480 godzin [20 dni]) w stosunku miesięcznym,*
- 10) gdy zaległość w przekazywaniu przelewów na konta Interesariuszy Systemu przekroczy 30% obrotu z poprzedniego miesiąca.*
- 11) gdy suma nałożonych kar umownych przekroczy 25% wartości, o której mowa w § 4.1 Umowy*
- 12) utraty uprawnień przez Wykonawcę niezbędnych do realizacji Umowy.”*

Odwołujący wnosi, że tylko w niektórych przypadkach Zamawiający precyzuje, że okoliczności będące podstawą do podjęcia czynności odstąpienia od umowy, są okolicznościami za które odpowiada wykonawca. Wskazuje to jednoznacznie na obarczenie wykonawcy ryzykiem odstąpienia od umowy, także przy zaistnieniu okoliczności niezależnych od wykonawcy, co stanowi dla Odwołującego ryzyko, którego nie jest w stanie właściwie wycenić, a więc oszacować kosztu realizacji zamówienia.

Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści postanowienia §20 ust.1 w ten sposób, że w przypadkach opisanych w §20 ust. 1 pkt 2-10, dodać sformułowanie „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

- 11) Zamawiający w Załączniku nr 7 pn. „SLA” będącym jednocześnie załącznikiem do Załącznika nr 10 „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał w pkt 1.3. definicję pojęcia „obejście”:  
*„1.3. Wykonawca może zastosować „obejście”, przy czym zastosowanie „obejścia” przywracające pełną funkcjonalność systemu musi być wykonane w „czasie naprawy” zdefiniowanym dla odpowiedniej klasy błędu, którego dotyczy. „Obejście” jest to tymczasowe usunięcie błędu powodujące przywrócenie funkcjonalności systemu, w tym dokonane przez zainstalowanie sprzętu zastępczego.”*

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania pojęciu „obejście” następującej treści:  
*„Tymczasowe rozwiązanie Błędu powodujące przywrócenie funkcjonalności Systemu, w tym dokonane przez zainstalowanie sprzętu zastępczego.”*

Zaproponowana przez Zamawiającego w ww. punkcie definicja „obejścia” jako rozwiązania powodującego przywrócenie funkcjonalności systemu jest równoznaczna z rozwiązaniem błędu. W takim przypadku obejście w praktyce nie może być zastosowane, a zaproponowane rozwiązanie przez Zamawiającego ma charakter fasadowy.

- 12) Zamawiający w Załączniku nr 7 pn. „SLA” będącym jednocześnie załącznikiem do Załącznika nr 10 „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał w pkt 1.15. co następuje:  
*„1.15 Niezaliczany jest czas niedostępności lub ograniczonej dostępności do „Czas niedostępności lub ograniczonej dostępności” w przypadkach gdy wystąpi on w wyniku działań lub zaniechań stron trzecich takich jak dostawcy energii elektrycznej, operatorzy telekomunikacyjni, operator systemu GPS, organizacje VISA i MasterCard a Wykonawca wykonał wszystkie działania zapobiegawcze i zastosował rozwiązania techniczne przewidziane w Dokumentacji a mechanizmy zabezpieczające przyjęte przez Wykonawcę były wystarczające w stosunku do parametrów SLA, umów lub parametrów świadczenia usługi poszczególnych dostawców usług świadczonych przez takie strony trzecie. W celu potwierdzenia spełnienia powyższych warunków, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu umowy z dostawcami tych usług lub standardowe warunki świadczenia tych usług o ile nie ma możliwości zawarcia umowy.”*

Odwołujący wnosi o zmianę tego postanowienia, bowiem w żadnym przypadku nie może on ponosić odpowiedzialności za działania stron trzecich, na których działania lub zaniechania nie ma wpływu. Zaproponowane rozwiązanie przez Zamawiającego w istocie nakłada na wykonawcę obowiązki, którymi wykonawca nie może być obciążony np. zawarcia bliżej niesprecyzowanych umów lub obowiązku wykazania, że umów zawrzeć nie można. Zobowiązanie które narzuca Zamawiający powoduje, że wykonawca nie ma możliwości oszacowania ryzyka, które może stanowić przesłankę do naliczenia kar umownych lub nawet odstąpienia od umowy. Treść tego postanowienia ma kluczowe znaczenie dla Odwołującego, bowiem precyzyjne określenie jego zobowiązania ma w tym zakresie charakter krytyczny. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 1.15 następującej treści:

*„1.15 Niezaliczany jest czas niedostępności lub ograniczonej dostępności do „Czas niedostępności lub ograniczonej dostępności” w przypadkach gdy wystąpi on w wyniku działań lub zaniechań stron trzecich”.*

- 13) Zamawiający w Załączniku nr 7 pn. „SLA” będącym jednocześnie załącznikiem do Załącznika nr 10 „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał w pkt 1.24. co następuje:

*„1.24 W uzasadnionych przypadkach Zamawiający na uzasadniony wniosek Wykonawcy, umożliwi zdalny lub bezpośredni dostęp do urządzeń/sprzętu/elementów Warstwy Sprzętowej w celu przeprowadzenia zdalnej naprawy lub analizy przyczyn powstania błędu, awarii, zakłócenia, usterki lub problemu.”*

Odwołujący wskazuje, że wykonawca winien mieć zapewniony zdalny dostęp do urządzeń/sprzętu/elementów Warstwy Sprzętowej z mocy postanowień SWZ, a nie na wniosek, którego rozpatrzenie ma mieć charakter uznaniowy. Zamawiający oczekuje zapewnienia odpowiedniej ciągłości działania Systemu FALA, nakładając na wykonawcę określone czasy, terminy, wskaźniki SLA, winien zatem zapewnić wykonawcy możliwość jak najszybszego dostępu do urządzeń, tak aby umożliwić mu usunięcie awarii. Tymczasem treść postanowienia taki dostęp wykonawcy utrudnia, i może uniemożliwić dostęp zdalny.

Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 1.24 następującej treści:

*„1.24 Zamawiający umożliwia Wykonawcy zdalny lub bezpośredni dostęp do urządzeń/sprzętu/elementów Warstwy Sprzętowej w celu przeprowadzenia zdalnej naprawy lub analizy przyczyn powstania błędu, awarii, zakłócenia, usterki lub problemu.”*

- 14) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.3. „Zapewnienie transmisji danych w zakresie dostępu do Internetu z wykorzystaniem APN dla każdej aktywnej karty SIM w technologiach 4G LTE.” wskazał w pkt 7.4 co następuje:

*„7.4 Zasięg świadczonych usług transmisji w prywatnych sieciach APN musi wynosić 100% pokrycia obszaru transportu zbiorowego obsługiwanego przez podmioty: ZKM Lębork, ZUKT Tczew, MZK Chojnice, Gmina Władysławowo, Gmina Puck, ZIM Słupsk, ZKM Gdynia, ZTM Gdańsk oraz 100% pokrycia granic działek, na których znajdują się stacje kolejowe znajdujące się na liście lokalizacji validatorów A1 oraz A2).”*

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego postanowienia jako niemożliwego do spełnienia i sprzecznego z innymi zapisami dokumentów przetargowych. Odwołujący zwraca uwagę, iż żaden z operatorów sieci GSM w Polsce nie zapewnia 100% pokrycia sieci GSM (w tym w technologii 4G/LTE). U każdego operatora sieci GSM, w szczególności poza terenami zurbanizowanymi występują obszary z ograniczoną dostępnością usług. Usługi świadczone przez operatorów GSM mają charakter powszechny. Parametry jakościowe i zasięg usług są określone w regulaminach świadczenia usług komunikacji elektronicznej przez operatorów GSM. Operatorzy z racji na charakter usługi nie oferują parametrów wyższych niż opisano to w tych regulaminach.

Odwołujący zwraca uwagę, że przedmiotowe wymaganie stoi w sprzeczności z pkt. 1.15 Załącznika nr 7 do OPZ – SLA, których operatorów komunikacyjnych i sygnałów GPS uznano jako strony trzecie. Wykonawca nie może odpowiadać za działania stron trzecich jak za własne.

- 15) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.3. „Zapewnienie transmisji danych w zakresie dostępu do Internetu z wykorzystaniem APN dla każdej aktywnej karty SIM w technologiach 4G LTE.” wskazał w pkt 7.8 co następuje:

*„7.8 Zamawiający wymaga zapewnienia miesięcznego limitu danych na poziomie 400 GB (łącznie dla wszystkich aktywnych kart) z możliwością dobrania dodatkowych pakietów po 25 GB dodawanych do łącznego limitu (nie na pojedynczą kartę) Zamawiającego w każdym momencie trwania umowy (Wykonawca zapewni dostęp maksymalnie do 100 pakietów rocznie).”*

W związku z wymogiem Zamawiającego zapewnienia usług od dwóch operatorów sieci GSM nie ma możliwości zapewnienia łącznego limitu dla wszystkich kart SIM. Limity muszą zostać

ustalone niezależnie dla kart SIM każdego z operatorów. Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 7.8 następującej treści:  
*„7.8 Zamawiający wymaga zapewnienia miesięcznego limitu danych na poziomie 400 GB (dla kart SIM od każdego z dwóch operatorów GSM) z możliwością dobrania dodatkowych pakietów po 25 GB dodawanych do łącznego limitu (nie na pojedynczą kartę) Zamawiającego w każdym momencie trwania umowy (Wykonawca zapewni dostęp maksymalnie do 100 pakietów rocznie dla każdego Operatora GSM).”*

- 16) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.4. „Obsługa kart SIM” wskazał w pkt 7.1 co następuje:

*„7.1. Wykonawca udostępni Zamawiającemu możliwość bezpłatnego sprawdzania aktualnego stanu limitów w aktualnym okresie rozliczeniowym oraz aktywowanie kart sim przez 24 godziny na dobę przez wszystkie dni w roku – poprzez dedykowaną aplikację webową. Aplikacja zapewni także monitorowanie pozwalające na kontrolę ilości przesyłanych danych oraz statusu (zalogowany/niezalogowany). Aplikacja zapewni także funkcjonalność umożliwiającą aktywowanie dodatkowych pakietów danych.”*

Odwołujący wnosi o zmianę treści tego postanowienia. Wykonawca nie jest dostawcą aplikacji webowych do zarządzania kartami SIM. Dostawcami takich aplikacji webowych są poszczególni operatorzy GSM. Funkcjonalność aplikacji jest różna dla poszczególnych operatorów GSM.

Wykonawca nie ma żadnego wpływu na działania operatorów komunikacyjnych, jako strony trzeciej i nie może odpowiadać za ich działania jak za własne, a taką zgodnie z treścią pkt. 1.15 Załącznika nr 7 do OPZ – SLA zostali uznani przez Zamawiającego operatorzy telekomunikacyjni.

Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 7.1 następującej treści:

*„7.1. Wykonawca w ramach zawieranej umowy z operatorem sieci GSM na usługi komórkowej transmisji danych, wskaże Zamawiającego, jako użytkownika aplikacji webowej danego operatora GSM, o ile będzie istniała taka możliwość u danego operatora GSM.”*

- 17) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.4. „Obsługa kart SIM” wskazał w pkt 7.2 co następuje:

*„7.2 W ramach miesięcznych rozliczeń Wykonawca udostępni raport dla wszystkich kart z informacją o wielkości przesłanych danych. W ramach raportu Wykonawca przedstawi zestawienie łącznego czasu przerw w świadczeniu usług. Wymienione raporty mogą być udostępnione w ramach Aplikacja, o której mowa w punkcie 17.”*

Odwołujący wnosi o zmianę tego postanowienia. Z racji na charakter mobilny i nieciągły charakter użytkowania urządzeń do transmisji danych (pojazdy, kontrolerki) nie jest możliwe uzyskanie wiarygodnych informacji dotyczących czasu przerw w świadczeniu usług. Przerwy związane z przełączeniem między nadajnikami GSM, wyłączaniem pojazdów powodują przerwy w świadczeniu usług, które są wynikiem działań podejmowanych przez Zamawiającego. Operatorzy GSM nie udostępniają takich raportów. Ponadto Odwołujący zwraca uwagę, że w powyższym wymaganiu użyto odnośnika do nieistniejącego w Załączniku nr 3 do OPZ punktu „17”.

Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania postanowieniu w pkt 7.2 następującej treści:

*„7.2 W ramach miesięcznych rozliczeń Wykonawca udostępni raport dla wszystkich kart z informacją o wielkości przesłanych danych. Raport może być dostarczany w ramach Aplikacji webowej udostępnianej przez operatorów sieci GSM”.*

- 18) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.4. „Obsługa kart SIM” wskazał w pkt 7.3, 7.4 i 7.5 co następuje:

*„7.3. Na każde żądanie Zamawiającego Wykonawca niezwłocznie dokona blokady karty SIM – w przypadkach:*

7.3.1.1. utraty karty (zagubienie, kradzież),

7.3.1.2. nadużycia lub nieautoryzowanego użytkownika wynikającego z wewnętrznych przepisów Zamawiającego,

7.3.1.3. z innych powodów wynikających z wewnętrznych procedur Zamawiającego.”

7.4 Odblokowanie zablokowanej karty SIM nastąpi nie później niż w terminie 4 godzin od zgłoszenia, a wydanie nowej karty (w przypadku utraty) – nie później niż do końca pierwszego dnia roboczego następującego po dniu zgłoszenia przedstawicielowi Zamawiającego (z depozytu przekazanego przez Wykonawcę)

7.5 Wykonawca zapewni możliwość czasowego blokowania (zawieszenia) kart SIM na każde żądanie Zamawiającego nie później niż w terminie 24 godzin od zgłoszenia – w taki sposób, że karty pozostają zablokowane i nie są za nie pobierane żadne opłaty. Czas blokady (zawieszenia) nie może przekroczyć 6 miesięcy, po tym czasie musi nastąpić wznowienie świadczenia usług. Blokadą czasową może być objętych jednocześnie do 10 % wszystkich kart SIM.”

Wykonawca nie jest operatorem sieci GSM i nie ma możliwości blokowania kart SIM. W celu zapewnienia jak najkrótszego czasu realizacji usługi blokowania wnosimy, aby Zamawiający dokonywał zgłoszeń blokad kart sim bezpośrednio u operatorów sieci GSM. Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia przedmiotowych postanowień lub nadania postanowieniu w pkt 7.3 następującej treści:

„7.3. Wykonawca po podpisaniu Umowy udzieli Zamawiającemu pełnomocnictwa na podstawie którego Zamawiający będzie mógł dokonać zgłoszenia blokady karty SIM u operatorów z wykorzystaniem aplikacji webowych lub za pośrednictwem biur obsługi klientów operatorów GSM”.

- 19) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.5. „Pozostałe Wymagania” wskazał w pkt 9.2 co następuje:  
„9.2. Wszelkie dostarczone usługi powinny spełniać wymogi bezpieczeństwa i poufności transmisji danych za co odpowiada Wykonawca.”  
Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia przedmiotowego postanowienia. Zamawiający przesuwa na wykonawcę odpowiedzialność za działania i zaniechania podmiotu trzeciego, na którego wykonawca nie ma i nie może mieć wpływu. Taka konstrukcja zasad odpowiedzialności wykonawcy powoduje, że nie ma on możliwości oszacowania ryzyka świadczenia usługi, co skutkuje brakiem możliwości oszacowania przedmiotu zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty.
- 20) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.5. „Pozostałe Wymagania” wskazał w pkt 9.3 co następuje:  
„9.3. W przypadku niedotrzymania warunków technicznych łączy Zamawiający ma prawo do wcześniejszego wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy”.  
Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia przedmiotowego postanowienia. Zamawiający przesuwa na wykonawcę odpowiedzialność za działania i zaniechania podmiotu trzeciego, na którego wykonawca nie ma i nie może mieć wpływu. Wykonawca nie może odpowiadać, za działania i decyzje operatorów telekomunikacyjnych – w szczególności, że usługa, którą dostarcza jest usługą powszechną, regulowaną przez przepisy szczególne. Odwołujący wskazuje dla przykładu, że danemu operatorowi może na danym terenie wygasnąć pozwolenie radiowe co będzie wymagało przeorganizowania przez Operatora na danym terenie łączności GSM (zasięgu). W takim przypadku wystąpi sytuacja, na którą wykonawca nie ma wpływu. Taka konstrukcja zasad odpowiedzialności wykonawcy powoduje, że nie ma on możliwości oszacowania ryzyka świadczenia usługi, co skutkuje brakiem możliwości oszacowania przedmiotu zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty.
- 21) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 2.1.2.5. „Pozostałe Wymagania” wskazał w pkt 9.5 co następuje:  
„9.5 Wykonawca zapewni prędkość pobierania na poziomie co najmniej 20 MB/s oraz prędkość wysyłania na poziomie co najmniej 5 MB/s oraz opóźnienie maksymalne do 45 ms. Podane

*wartości muszą zostać zapewnione przez 24 godziny na dobę w każdym dniu roku dla każdej karty sim.*”

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego postanowienia jako niemożliwego do spełnienia i wskazuje, iż z uwagi na zastosowane technologie radiowe GSM, przemieszczanie się urządzeń odbiorczych, ograniczoną pojemność sieci radiowej (pasmo radiowe jest dzielone pomiędzy wszystkie urządzenia zalogowane do danej stacji bazowej), nie ma możliwości zapewnienia powyższych parametrów.

- 22) Zamawiający w Załączniku nr 3 do OPZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia w ramach [Usługi GSM],” w rozdziale 4 „Raporty” wskazała w pkt 2 co następuje:

*„2. Wykonawca przedstawi w raporcie dane o prędkościach oraz opóźnieniach opisanych w rozdziale 3 Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia punkcie 3 dla okresu rozliczeniowego dla każdej karty SIM”.*

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego postanowienia jako niemożliwego do spełnienia i wskazuje, iż nie jest operatorem sieci GSM. Operatorzy sieci GSM nie udostępniają takich danych.

### **3. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie” w realizacji umowy.**

Zamawiający w § 5 Załącznika nr 5 do SWZ, przewidział cały katalog kar umownych, w tym karę umowną, która przewidują odpowiedzialność wykonawcy za niedotrzymanie poziomu SLA, nie precyzując, że przekroczenie wskaźnika winno nastąpić z winy wykonawcy lub co najmniej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W §15 ust. 2 pkt 5, Zamawiający przewidział znaczącą karę umowną:

*„5) dla każdego przypadku wykazanego w raporcie miesięcznym niedotrzymania oferowanego poziomu SLA aplikacyjnego wskazanego w ofercie Wykonawcy w wysokości 100.000 zł za każde rozpoczęte 0,1% wskaźnika SLA poniżej oferowanego w ofercie poziomu SLA”;*

Niedotrzymanie oferowanego poziomu SLA, należy rozumieć jako przekroczenie terminu umownego, a więc opóźnienie przy realizacji usług opisanych umową.

Odwołujący pragnie wskazać, że przewidziane przez Zamawiającego kary umowne za opóźnienie w realizacji umowy potęguje niepewność wykonawcy i uniemożliwia rzetelnej kalkulacji oferty. Wprowadzenie do wzoru umowy w zakresie kar umownych pojęcia opóźnienia oznacza, że wykonawca będzie odpowiedzialny za niedochowanie terminów realizacji zamówienia, niezależnie od tego jakie będą tego przyczyny. Również w sytuacji, gdy opóźnienie wynikać będzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a nawet z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Tymczasem wykonawca nie ma zwykle żadnego wpływu na okoliczności zewnętrzne oraz na czynności Zamawiającego. Nie sposób zatem przyjąć, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za zdarzenia pozostające poza jego kontrolą. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować umowę przy zachowaniu należytej staranności i powinien odpowiadać wobec Zamawiającego w przypadku niedochowania tej staranności. Wykonawca nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za dochowanie terminu realizacji niezależnie od jakichkolwiek okoliczności.

W art. 433 pkt 1 zakazuje się, aby postanowienia umowy przewidywały odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zamawiający, tworząc umowę powinien przewidzieć, że wykonawca nie odpowiada za okoliczności, na których powstanie nie ma wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna.

W tym miejscu należy wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2013 r. (II CSK 331/12, Legalis), gdzie stwierdzono, że *„obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi*



*odpowiedzialność. Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, stanowiąc ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania, zatem nie powinna być oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności".*

W wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2016 r. (IV CSK 674/15, Legalis) podkreślono, że: *"Nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, z odwołaniem się do swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, że powinien on przed zawarciem umowy ocenić zakres ryzyka gospodarczego, a następnie ponosić wszelkie konsekwencje niewykonania świadczenia w oznaczonym terminie, mimo obiektywnych, niezależnych od niego przeszkód o charakterze następczym. Za niedopuszczalne w szczególności należy uznać przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Na ogół zatem również okoliczności, jakie wystąpiły po zawarciu umowy, nie były znane i nie są objęte ryzykiem wykonawcy".*

Z powyższych powodów, Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie postanowień § 11 wzoru umowy poprzez jednoznaczne dodanie do postanowienia sformułowania, że owo niedotrzymanie poziomu SLA może być karane umową wyłącznie, gdy będzie to zawinione przez wykonawcę lub co najmniej nastąpi z przyczyn leżących po jego stronie, a więc nadanie postanowieniu w §11 ust. 2 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ treści:

*„dla każdego przypadku wykazanego w raporcie miesięcznym niedotrzymania oferowanego poziomu SLA aplikacyjnego wskazanego w ofercie Wykonawcy w wysokości 100.000 zł za każde rozpoczęte 0,1% wskaźnika SLA poniżej oferowanego w ofercie poziomu SLA, jeżeli przekroczenie nastąpiło z winy Wykonawcy”* albo

*„dla każdego przypadku wykazanego w raporcie miesięcznym niedotrzymania oferowanego poziomu SLA aplikacyjnego wskazanego w ofercie Wykonawcy w wysokości 100.000 zł za każde rozpoczęte 0,1% wskaźnika SLA poniżej oferowanego w ofercie poziomu SLA, jeżeli przekroczenie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.*

Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że wysokość kary umownej przewidziana przez Zamawiającego jest bardzo wysoka, ma charakter niewspółmierny do potencjalnej szkody Zamawiającego. Dlatego tak ważne jest dla Odwołującego, aby przedmiotowe postanowienie zostało zmienione w sposób przez niego postulowany.

Podobnie w przypadku postanowienia określonego w §11 ust. 2 pkt 14 Załącznika nr 5 do SWZ o treści:

*„14) tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Prawa zamówień publicznych – 5.000 zł za każdy przypadek”.*

Zamawiający przewiduje odpowiedzialność wykonawcy bez względu na to czy brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub nieterminowa zapłata nastąpiła z winy wykonawcy lub przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający nie przewidział choćby obowiązku ciążącego na płatniku wynikającym z art. 96b ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług. W przypadku bowiem, gdy rachunek bankowy podwykonawcy, na który ma być dokonana płatność nie występuje w wykazie, o którym mowa w art. 96 b ww. ustawy wykonawca nie powinien przelewać wynagrodzenia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie postanowień § 11 wzoru umowy poprzez jednoznaczne dodanie do postanowienia sformułowania, że owo niedotrzymanie poziomu SLA może być karane umową wyłącznie, gdy będzie to zawinione przez wykonawcę lub co najmniej nastąpi z przyczyn leżących po jego stronie, a więc nadanie postanowieniu w §11 ust. 14 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ treści:

*„14) tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Prawa zamówień publicznych – 5.000 zł za każdy przypadek, jeżeli brak zapłaty lub nieterminowa zapłata nastąpiła z winy Wykonawcy” albo*

*„14) tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Prawa zamówień publicznych – 5.000 zł za każdy przypadek, jeżeli brak zapłaty lub nieterminowa zapłata nastąpiła z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.*

**4. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych za naruszenie przez wykonawcę umowy które są nieprecyzyjne i niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.**

Zamawiający w § 5 Załącznika nr 5 do SWZ, w § 15 przewidział cały katalog kar umownych. Poniżej Odwołujący wskazuje na poszczególne postanowienia, które nie mogą się ostać. Nie sposób bowiem przyjąć, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za zdarzenia pozostające poza jego kontrolą. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować umowę przy zachowaniu należytej staranności i powinien odpowiadać wobec Zamawiającego w przypadku niedochowania tej staranności. Wykonawca nie może przyjąć na siebie tak nieprecyzyjnie wskazanego zakresu odpowiedzialności. Takie działanie Zamawiającego stanowi zatem naruszenie postanowienia art. 433 ust. 2 PZP, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. I tak:

1. wyrok SA w Krakowie z 8 września 2022 r.(sygn.. akt. I AGa 85/21): "Kara umowna powinna być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia",
2. wyrok. KIO z 23 listopada 2021 r., KIO 3277/21: "Zamawiający nie może zastrzec w umowie kary umownej za zachowania poboczne wykonawcy, tj. takie, które są niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem".

Zaproponowane przez Zamawiającego konstrukcje do poszczególnych rodzajów kar umownych – nakładają na wykonawcę ryzyko, którego nie jest w stanie nazwać, sprecyzować, określić. Nie jest zatem w stanie oszacować tego ryzyka i prawidłowo, zgodnie z regułami sztuki oszacować kosztu realizacji zamówienia:

- 1) W §15 ust. 2 pkt 9, Zamawiający przewidział znaczącą karę umowną:  
*„9) z tytułu naruszenia przez Wykonawcę któregokolwiek ze zobowiązań określonych w Ofercie i dokumentach złożonych przez Wykonawcę w wysokości 50.000 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych) za każdy taki przypadek.”*

Przedmiotowa kara umowna jest klasycznym przykładem nadużycia prawa Zamawiającego do określania zakresu i zasad odpowiedzialności stron w ramach projektowanego zamówienia publicznego. Wskazuje on bowiem karę umowną, która nie może zostać zdefiniowana na etapie składania oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia §15 ust. 2 pkt 9 Załącznika nr 5 do SWZ.

- 2) W §15 ust. 2 pkt 3 lit f, Zamawiający przewidział znaczącą karę umowną:  
*„f) dla przypadku opisanego w Załączniku nr 7 Rozdział 2 SLA Sprzętowe: 1) opóźnienie w Czasie Reakcji w przypadku Błędu BS3, 2) opóźnienie w usunięciu Błędu BS3 (przekroczenie*

*dopuszczalnego czasu na usunięcie – Czas Naprawy; oraz przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie w przypadku zastosowania Obejścia - Czas Naprawy w przypadku zastosowania Obejścia) w wysokości 500 zł każdy a następnie, w wysokości 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, z tym, że karę godzinową za opóźnienie Czasu Reakcji liczy się do momentu rozpoczęcia Czasu Naprawy;”*

W przedmiotowym przypadku Zamawiający posługuje się pojęciem „Błędu BS3”, którego to błędu nie zdefiniował w SWZ, w szczególności w Załączniku nr 10 do SWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” lub w Załączniku nr 7 do OPZ „SLA”

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia §15 ust. 2 pkt 9 Załącznika nr 5 do SWZ.

- 5. Zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzroście wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.**

Zamawiający w § 25 Załącznika nr 5 do SWZ, określającego projektowane postanowienia umowy (wzór umowy), jako jedną z przesłanek uprawniających strony do zmiany (aneksowania) umowy, która byłaby zawarta w wyniku postępowania, zawarł zasady dotyczące wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych – inflację:

- „1. W związku z realizacją postanowień art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, waloryzacja wynagrodzenia umownego następować będzie na wniosek którejkolwiek ze Stron, na poniższych zasadach.*
- 2. Opłaty dla Wykonawcy, o których mowa w Załącznik nr 3 - Zasady obliczania miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy oraz wynagrodzenia w ramach Prawa Opcji z wyłączeniem opłat ujętych Załącznik nr 5 do SWZ w pozycjach 1a) kolumna 3 i 1b) kolumna 3 Załącznika nr 3a do powyższego załącznika, będą zwaloryzowane jednorazowo od dnia 1 stycznia 2027 r., pod warunkiem, że spełnione zostaną wymogi określone w poniższych punktach.*
- 3. Opłaty dla Wykonawcy, o których mowa ust 2 ulegną waloryzacji tylko na przyszłość, jeżeli Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu kwartalnym, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, za okres od dnia 1 lipca 2025 r. do dnia 31 grudnia 2026 r., zmieni się o co najmniej 18% (18 punktów procentowych), w stosunku do wysokości tego wskaźnika w dniu zawarcia Umowy.*
- 4. Zmiana wysokości opłat dla Wykonawcy, o których mowa w ust. 2 nastąpi od dnia 1 stycznia 2027 r., pod warunkiem przedstawienia przez Wykonawcę obiektywnych dowodów, w jaki sposób cena materiałów lub koszty związane z realizacją Umowy, wpływają na warunki realizacji Umowy, w szczególności na cenę wykonania Przedmiotu Umowy, które zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego.*
- 5. Wartość zmiany opłat dla Wykonawcy, o których mowa w ust 2, jeżeli zostanie uzgodniona będzie równa ½ wzrostu Wskaźnika, wskazanego w ust 3. powyżej.*

6. *Maksymalna wartość zmiany kwoty, o której mowa w § 4.1 Umowy w całym okresie trwania Umowy, włączając w to zmianę wynagrodzenia określoną w § 19.3.2) do pkt 4) może wynieść maksymalnie 7% (7 punktów procentowych)."*

W praktyce tak określona podstawa do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku dużego wzrostu inflacji umożliwi waloryzację umownego wynagrodzenia tylko raz w ciągu umowy nie więcej niż 7% i to po przekroczeniu co najmniej 18% (18 punktów procentowych), w stosunku do wysokości tego wskaźnika w dniu zawarcia umowy.

Jak wynika z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 marca 2022 r. (sygn. KIO 440/22) oraz z 05 stycznia 2022 r. (sygn.. KIO 3600/21) celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia w przypadku wzrostu inflacji przez 4 letni okres umowy możliwa jest jedynie do 7% całkowitego wynagrodzenia brutto narusza zasady współzycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego. Takie założenie w SWZ jest naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego – czemu wyraz dała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2022 r. (połączone sprawy: sygn.. KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22).

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 25 ust. 5 Załącznika nr 13 do SWZ na następujące brzmienie:

- „1. *W związku z realizacją postanowień art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, waloryzacja wynagrodzenia umownego następować będzie na wniosek którejkolwiek ze Stron, na poniższych zasadach.*
2. *Każdego roku obowiązywania Umowy, począwszy od 1 stycznia 2026 roku, Wykonawca uprawniony będzie do dokonania waloryzacji swojego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług objętych Umową. Waloryzacja zostanie dokonana w oparciu o wskaźnik „Przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw” za rok poprzedzający waloryzację, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (PMW) i „Średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w poprzednim roku” ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (SWC), w sposób następujący:*

$$\text{Wartość waloryzacji} = 0,5 * \text{PMW} + 0,5 * \text{SWC}$$

3. *Wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia wskazanego w Umowie w kolejnych latach jej obowiązywania, bez konieczności zmiany (aneksowania) Umowy. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, dokonana na zasadach określonych w niniejszym ustępie, nie może przekroczyć 20% wartości umowy brutto, określonej w § 4 ust. 1 Umowy."*

Zarzut Odwołującego i jego oczekiwanie co do rozstrzygnięcia, sprowadza się do tego aby klauzula waloryzacyjna nie miała charakteru iluzorycznego, tylko formalnie spełniającego wymagania PZP, aby była rzeczywistym narzędziem pozwalającym na dostosowanie wynagrodzenia wykonawcy do panujących realiów gospodarczych, pozwalającym w sposób rzetelny i uczciwy do prowadzenia przez niego działalności gospodarczej, przy zachowaniu zasad współzycia społecznego. Co potwierdza orzecznictwo KIO, w tym wyrok z 14 czerwca 2022 r. (sygn.. KIO 1192/22): "*Celem zastosowania art. 439 PrZamPubl jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia*

*wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy".*

Propozycja Zamawiającego tego celu wprowadzonej regulacji nie wypełnia.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

W imieniu Odwołującego:

---

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 2) Aktualny odpis z KRS Odwołującego;
- 3) Pełnomocnictwo;
- 4) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 5) Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
- 6) Ogłoszenie o zamówieniu na budowę i wdrożenie Systemu FALA;
- 7) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;