

Grudziądz, dnia 27 grudnia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

City Parking Group S.A.

ul. Budowlanych 3

86-300 Grudziądz

NIP: 8762195667

KRS: 0000413089

tel.: [+48 \(56\) 643 00 22](tel:+48566430022)

e-mail: biuro@citypg.pl

reprezentowana przez:

radcę prawnego Konrada Cichonia

ul. Jemiółowa 1/8

20-827 Lublin

tel. 503 573 520

e-mail: biuro@kancelariacichon.eu

Zamawiający:

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach

ul. Józefy Kantorówny 2a

40-381 Katowice

tel.: +48 (32) 256 99 01

e-mail: przetargi@mzum.katowice.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Dostawa 350 parkomatów wraz z systemem zarządzającym oraz niezbędną bazą danych”*

Numer ogłoszenia w DZ.U.UE: 2021/S 245-643940

Numer referencyjny: 36/XII/2021/WP

Wpis: 15 000,00 zł

ODWOŁANIE

wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 18 maja 2021 r. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) (dalej jako: *Pzp*), w imieniu City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu (dalej jako: *Odwolujący*) **wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy ustaleniu treści dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu**, w postępowaniu prowadzonym pod nazwą „*Dostawa 350 parkomatów wraz z systemem zarządzającym oraz niezbędną bazą danych*”.

Czynnościom Zamawiającego zarzucam:

I. naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-2 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, tj.:

- a) wskazujący w sposób nieprecyzyjny obowiązki wykonawcy w zakresie terminu dostawy, montażu i uruchomienia parkomatów w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: *SWZ*) i Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: *OPZ*),
- b) określający obowiązki wykonawców w zakresie zasad szkolenia pracowników Zamawiającego, w sposób wzajemnie sprzeczny w *OPZ* i Projekcie umowy (Załącznik nr 3 do *SWZ*),

co w konsekwencji stanowi o braku przejrzystości postępowania w zakresie bezpośrednio wpływającym na kształt oferty wykonawcy, jak również godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;

II. naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1- 3 i w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzić do nierównego traktowania wykonawców, jak również nieproporcjonalny i stwarzający ryzyko nieadekwatnego zwiększenia kosztów inwestycji tj.:

- a) określający wymagania techniczne parkomatów, w zakresie sposobu ich ryglowania, który jest nieproporcjonalny do celu jakiemu mają służyć oraz uniemożliwiający udział w postępowaniu innym wykonawcom, posiadającym w ofercie urządzenia ryglowane w trzech punktach, co mając na uwadze realia rynkowe, stanowi wystarczający i przeważnie stosowany poziom

zabezpieczenia urządzenia, spełniający jednocześnie ustalone w tym przedmiocie normy i będący rozwiązaniem przeważnie stosowanym przez wykonawców;

- b) określający zasady przeniesienia majątkowych praw autorskich w zakresie licencji w sposób, który umożliwia udział w postępowaniu wyłącznie wąskiemu kręgowi podmiotów – producentom urządzeń oraz jest nieadekwatny do celu jakiego ma służyć oczekiwany przedmiot zamówienia;

III. naruszenie art. 240 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp, poprzez niejasne określenie znaczenia kryteriów oceny ofert;

IV. naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez określenie warunków zamówienia w sposób niezwiązany (nieproporcjonalny) z przedmiotem zamówienia;

V. naruszenie art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, poprzez nieuwzględnienie w Projekcie umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) obligatoryjnych zapisów określonych w tym przepisie, mimo okresu obowiązywania umowy, który przekracza 12 miesięcy;

VI. naruszenie art. 433 pkt 1 Pzp, poprzez zastrzeżenie w Projekcie umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) odpowiedzialności wykonawcy z tytułu opóźnienia, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie uzasadnia takiego rozwiązania,

VII. naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 395 §1 Kodeksu cywilnego (dalej jako: *kc*), poprzez zastrzeżenie w Projekcie umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) umownego prawa odstąpienia od umowy bez określenia terminu, w którym prawo odstąpienia może być wykonane, co stanowi o nieważności zapisów umownych w tym zakresie.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:

I. uwzględnienie odwołania,

II. nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia, poprzez:

- a) określenie następujących terminów wykonania całości zamówienia oraz jego poszczególnych części:

- pierwsza transza 100 szt. od 1.09 2022 r. do 23.09 2022 r.
- druga transza 250 szt. od 1.02.2023 r. do 31.03.2023 r.,

z zastrzeżeniem, że czynności montażu będą realizowane nie wcześniej niż w terminie 30 dni od dnia przekazania Wykonawcy kompletnej listy lokalizacji urządzeń, lub przyjęcie

innego, jednoznacznego terminu wykonania dostawy i montażu urządzeń wraz z systemem.

- b) określenie obowiązków wykonawcy w zakresie terminu szkolenia pracowników Zamawiającego poprzez przyjęcie, że szkolenie ma zostać przeprowadzone w trakcie wykonywania próby eksploatacyjnej w terminie ustalonym z Zamawiającym lub przyjęcie innego, jednoznacznego terminu szkolenia pracowników,
- c) określenie jednoznacznego terminu na jaki udzielona ma zostać licencja na dokumentację oraz oprogramowania oraz wyłączenie z zakresu licencji następujących pól eksploatacji, na których ma zostać udzielona:
 - 1. udostępniania osobom trzecim w zakresie potrzebnym dla funkcjonowania Zamawiającego,
 - 2. wykorzystania dokumentacji dla potrzeb innych zamówień związanych z funkcjonowaniem Zamawiającego,
 - 3. prawo do zwielokrotniania kodu lub tłumaczenia jego formy (dekompilacja), włączając w to prawo do trwałego lub czasowego zwielokrotniania w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, a także opracowania (tłumaczenia, przystosowania lub jakichkolwiek innych zmian) bez ograniczania warunków dopuszczalności tych czynności, w szczególności, ale nie wyłącznie, w celu wykorzystania dla celów współdziałania z programami komputerowymi lub rozwijania, wytwarzania,lub określenia pól eksploatacji, na których obowiązywać ma udzielona licencja w sposób adekwatny do przyjętego zakresu zamówienia, w szczególności poprzez wyłączenie możliwości dowolnego przetwarzania dokumentacji i kodu źródłowego oraz ich udostępniania osobom trzecim bez zgody wykonawcy,
- d) dopuszczenie urządzeń spełniających następujące wymagania – „Parkomaty muszą posiadać drzwi dostępne do części kasowej ryglowane w minimum 3 punktach, pozostałe ryglowane w minimum 3 punktach”,
- e) przyjęcie następujących kryteriów oceny ofert:
 - 1. Cena – 60 pkt,
 - 2. Wydłużenie okresu gwarancji – 20 pkt

3. Zastosowanie ekranu o zwiększonej odporności na uszkodzenia – 20 pkt

lub innych kryteriów, pozwalających wykonawcy w sposób niebudzący wątpliwości określić ich znaczenie w procesie udzielania zamówienia publicznego,

- f) uwzględnienie w Projekcie umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) zapisów, których obowiązek wprowadzenia do umowy nakłada art. 436 pkt 4 lit. b Pzp,
- g) wykreślenie z Projektu umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) zapisów uzależniających odpowiedzialność wykonawcy od wystąpienia opóźnienia i zastąpienia ich zapisami, które odpowiedzialność wykonawcy wiążą z wystąpieniem zwłoki,
- h) określenie terminu, w którym strony są uprawnione do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, zgodnie z obowiązkiem wynikających z art. 395 § 1 kc;

III. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego obowiązku posiadania uprawnień do wykonywania działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwem i posiadania aktualnej koncesji na obrót paliwami ciekłymi.

Nadto, wnoszę o:

- I.** orzeczenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonego na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
- II.** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- III.** zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

UZASADNIENIE

I. Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący się prowadzi działalność gospodarczą, która koncentruje się wokół tworzenia i zarządzania strefami parkowania. Znaczna część zobowiązań Odwołującego się, dotyczy kontraktów pozyskanych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Zainteresowanie Odwołującego się uzyskaniem zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego jest zatem związane bezpośrednio z profilem jego działalności. Odwołujący planuje wziąć udział w składaniu ofert w postępowaniu, w przedmiocie którego składa odwołanie.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO „*Biorąc pod uwagę brzmienie art. 179, należy zauważyć, że chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej*” (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., KIO 93/11, www.uzp.gov.pl, A. Bazan, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. II, Komentarze LEX 2015).

Przesłanką legitymacji do wniesienia odwołania jest także możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Istotnym jest, że Odwołujący się, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu musiałaby ponieść określony wysiłek, angażując przy tym czas pracy i umiejętności swoich pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie jej w sposób umożliwiający uznanie jej przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, narażając się przy tym na możliwość poniesienia szkody wynikającej z niemożności składania ofert w innych postępowaniach tudzież podejmowania zleceń od podmiotów prywatnych.

Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy szkoda po stronie Odwołującego może polegać na uniemożliwieniu złożenia oferty zgodnej ze wszystkimi postanowieniami SWZ. Sporządzenie przez Zamawiającego dokumentacji postępowania niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj., bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwia skalkulowanie ceny ofertowej, a co za tym idzie sporządzenie oferty i w konsekwencji pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia będącego przedmiotem postępowania, które mógłby uzyskać w przypadku działania Zamawiającego zgodnego z przepisami ustawy Pzp. Dodatkowo opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego może utrudniać uczciwą konkurencję.

W rezultacie Odwołujący nie będzie mógł uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć oczekiwanego zysku. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołującemu się przysługuje interes do wniesienia niniejszego odwołania.

II. Opis stanu faktycznego

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane przez Zamawiającego do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2021 r. i opublikowane w dniu 17 grudnia 2021 r.

Wraz z ogłoszeniem, na stronie prowadzonego postępowania Zamawiający zamieścił dokumenty zamówienia składające się z:

- 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia;
- 2) Siedmiu załączników, w tym m.in. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia i Projektu umowy;

***Dowód:** Ogłoszenie o zamówieniu, Specyfikacja Warunków Zamówienia, Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, Projekt umowy;*

W ogłoszeniu i dokumentach zamówienia Zamawiający zamieścił szereg zapisów, które wzajemnie się wykluczają, tworząc alternatywne obowiązki Wykonawcy, jak również ograniczających dostęp do zamówienia ograniczonej liczbie podmiotów, przy czym ograniczenie to nie znajduje uzasadnienia w efektach, jakie Zamawiający ma uzyskać w wyniku udzielenia zamówienia.

W pierwszej kolejności Zamawiający w sposób niejednoznaczny określił termin dostawy, montażu i uruchomienia parkomatów w SWZ i Opisie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z pkt 4.1. SWZ: *Wymagany termin realizacji całości niniejszego zamówienia wynosi: 50 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia. Termin dostawy, uruchomienia urządzeń i oprogramowania, szkolenia pracowników oraz rozpoczęcie eksploatacji systemu nadzorowania parkomatów w sposób następujący:*

- pierwsza transza 100 szt. od 1.09 2022 r. do 23.09 2022 r.

- druga transza 250 szt. od 1.02.2023 r. do 31.03.2023 r.

Taka regulacja wynika również z pkt 1.9 OPZ.

Z kolei w pkt 3.1. OPZ Zamawiający określił, że *Wykonawca dostarczy, zamontuje i uruchomi 350 parkomatów zgodnie z ich lokalizacją wskazaną przez Zamawiającego **w ciągu 7 dni roboczych po przekazaniu listy lokalizacji sporządzonej przez Zamawiającego.***

Określone przez Zamawiającego zapisy nie pozwalają na jednoznaczne uznanie w jakim terminie ma nastąpić dostawa, montaż i uruchomienie wszystkich lub części parkomatów. Doprecyzowanie tej kwestii i określenie jednoznacznych warunków dostawy jest niezbędna nie tylko dla przyjęcia samej kalkulacji ceny oferty, ale również dla podjęcia decyzji o możliwości złożenia oferty przez wykonawcę. Co więcej,

przyjęcie 7 dniowego terminu na dostarczenie, montaż i uruchomienie 350 parkomatów, jest w ocenie Odwołującego się niemożliwe. Byłby to termin obiektywnie zbyt krótki na zrealizowanie tak dużego zobowiązania. Uwzględniając warunki rynkowe, możliwości transportowe, czas potrzebny na montaż i konfigurację parkomatu, jako termin ten, Zamawiający powinien przyjąć okres nie krótszy niż określony pkt 4.1. SWZ, z zastrzeżeniem, iż czynności montażu będą realizowane nie wcześniej niż w terminie 30 dni od dnia przekazania Wykonawcy kompletnej listy lokalizacji urządzeń.

Dowód: *Specyfikacja Warunków Zamówienia, Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia;*

Odnosząc się do kolejnych zapisów dokumentów zamówienia, których obecny kształt budzi uzasadnione zastrzeżenia Odwołujący się wskazuje, że jednym z obowiązków wykonawcy, któremu udzielone zostanie zamówienie, będzie przeszkolenie pracowników zamawiającego. Również w tym zakresie, Zamawiający w sposób nieprecyzyjny określił termin na wykonanie tego obowiązku.

W pkt 1.1. podpunkt 6 oraz pkt 1.5 OPZ, jak również w treści SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu, Szkolenie pracowników powinno się odbyć w trakcie prowadzonych prób eksploatacyjnych parkomatów. Natomiast w pkt 4.3. Projektu umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przeprowadzenia szkoleń w terminie nie późniejszym niż na 7 dni przed upływem terminu realizacji pierwszej transzy dostawy parkomatów.

Dowód: *Specyfikacja Warunków Zamówienia, Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia, Ogłoszenie o zamówieniu, Projekt umowy;*

W Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający zawarł opis wymagań technicznych jakim powinny odpowiadać dostarczone parkomaty. Jednym z warunków określonych w tym dokumencie jest wyposażenie parkomatów drzwi dostępne do części kasowej ryglowane w minimum 6 punktach oraz pozostałe ryglowane w minimum 6 punktach.

Dowód: *Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia*

Wymagania Zamawiającego w powyższym zakresie są nieadekwatne do zamierzonego celu, jak również w sposób nieuzasadniony odbiegają od funkcjonujących na rynku standardów w zakresie rodzaju i poziomu zabezpieczeń.

Odwołujący się, w wyniku uzyskania na przestrzeni ostatnich lat szeregu zamówień publicznych, dostarczył i zamontował parkomaty w największych aglomeracjach Polski. Urządzenia oferowane przez Odwołującego się są z powodzeniem wykorzystywane m.in. w Warszawie, Łodzi czy w Lublinie.

Dostarczone parkomaty były wyposażone w drzwi dostępne ryglowane co do zasady w dwóch lub trzech punktach. Takie rozwiązanie jest powszechnie stosowane nie tylko przez Odwołującego się, ale

również przez inne podmioty działające w tym obszarze rynku. W ocenie Odwołującego się wskazany wymóg dotyczący ryglowań w 6 punktach jest nadmierny. Zastosowanie parkomatu o zaawansowanej i pancernej konstrukcji wyposażonych w zamki mechaniczno-elektroniczne oraz szereg zabezpieczeń przed nieuprawnionym dostępem do wnętrza tj.: czujnik wyjęcia kasety, zastosowanie klucza elektronicznego, przesyłanie alarmów itp., zapewnia odpowiedni poziom bezpieczeństwa. Stosowane przez producentów zamki są certyfikowane i odporne na włamania za pomocą wytrychów i wiercenia a grubość ścian skarbca wynosząca nawet 6 mm stanowi wystarczającą ochronę przechowywanej gotówki. Powszechnie stosowany poziom bezpieczeństwa normy europejskiej EN 14450 nie są w żaden sposób uzależnione od ilości punktów ryglowań.

Wymóg wskazujący na ilość ryglowań jest nadmierny i nieuzasadniony, stanowiący przejaw dyskryminacji pośredniej Wykonawców, polegającej na ustalaniu wymagań na tyle rygorystycznych, że nie są one uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczającymi krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Dowód: *Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia; zestawienie miast w których Odwołujący się obsługuje Strefy Płatnego Parkowania;*

W zakresie udzielenia licencji na dostarczone w ramach zamówienia dokumentację i oprogramowanie, Zamawiający określił obowiązki wykonawcy, które nie pozwalają określić faktycznego kosztu inwestycji, jak również są nieadekwatne do celu samego zamówienia i stwarzają ryzyko wykorzystania całości lub części utworu jakim jest oprogramowanie do stworzenia własnego produktu, jak również przekazania kodu źródłowego podmiotom konkurencyjnym w stosunku do Odwołującej się.

Zamawiający w pkt. 5.1. OPZ określił, że *Wykonawca udzieli Zamawiającemu, w ramach wynagrodzenia przewidzianego umową oraz bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń, licencji do korzystania z autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej i eksploatacyjnej dostarczonej w ramach zamówienia.* Natomiast w pkt 5. 3. OPZ wskazał, że **licencja ma charakter niewyłączny i jest udzielana na czas określony 5 lat, a po tym czasie ulega przedłużeniu na czas nieokreślony.**

Tożsame postanowienia zostały określone w pkt. 6.1. OPZ w kontekście udzielenia licencji do korzystania z autorskich praw majątkowych do oprogramowania dostarczonego w ramach zamówienia, z rozróżnieniem, iż w przypadku licencji do oprogramowania **licencja ma charakter niewyłączny i jest udzielana na czas określony 10 lat, a po tym czasie ulega przedłużeniu na czas nieokreślony** (pkt. 6.2. lit. a OPZ).

Jednocześnie regulacje przyjęte przez Zamawiającego w zakresie udzielenia licencji na oprogramowanie są sprzeczne z postanowieniami ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Zgodnie bowiem z treścią art. 68 ust. 2 powyżej wskazanej ustawy, licencję udzieloną na okres **dłuższy niż pięć lat** uważa się, po upływie tego terminu, za udzieloną na czas nieoznaczony.

Fakt niejednoznacznego określenia maksymalnego terminu, na który może zostać udzielona licencja na dokumentację oraz oprogramowanie parkomatów, powoduje, iż Odwołujący się nie ma możliwości oszacowania ceny, którą będzie musiał ponieść na skutek dalszego wykupienia licencji (również po zakończeniu realizowania przedmiotu umowy), czego naturalną konsekwencją jest brak możliwości skalkulowania ceny oferty.

Zastrzeżenia Odwołującego budzą również określenie pól eksploatacji na jakich licencja ma być udzielona. Zarówno w zakresie dokumentacji jak i oprogramowania, Zamawiający wymaga zapewnienia mu prawa do:

- a) **udostępniania osobom trzecim** w zakresie potrzebnym dla funkcjonowania Zamawiającego,
- b) **wykorzystania dokumentacji dla potrzeb innych zamówień** związanych z funkcjonowaniem Zamawiającego.
- c) zwielenokrotniania kodu lub tłumaczenia jego formy (dekompilacja), włączając w to prawo do trwałego lub czasowego zwielenokrotniania w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, a także opracowania (tłumaczenia, przystosowania lub **jakichkolwiek innych zmian**) bez ograniczania warunków dopuszczalności tych czynności, w szczególności, ale nie wyłącznie, w celu wykorzystania dla celów współdziałania z programami komputerowymi lub rozwijania, wytwarzania,

Przyjęcie powyższych pól eksploatacji pozwala Zamawiającemu na dowolne przetwarzanie utworu jakim jest wytworzona dokumentacja, a przede wszystkim oprogramowanie, co jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Głównym świadczeniem wykonawcy jest zapewnienie urządzeń i warstwy programowej, które wspólnie umożliwiają zarządzanie strefą parkowania i pobieranie opłat. Przedmiotem zamówienia nie jest jednak wykonanie dla Zamawiającego indywidualnie opracowanego oprogramowania. Pola eksploatacji, które narzucić na wykonawcę chce Zamawiający wykraczają dalece poza sferę użytkowania oprogramowania zgodnie z celem inwestycji będącej przedmiotem prowadzonego postępowania. Przyjęty zakres przeniesienia praw autorskich mógłby zostać uznany za właściwy, gdyby przedmiotem zamówienia było stworzenie autorskiego oprogramowania przeznaczonego wyłącznie na potrzeby Zamawiającego. W obecnym kształcie zamówienia, określone przez Zamawiającego pola eksploatacji są nadmierne.

Dowód: *Szczegółony Opis przedmiotu Zamówienia;*

W zakresie kryteriów oceny ofert, Zamawiający przyjął niezrozumiałe zasady oceny ofert stosując dla tych samych kryteriów różne wskaźniki. Zgodnie z pkt 16.3 SWZ, kryteria oceny ofert kształtują się w sposób następujący:

1. Cena – 60 pkt,
2. Wydłużenie okresu gwarancji – 20 pkt,
3. Zastosowanie ekranu o zwiększonej odporności na uszkodzenia – 20 pkt.

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska łącznie największą liczbę punktów (P) wyliczoną zgodnie z poniższym wzorem:

$$P = P(\text{Co}) + P(\text{S}) + P(\text{Pd})$$

gdzie:

- P - łączna liczba punktów oferty ocenianej
- P(Co) - liczba punktów uzyskanych w kryterium „cena oferty”
- P(S) - liczba punktów uzyskanych w kryterium wydłużony okres gwarancji
- P(Pd) - liczba punktów uzyskanych w kryterium Zastosowanie ekranu o zwiększonej odporności na uszkodzenia

Z kolei w pkt 16.4 SWZ Zamawiający wskazał, że współczynniki wag do kryteriów cząstkowych wynoszą:

- Cena ofertowa (brutto) - 70%
- Wydłużenie okresu gwarancji -20%
- Zastosowanie ekranu o zwiększonej odporności na uszkodzenia – 10%

nie określając przy tym żadnej korelacji pomiędzy tymi wskaźnikami a punktacją określoną w pkt 16.3. SWZ.

Takie uregulowanie zasad oceny ofert jest bez wątpienia niejednoznaczne i wymaga reakcji Zamawiającego. Pozostawienie zapisów w obecnym kształcie uniemożliwia wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty, a w zakresie oceny ofert stwarza pole do dowolności po stronie Zamawiającego.

Dowód: *Specyfikacja Warunków Zamówienia;*

Podnosząc dalsze uchybienia Odwołujący się wskazuje, że Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu wskazał warunki udziału w postępowaniu, które nie zostały wymienione w dokumentach zamówienia, jak również nie są z zamówieniem związane.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, *Wykonawca musi być uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwem — wykonawca musi posiadać aktualną koncesję na obrót paliwami ciekłymi wydaną zgodnie z ustawą z dnia 10.04.1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn. zm.).*

Określenie takiego warunku udziału dla inwestycji, której ogłoszenie dotyczy jest niezrozumiałe. Przedmiotem zamówienia jest dostawa parkomatów wraz z *systemem zarządzającym oraz niezbędną bazą danych. Inwestycja nie obejmuje działalności związanej z obrotem paliwem.*

Dowód: *Specyfikacja Warunków Zamówienia, Ogłoszenie o zamówieniu;*

W zakresie naruszeń dotyczących treści umowy, Odwołujący się wskazuje, że Zamawiający:

a) nie zawarł w projekcie umowy postanowień, które umożliwiają zmianę stosunku prawnego w przypadkach określonych w art. 436 pkt 4 lit. b Pzp dotyczących wystąpienia zmian:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342),

pomimo tego, że okres na jaki ma zostać zawarta umowa przekracza 12 miesięcy;

b) zawarł w pkt 13 Projektu umowy zapisy przewidujące odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie uzasadnia takiego rozwiązania, tj.:

- *za każdy dzień opóźnienia z winy Wykonawcy w realizacji części przedmiotu umowy, o której mowa w pkt. 4.1. - 5.000,00 zł, łącznie nie więcej niż 100.000,00 zł,*

- za każdy dzień opóźnienia z winy Wykonawcy w realizacji części przedmiotu umowy, o której mowa w pkt. 4.2. – 5.000,00 zł, łącznie nie więcej niż 100.000,00 zł
 - za każdy dzień opóźnienia z winy Wykonawcy w terminie usunięcia wad i usterek – 500,00 zł, łącznie nie więcej niż 10.000,00 zł odnośnie każdego pojedynczego przypadków takiego opóźnienia;
- c) nie określił w Projekcie umowy terminu na wykonanie prawa odstąpienia, co skutkuje nieważnością złożonego oświadczenia o odstąpieniu.

Dowód: Projekt umowy;

III. Okoliczności prawne

Zarzut I

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób **jednoznaczny** i wyczerpujący, **za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.**

Z kolei art. 16 pkt 1-2 Pzp określa jedno z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które powinno zapewniać **zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz być przejrzyste.**

Mając na uwadze treść powołanych przepisów należy uznać, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, **bez dokonywania dodatkowych interpretacji**, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że **wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione.** Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Niewątpliwie, elementami istotnymi dla wykonania zamówienia i przygotowania oferty są terminy realizacji poszczególnych obowiązków wykonawcy. Przygotowując ofertę, wykonawca musi podjąć świadomą decyzję w zakresie tego, czy posiada wystarczające zasoby do wykonania zamówienia i określić potencjalny poziom kosztów, które musiałby ponieść.

Przyjęcie niejasnych zapisów w zakresie terminu dostawy, montażu i uruchomienia parkomatów oraz przeprowadzenia szkolenia pracowników Zamawiającego narusza powołane przepisy ustawy. Z jednej strony, uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny kosztów inwestycji i możliwości jej zrealizowania, z drugiej zaś, otwiera drogę do podjęcia przez Zamawiającego działań naruszających zasadę równego traktowania wykonawców.

Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO „*opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący, co oznacza m.in., że powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, Zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne – począwszy od nieporównywalności ofert, zaniżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania ryzyka, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla Zamawiającego wyniku postępowań sądowych*” (wyrok KIO z 5.03.2021 r., KIO 89/21, Legalis).

Zarzut II

Zasady opisywania przedmiotu zamówienia określone w ustawie wykraczają poza obowiązek przyjęcia w tym zakresie jasnych sformułowań. Zgodnie z art. 99 ust.2 Pzp Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, **pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.**

Natomiast na podstawie art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia **nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,** które to zobowiązanie należy także rozpatrywać w aspekcie precyzyjnego i rzetelnego opisanie przedmiotu zamówienia w celu uzyskania świadczenia wykonawcy o jak najwyższych parametrach jakościowych oraz odpowiadającego realizowanym celom.

Abstrahując od powyższego, ogólne zasady określone w ustawie Pzp wymagają, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było przygotowane i przeprowadzone z zachowaniem:

- uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 ust. 1 pkt 1 Pzp)
- przejrzystości (art. 16 ust. 1 pkt 2 Pzp),
- proporcjonalności (art. 16 ust. 1 pkt 3 Pzp),

- **najlepszej jakości dostaw**, usług oraz robót budowlanych, **uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć** na jego realizację (art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp),
- **najlepszych efektów zamówienia**, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, **w stosunku do poniesionych nakładów**.

Określenie wymogu, zgodnie z którym „*parkomaty muszą posiadać drzwi dostępne do części kasowej ryglowane w minimum 6 punktach, pozostałe ryglowane w minimum 6 punktach*” narusza wyżej wskazane przepisy w zakresie w jakim ogranicza konkurencję w postępowaniu oraz tworzy wymagania nadmierne. Parkomaty, które posiadają drzwi ryglowane w minimum 6 punktach nie są rozwiązaniem powszechnie stosowanym. Przyjęcie takiego rozwiązania przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia biorąc pod uwagę rozwiązania z powodzeniem stosowane przez innych zamawiających.

Co więcej, powszechnie stosowane parkomaty są zgodne z normą EN 12414, która określa wymagania techniczne i funkcjonalne parkometrów, w tym również w zakresie stosowanych rozwiązań bezpieczeństwa. Norma ta nie narzuca minimalnej ilości punktów ryglowania.

Wymóg wskazujący na ilość ryglowań przyjęty przez Zamawiającego jest nadmierny i nieuzasadniony, stanowiący przejaw dyskryminacji pośredniej Wykonawców, polegającej na ustalaniu wymagań na tyle rygorystycznych, że nie są one uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczającymi krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1273/08) stwierdziła, że zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwolujący się jako aktywny uczestnik rynku związanego z obsługą stref parkowania dostarczył i zamontował parkomaty m.in. dla Warszawy, Łodzi, Białegostoku, Torunia, Słupska czy Legnicy. W każdym przypadku, zamawiający nie wymagali parkomatów, których ilość punktów ryglowania przekraczałaby trzy punkty.

Dodatkowo należy podkreślić, że parkomaty z 6-punktowym ryglowaniem są rozwiązaniem droższym, przy czym wzrost ceny nie pociąga za sobą adekwatnego wzrostu jakości i funkcjonalności produktu. Zamawiający powinien w ramach posiadanych środków zmierzać do uzyskania dostaw o najlepszym

stosunku ceny do jakości. Rozwiązanie przyjęte w dokumentacji postępowania przeczy takiemu założeniu.

Istotną okolicznością wpływającą na kształt postępowania, jest również kwestia postanowień zobowiązujących wykonawcę do udzielenia Zamawiającemu licencji do używania dokumentacji technicznej i eksploatacyjnej oraz oprogramowania. Na skutek niejednoznacznego określenia maksymalnego terminu, na który ma zostać udzielona licencja na dokumentację oraz oprogramowanie parkomatów, nie ma możliwości oszacowania ceny, którą będzie musiał ponieść wykonawca na skutek dalszego wykupienia licencji (również po zakończeniu realizowania przedmiotu umowy), czego naturalną konsekwencją jest brak możliwości skalkulowania ceny ofertowej. Usługa zapewnienia dalszego oprogramowania umożliwiającego funkcjonowanie parkomatów jest odpłatna, zaś niewskazanie maksymalnego czasu przez jaki Zamawiający będzie chciał korzystać z urządzeń po zakończeniu obowiązywania umowy, której dotyczy niniejsze postępowanie powoduje, że Odwołujący nie ma faktycznej możliwości dokonania realnej kalkulacji ceny.

Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywierającą wpływ na niemalże wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Jednymi z podstawowych zasad, którymi musi się kierować Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia jest konieczność uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano wielokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 Pzp z 2004 r. zachowujących swą aktualność na gruncie Pzp), celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności Wykonawców co do oczekiwań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r. 1129/19).

„Sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien dawać wykonawcom możliwość przygotowania oferty i obliczenia ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających. Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na zamawiającym, a nie na wykonawcach, którzy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ” (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99).

Opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie spełnia ustawowych wymagań, gdyż nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez Wykonawcę. Jednocześnie wymagania Zamawiającego są sprzeczne

z przepisami szczególnymi określonymi w art. 68 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zgodnie z przywołanym przepisem, za udzieloną na czas nieoznaczony uznaje się licencję udzieloną na okres dłuższy niż 5 lat, a nie jak wskazał Zamawiający – 10 lat.

Ponadto zakres licencji do korzystania z autorskich praw majątkowych do dokumentacji oraz oprogramowania powoduje, iż do przetargu mogą przystąpić wyłącznie podmioty, które są jednocześnie producentami parkomatów. Wyjaśnienia bowiem wymaga, iż producenci nie muszą ponosić dodatkowych opłat z tytułu zapewnienia licencji na okres po zakończeniu trwania umowy.

Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia oznacza obowiązek opisu przedmiotu zamówienia i jego cech w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W konsekwencji przyjęte przez Zamawiającego określenie zakresu licencji i czasu jej obowiązywania powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji na gruncie niniejszego postępowania oraz jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut III

Zgodnie z art. 240 ust. 1 Pzp Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób **jednoznaczny i zrozumiały**. Przepis ten koreluje z obowiązkiem zapewnienia przejrzystości postępowania wyrażonym a art. 16 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z uwagi na cel stosowania kryteriów oceny ofert (porównanie ofert i wybór najkorzystniejszej), ich redakcja nie może być dowolna i musi zapewniać nie tylko jednoznaczność i obiektywną możliwość ich zastosowania przez Zamawiającego, ale również prawidłowe odczytanie intencji Zamawiającego przez wykonawcę i sporządzenie oferty o określonej treści.

Zamawiający w dokumentach zamówienia określił kryteria oceny ofert, których nie można ocenić jako zrozumiałe i jednoznaczne, co wynika z przyjęcia odmiennych znaczeń tych kryteriów.

W pkt. 16.3 SWZ Zamawiający przyjął następujące kryteria i ich znaczenie:

1. Cena – 60 pkt,
2. Wydłużenie okresu gwarancji – 20 pkt,
3. Zastosowanie ekranu o zwiększonej odporności na uszkodzenia – 20 pkt.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska łącznie największą liczbę punktów (P) wyliczoną zgodnie z poniższym wzorem:

$$P = P(\text{Co}) + P(\text{S}) + P(\text{Pd})$$

gdzie:

- P - łączna liczba punktów oferty ocenianej
- P(Co) - liczba punktów uzyskanych w kryterium „cena oferty”
- P(S) - liczba punktów uzyskanych w kryterium wydłużony okres gwarancji
- P(Pd) - liczba punktów uzyskanych w kryterium Zastosowanie ekranu o zwiększonej odporności na uszkodzenia

W dalszej części Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający przyjął inne znaczenie tych samych kryteriów:

- Cena ofertowa (brutto) - 70%
- Wydłużenie okresu gwarancji -20%
- Zastosowanie ekranu o zwiększonej odporności na uszkodzenia – 10%.

Zamawiający nie podjął przy tym próby wyjaśnienia czy zachodzi, a jeśli tak to jaki, związek pomiędzy pkt 16.3 i 16.4 SWZ.

Taka redakcja kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny przemawia za uznaniem, że naruszony został art. 240 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykonawca nie ma możliwości określenia treści oferty w sposób świadomy, gdyż z dokumentów zamówienia wynikają w tym zakresie wzajemnie sprzeczne informacje.

Dodatkowo, pozostawienie omawianych zapisów w mocy, grozi przyjęciem przez Zamawiającego zasad oceny ofert w sposób dowolny. Obecny kształt kryteriów uniemożliwia prawidłowego porównania ofert i dokonania niebudzącego wątpliwości wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut IV

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia**, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest zatem przedmiot zamówienia. Nie jest dozwolone formułowanie warunku, który nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu, który został określony w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia jego zastosowania (nie istnieje dopuszczalny ustawowo cel, jakemu miałby on służyć). Co więcej, warunek niezwiązany z przedmiotem zamówienia nie może stanowić podstawy oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa, montaż i uruchomienie parkomatów wraz z systemem zarządzającym oraz niezbędną bazą danych.

Tymczasem w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przyjął warunek, zgodnie z którym *wykonawca musi być uprawniony do wykonywania **działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwem** — wykonawca **musi posiadać aktualną koncesję na obrót paliwami ciekłymi** wydaną zgodnie z ustawą z dnia 10.04.1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn. zm.).*

Działanie Zamawiającego w tym zakresie jest dla Odwołującego się niezrozumiałe i w żaden sposób nie spełnia wymagań określonych w powołanym art. 112 ust. 1 Pzp.

Zarzuty V-VII

Wymagania jakie spełniać ma umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego określone zostały przez ustawodawcę w Dziale VII ustawy Prawo zamówień publicznych. Zawarte w tym dziale przepisy zawierają nakazy i zakazy w zakresie postanowień, które Zamawiający musi, bądź których nie może uwzględnić w treści umowy. Przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący i Zamawiający nie może traktować ich dowolnie.

W niniejszym postępowaniu, zamówienie ma być realizowane w okresie dłuższym niż 12 miesięcy. Zastosowanie zatem ma art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, zgodnie z którym, Umowa (której okres obowiązywania przekracza 12 miesięcy) zawiera postanowienia określające w szczególności zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342)

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Powyższe ma stanowić zabezpieczenie Wykonawcy w zakresie zmieniających się w trakcie realizacji umowy warunków społeczno-gospodarczych, których ze względu na długi okres świadczenia, nie można przewidzieć w chwili składania oferty. Zamawiający zapisów tych nie uwzględnił w Projekcie umowy, czym wprost naruszył powołany wyżej przepis.

Odwołujący się wskazuje również na naruszenie przez Zamawiającego art. 433 pkt 1 Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, za niedozwolone postanowienie umowne należy uznać takie, które przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za **opóźnienie**, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Abuzywność takiego postanowienia wynika z nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z przekroczeniem terminu wykonania umowy.

Zamawiający może określić zasady odpowiedzialności wykonawcy z tytułu przekroczenia ustalonych w umowie terminów, jednakże odpowiedzialność ta powinna być konsekwencją zwłoki, która stanowi kwalifikowany typ opóźnienia, które jest przez wykonawcę zawinione.

Zamawiający w pkt 13 Projektu umowy uwzględnił zapisy przewidujące odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie uzasadnia takiego rozwiązania, tj.:

- *za każdy dzień opóźnienia z winy Wykonawcy w realizacji części przedmiotu umowy, o której mowa w pkt. 4.1. - 5.000,00 zł, łącznie nie więcej niż 100.000,00 zł,*
- *za każdy dzień opóźnienia z winy Wykonawcy w realizacji części przedmiotu umowy, o której mowa w pkt. 4.2. - 5.000,00 zł, łącznie nie więcej niż 100.000,00 zł*

- *za każdy dzień opóźnienia z winy Wykonawcy w terminie usunięcia wad i usterek – 500,00 zł, łącznie nie więcej niż 10.000,00 zł odnośnie każdego pojedynczego przypadków takiego opóźnienia.*

Odnosząc się do przewidzianego wyjątku ustawowego od zakazu stosowania zapisów umownych przewidujących odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia Odwołujący się nie znajduje okoliczności, które takie rozwiązanie uzasadniałyby dla zamówienia będącego przedmiotem niniejszego odwołania. Nie ulega wątpliwości, że ciężar dowodu na wykazanie stosownych zdarzeń uzasadniających przyjęcie wyjątku od generalnej reguły płynącej z art. 433 pkt 1 Pzp obciąża Zamawiającego. Tymczasem w dokumentacji postępowania brak jest argumentów uzasadniających odejście od tej reguły. Okoliczności takich Odwołujący się nie znajduje również w oparciu o własne doświadczenia, zdobyte podczas realizacji innych zamówień o podobnym charakterze.

Ustawa co prawda nie precyzuje, co należy rozumieć przez okoliczności lub zakres zamówienia uzasadniające wprowadzenie odpowiedzialności za opóźnienie, jednak w ocenie Odwołującej się, należy je wiązać z właściwością zobowiązania, a nie potrzebą ochrony interesu zamawiającego. To właściwość zobowiązania i związane z nią ryzyka powinny stanowić podstawę do określenia zabezpieczenia o odpowiedniej randze.

W dalszej kolejności Odwołujący się pragnie zaakcentować naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 395 §1 kc, poprzez zastrzeżenie w Projekcie umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) umownego prawa odstąpienia od umowy bez określenia terminu, w którym prawo odstąpienia może być wykonane, co stanowi o nieważności zapisów umownych w tym zakresie.

Brak określenia terminu oznacza nieważność postanowienia o zastrzeżeniu odstąpienia jako czynności sprzecznej z ustawą (art. 58 § 1 kc w związku z art. 58 § 3 kc), co może w skrajnym przypadku doprowadzić do nieważności całej umowy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie - V Wydział Cywilny z dnia 18 listopada 2014 r., sygn. akt VI ACa 175/14, *Zastrzeżenie prawa do odstąpienia od umowy bez określenia terminu, zgodnie z art. 395 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121), jest nieważne*". W doktrynie jednoznacznie wskazuje się, że oznaczenie terminu, w ciągu którego możliwe jest skorzystanie z kompetencji do odstąpienia może polegać na wskazaniu: konkretnej daty kalendarzowej, okresu liczonego w jednostkach czasu (takich jak dni, tygodnie, miesiące), pewnego zdarzenia przeszłego, o ile jego zaistnienie jest pewne.

Ponadto, w doktrynie przedmiotu akcentuje postulat by ten termin był odpowiedni, tzn. by zbyt długo nie utrzymywać stanu niepewności czy strona skorzysta albo też nie skorzysta z prawa do odstąpieniu po wystąpieniu zdarzeń je uzasadniających.

Nieuwzględnienie przez Zamawiającego powyżej kwestii powoduje, iż regulacje dotyczące umownego prawa odstąpienia są wadliwe i uniemożliwiają Odwołującemu się na skonkretyzowanie ryzyka wynikającego z przystąpienia do postępowania poprzez złożenia oferty.

IV. Zachowanie terminu i wymogów formalnych

Ogłoszenie o zamówienie zostało opublikowane w dniu 17 grudnia 2021 r. pod numer ogłoszenia w DZ.U.U.E: 2021/S 245-643940. Odwołanie wniesione w dniu 27 grudnia 2021 r., jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp.

Odwołujący się uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

V. Wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Pozostawanie w mocy zapisów dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, które w sposób oczywisty są nieprzejrzyste, nieadekwatne i mogą spowodować tak ograniczenie konkurencji jak i nierówne traktowanie wykonawców na etapie realizacji umowy, w sposób oczywisty może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Powyższe oznacza, że Zamawiający nie miałby rzeczywistej możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie oferty najkorzystniejszej przy warunkowo wprowadzonej nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie niespójności wskazane powyżej uniemożliwiają dokonania prawidłowej wyceny oferty. Wykonawca nie może bowiem określić zasobów jakimi musi dysponować w poszczególnych etapach wykonania umowy. Uwzględnienie odwołania uwolni postępowanie od wskazanych wad i umożliwi realną konkurencję wykonawcom oraz zapewni Zamawiającemu uzyskanie efektu adekwatnego do celu jakiemu ma służyć, zachowując przy tym właściwy poziom wyceny inwestycji.

Podsumowując, argumentacja zaprezentowana powyżej potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania. W związku z powyższym, wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

- dowód nadania odwołania dla Zamawiającego w formie elektronicznej,
- dowód wniesienia wpisu w wysokości 15 000,00 zł (piętnastu tysięcy złotych),
- dokumenty wymienione w uzasadnieniu odwołania,
- pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- wydruk z KRS City Parking Group S.A.