Sygn. akt: KIO 1340/21

WYROK
z dnia 16 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w dniu 14 czerwca 2021 r. na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawcę **MCX Pro Sp. z o. o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa**w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasta Gdyni – Zarząd Dróg i Zieleni, ul. 10 Lutego 24, 81-364 Gdynia**

orzeka:

1. A. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1, 2a, 3b, 3c i 5 odwołania.

1. B. oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów odwołania oznaczonych w petitum odwołania jako zarzuty 1b, 1c, 2b i 4.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MCX Pro Sp. z o. o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa**i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **MCX Pro Sp. z o. o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od **MCX Pro Sp. z o. o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawana rzecz Gminy Miasta Gdyni**kwotę **4 797 zł 52 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset dziewięćdziesiąt siedem złotych 52 grosze) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów, w tym 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i w pozostałym zakresie koszów stawiennictwa na posiedzenie.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1340/21
Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg i Zielenidziałający w imieniu Gminy Miasta Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej progi unijne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa systemu mobilnej kontroli pojazdów wraz z samochodami elektrycznymi oraz serwisowanie systemu do automatycznej kontroli stref płatnego parkowania w Gdyni, pod sygnaturą EZP.271.4.2021, zwanego dalej: „Postępowaniem” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 kwietnia 2021 r. w Dz.U./S S79, w witrynie TED: https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:200491-2021:TEXT:PL:HTML.

Odwołujący: MCX Pro sp. z o.o. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektu umowy obowiązującej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 i 2, 4 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w części dotyczącej:

a)Zaniechania określenia procedury testowej – zarzut cofnięty.

b)Określenia w Załączniku nr A do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w pkt. 3.1 konieczności przewidzenia przez wykonawcę potrzeby rozbudowy posiadanej przez Zamawiającego szyny danych (posiadającej otwarte standardy typu WebAPI, WebService) o elementy umożliwiające uruchomienie i niezakłócone funkcjonowanie systemu do e-kontroli, podczas gdy określenie to jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne i nie pozwala wykonawcy na właściwą ocenę pracochłonności, a co za tym idzie możliwego czasu dostawy,

c)Określenie w Załączniku nr 1 do OPZ i w Załączniku nr 2 do OPZ, poszczególnych parametrów technicznych oraz wyposażenia fabrycznego nowego samochodu osobowego o napędzie 100% elektrycznym, a także charakterystyki stacji ładowania pojazdów elektrycznych, w sposób który łącznie nie jest możliwy do spełnienia przez wykonawcę, podczas gdy przejrzyste i proporcjonalne opisanie przedmiotu zamówienia jest kluczowe dla realizacji przedmiotu zamówienia, a zastrzeżenie świadczenia niemożliwego do spełnienia stanowi o nieważność umowy w tym zakresie.

2.art. 99 ust. 7 Pzp oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 16, art. 17 Pzp poprzez sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania i zaniechania przygotowania dokumentacji postępowania w sposób jednoznaczny, proporcjonalny i przejrzysty oraz wystarczający dla realizacji celu zamówienia, poprzez:

a)dot. § 13 ust. 1 projektu umowy – zarzut cofnięty.

b)określenie przez Zamawiającego w § 13 ust. 4 projektu umowy, iż Zamawiający nabywa prawa, o których mowa w § 13 ust. 1 projektu umowy na wskazanych polach eksploatacji oraz na określonych w § 13 w ust. od 5 do 9 projektu umowy warunkach nabycia tych praw autorskich, podczas gdy w SWZ Zamawiający nie wskazał konieczności przeniesienia praw własności intelektualnej do systemu mobilnej kontroli (e-kontroli) pojazdów oraz oprogramowania do zarządzania systemami mobilnej kontroli pojazdów, choć charakter i cel realizacji przedmiotu zamówienia nie wymaga przeniesienie praw autorskich, a jedynie udzielenie przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego licencji w określonym zakresie lub świadczenia usługi w modelu SaaS (Software as a Service),

3.art. 8 Pzp w zw. z art. 16, art. 17 Pzp oraz w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania oraz przygotowanie dokumentacji postępowania w sposób niejednoznaczny, nieproporcjonalny i nieprzejrzysty oraz niewystarczający dla realizacji celu zamówienia, poprzez:

a)określenie przez Zamawiającego w § 1 ust. 14 i ust. 15 projektu umowy, uprawnienia Zamawiającego do ograniczenia realizacji zakresu przedmiotu umowy w przypadku zaniechania poboru opłat w Strefie Płatnego Parkowania (SPP) w Gdyni oraz zastrzeżenia możliwości obniżenia wynagrodzenia z tego tytułu do 20% w zakresie wykonywania usługi utrzymania (ETAP II), o której mowa w § 1 ust. 2 ust. b) projektu umowy, podczas gdy ustawa, na którą Zamawiający się powołuje tj.: z dnia 02.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020, poz. 1842), w art. 15r, stanowi jedynie o możliwości informowania się przez Strony o okoliczności związanych z COVID-19 i wpływających na realizację zamówienia oraz możliwości zmiany umowy.

b) określenie w § 8 ust. 7 b projektu umowy - zarzut uwzględniony.

c) określenie w § 8 ust. 7c projektu umowy - zarzut uwzględniony.

4.art. 433 pkt. 2 Pzp przez zastrzeżenie w § 11 ust. 1k kary umownej za zwłokę dłuższą niż 5 dni roboczych w dostosowaniu systemu e-kontroli SPP do zmieniających się przepisów prawa, w tym do zmian prawa miejscowego w zakresie dotyczącym SPP - w wysokości 500 zł brutto, za każdy dzień zwłoki, podczas gdy przewidziana kara umowna została przewidziana za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z prawidłowym wykonaniem przedmiotu umowy, a zagrożony karą obowiązek po stronie wykonawcy nie wynika z innych postanowień projektu umowy;

5.art. 436 pkt 4b Pzp – zarzut uwzględniony.

IV.Odwołujący wniósł nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ i załączników do SWZ oraz projektu umowy przez:

1. w odniesieniu do SWZ:

a)zmianę wymagania z Załącznika nr A do SWZ – OPZ pkt. 2.2. przez dopuszczenie możliwości zweryfikowania oczekiwanej skuteczności przedmiotu zamówienia poprzez przeprowadzenie procedury testowej;

b)określenia przez Zamawiającego w SWZ precyzyjnej procedury testowej, mającej na celu weryfikację posiadania przez potencjalnych wykonawców rozwiązania oraz oferowanych technologii spełniających oczekiwania Zamawiającego określone szczegółowo w przedmiocie zamówienia przed dokonaniem ostatecznego wyboru przez Zamawiającego;

c)zmianę wymagania z Załącznika nr A do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 3.1. poprzez przedłożenie specyfikacji technicznej oraz architektury serwerowej szyny danych Zamawiającego, ponieważ określenie, iż szyna danych posiada otwarte standardy typu WebAPI, WebService, a Zamawiający ma dostarczyć zwirtualizowane środowisko jest niewystarczające do oszacowania czasochłonności prac wykonawcy, mających wpływ na określenie przez oferenta czasu dostawy systemu;

d)zmianę opisu parametrów technicznych oraz wyposażenia fabrycznego nowego samochodu osobowego o napędzie 100% elektrycznym, a także charakterystyki stacji ładowania pojazdów elektrycznych, szczegółowo opisanych w Załączniku nr 1 do OPZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz w Załączniku nr 2 do OPZ, w sposób spójny, przejrzysty i precyzyjny tak, żeby wykonawca miał faktyczną możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

W dodatkowym piśmie podtrzymał wniosek o zmianę parametrów z zał 1oraz 2 do OPZ.

2.w odniesieniu do projektu umowy:

a)modyfikację postanowień z § 13 projektu Umowy w celu sprecyzowania, że wykonawcy lub podwykonawcom będą przysługiwały prawa autorskie do utworów stanowiących przedmiot umowy lub uprawnienia do rozporządzania nimi w tym zakresie, w szczególności w zakresie systemu mobilnej kontroli (ekontrola) oraz oprogramowania do zarządzania systemami mobilnej kontroli pojazdów, a także odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień umowy, poprzez wskazanie, że świadczenie wykonawcy polega na realizacji usługi udostępnienia kompleksowego rozwiązania informatycznego do rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów parkujących na zasadzie udzielenia licencji lub świadczenia usługi w modelu SaaS (Software as a Service);

b) usunięcie postanowień § 1 ust. 14 i 15 Umowy oraz wskazanie w tym miejscu ewentualnego uprawnienia stron do podniesienia okoliczności związanych z COVID-19 i wpływających na realizację zamówienia oraz możliwości zmiany umowy w tym zakresie;

c)modyfikację postanowień § 8 ust. 7b umowy przez doprecyzowania rodzaju wad i usterek, które nie dają się usunąć, lecz nie uniemożliwiają użytkowania wyposażenia albo systemu e-kontroli zgodnie z przeznaczeniem;

d)w § 8 ust. 7c umowy usunięcie postanowienia w części dotyczącej uprawnienia Zamawiającego do powierzenia wykonania innemu podmiotowi na koszt wykonawcy naprawienia wad lub usterek, które nie dają się usunąć i uniemożliwiają użytkowania wyposażenia albo systemu e-kontroli zgodnie z przeznaczeniem lub stanowią zagrożenie użytkowania;

e) usunięcia kary umownej zastrzeżonej przez w § 11 ust. 1k projektu umowy;

f)w § 14 ust. 4 umowy po pkt. d dodanie pkt. e) o następującym brzmieniu „jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę”,

UZASADNIENIE

1. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zarzutu z pkt 1 pkt a /…/ zarzut został cofnięty.

Parametry dwóch dostarczonych serwerów spełniające minimalne wymagania na jeden serwer: co najmniej 1 procesor 8 rdzeniowy z możliwością rozbudowyo 1 dodatkowy, pamięć 64 GB, 3 dyski systemowe, 4x1 Gbit LAN, FC Ctrl 8Gb/s, odpowiedni system operacyjny. Minimalne parametry macierzy dyskowej: interfejs 8Gbit/s, 6x600GB SAS, 2 zasilacze, 2 kontrolery FC 8Gb/s. Środowisko wirtualizacji powinno być odporne na awarię jednego z serwerów. wykonawca

skonfiguruje dostarczone urządzenia w taki sposób, aby były w pełni ze sobą zintegrowane, połączone oraz współpracujące bez żadnych konfliktów sprzętowych.

Zamawiający musi doprecyzować wymagania i przedłożyć specyfikację techniczną oraz specyfikację architektury serwerowej Szyny danych, ponieważ określenie, iż szyna danych posiada otwarte standardy typu WebAPI, WebService, a Zamawiający ma dostarczyć zwirtualizowane środowisko jest niewystarczające do oszacowania czasochłonności prac, które są częścią prac mających wpływ na określenie przez oferenta czasu dostawy systemu.

Odnośnie zarzutu z pkt 1c Zamawiający w Zał 1 do OPZ przedstawił parametry techniczne i elementy wyposażenia fabrycznie nowego samochodu osobowego o napędzie 100% elektrycznym oraz dalej w Zał 2 do OPZ szczegółową charakterystykę stacji ładowania pojazdów elektrycznych. Wymagania obydwu tych dokumentów nie pozwalają na znalezienie przez wykonawcę produktów, które łącznie będą spełniały oczekiwania, wynikającego bezpośrednio z OPZ. Na rynku nie ma produktów, które łącznie odpowiadałyby opisanemu w tym zakresie przedmiotowi zamówienia. Niezbędne jest wskazanie zakresu możliwego do wykonania. Zamawiający powinien opisać przedmiot w zamówienia w taki sposób, aby wymagania w nim zawarte wzajemnie się nie wykluczały i dawały możliwość zaoferowania rozwiązania optymalnego. Opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania. Zastosowane warunki mają być z jednej strony konieczne, a z drugiej wystarczające.

2. Zarzuty dotyczące projektu umowy

Wskazanie w projekcie umowy postanowień wskazujących na uprzywilejowanie Zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym stanowi naruszenie zasady równowagi stron, pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego oraz równowagi kontraktowej, a także stanowi nadużycie uprawnienia do ukształtowania istotnych postanowień umowy.

Wykonawca żąda takiej zmiany § 13 projektu umowy, z której jasno wynika, iż wykonawcy lub podwykonawcom będą przysługiwały prawa autorskie do utworów stanowiących przedmiot umowy lub uprawnienia do rozporządzania nimi w tym zakresie, w szczególności w zakresie systemu mobilnej kontroli (e-kontrola) oraz oprogramowania do zarządzania systemami mobilnej kontroli pojazdów. Dostosowanie pozostałych postanowień umowy powinno wskazywać, że świadczenie wykonawcy polega na realizacji usługi udostępnienia kompleksowego rozwiązania informatycznego do rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów parkujących na zasadzie udzielenia licencji przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego lub świadczenia usługi w modelu SaaS (Software as a Service). Powyższe założenie jest wystarczające dla pełnego i właściwego realizowania przedmiotu zamówienia oraz celu umowy przez wykonawcę, a także jest jedynym możliwym modelem realizacji przedmiotu zamówienia, co więcej jest uzasadnione ekonomicznie dla Zamawiającego, ponieważ udzielenie licencji czy świadczenie usługi w modelu SaaS wiąże się ze zdecydowanie mniejszymi kosztami dla Zamawiającego niż przeniesienie praw autorskich.

Odnośnie zarzutu z pkt 3 ppkt a) Odwołania – wskazania w § 1 ust. 14 i ust. 15 projektu umowy, uprawnienia Zamawiającego do ograniczenia realizacji zakresu przedmiotu umowy w przypadku zaniechania poboru opłat w Strefie Płatnego Parkowania (SPP) w Gdyni spowodowanego wydaniem polecenia w trybie art. 11 ustawy z02.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020, poz. 1842) jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Należy zauważyć, że art. 11 w/w ustawy utracił moc z dniem 5.09.2020 r., zgodnie z art. 36 ust. 1 niniejszej ustawy, w związku z czym powołanie się na ten artykuł oraz wywodzenie z niego uprawnienia dla Zamawiającego jest niemożliwe i niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

§ 1 ust. 15 projektu umowy Zamawiający zastrzegł możliwości obniżenia wynagrodzenia z tego tytułu do 20% w zakresie wykonywania usługi utrzymania (ETAP II), o której mowa w § 1 ust. 2 ust. b) projektu umowy, podczas gdy ustawa, na którą Zamawiający chciał się powołać, tj.: z dnia 02.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020, poz. 1842), w art. 15r, stanowi jedynie o możliwości informowania się przez Strony o okoliczności związanych z COVID-19 i wpływających na realizację zamówienia oraz możliwości zmiany umowy w tym zakresie.

W związku z powyższym jednoznacznie należy stwierdzić, że żądania i zastrzeżenia Zamawiającego są nadmiarowe, niezgodne z prawem oraz w istotny i niekorzystny sposób kształtują sytuację wykonawcy. Strony mogą co najwyżej zastrzec w umowie uprawnienie do wzajemnego informowania się o okolicznościach związanych z COVID-19 i wpływających na realizację zamówienia oraz możliwości zmiany umowy w tym zakresie.

Odnośnie zarzutu z pkt 4 Odwołania – zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej w § 11 ust. 1 pkt. k) za zwłokę dłuższą niż 5 dni roboczych w dostosowaniu systemu e-kontroli SPP do zmieniających się przepisów prawa, w tym do zmian prawa miejscowego w zakresie dotyczącym SPP - w wysokości 500 zł brutto, za każdy dzień zwłoki, stanowi naruszenie 433 pkt 2 Pzp, ponieważ przewidziana kara umowna została przewidziana za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z prawidłowym wykonaniem przedmiotu umowy, a zagrożony karą obowiązek po stronie wykonawcy nie wynika z innych postanowień projektu umowy czy SWZ.

Zgodnie z art. 433 pkt 2 Pzp „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.” Na podstawie umowy o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu ustalenie kary umownej za zwłokę nie jest uzasadnione ani okolicznościami, ani zakresem zamówienia. Strony co najwyżej mogą zastrzec w umowie, że wykonawcy w przypadku wprowadzenia przez ustawodawcę zmian, które będą bezpośrednio wpływały na systemu ekontroli SPP mogą ustalić zakres oraz warunki wprowadzenia tych zmian przez wykonawcę na mocy oddzielnego porozumienia stron.

W odpowiedzi na odwołanie Gmina Miasta Gdyni - Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni dalej zwanym „Zamawiającym”, nie uwzględnia w całości zarzutów Odwołującego.

W przedmiocie zaniechania określenia w OPZ procedury testowej Zamawiający doprecyzował zapisy powyższego punktu, który otrzymał następujące brzmienie: „System e-kontroli musi prawidłowo odczytać minimum 80% nr

rejestracyjnych pojazdów, zaparkowanych w sposób umożliwiający całościowe odczytanie tablicy rejestracyjnej pojazdu przez samochód e-kontroli oraz ustala położenie min. 80% pojazdów z dokładnością do 30 cm przy sygnale fix GPS RTK pojazdu e-kontroli".

W odniesieniu do określenia w Załączniku nr A do SWZ — (OPZ), w pkt. 3.1 konieczności przewidzenia przez wykonawcę potrzeby rozbudowy posiadanej przez Zamawiającego szyny danych (posiadającej otwarte standardy typu WebAPI, WebService) o elementy umożliwiające uruchomienie i niezakłócone funkcjonowanie systemu do e-kontroli, podczas gdy określenie to jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne i nie pozwala wykonawcy na właściwą ocenę pracochłonności, a co za tym idzie ocenę możliwego czasu dostawy, Zamawiający zamieścił w dniu 10.06.2021r wyjaśnienie treści SWZ nr 1 (dokumenty wraz zw załączeniu), w którym wyjaśnił, że Zamawiający wskazał niezbędne komponenty do rozbudowy szyny danych, celem jej niezakłóconego i efektywnego funkcjonowania. Ponadto Zamawiający wskazał, że dokumentacja szyny danych zostanie udostępniona Wykonawcy po zawarciu umowy, z racji wrażliwości danych zawartych w ww. dokumentacji. Zamawiający przewidział okres 70 dni na instalacje wskazanych komponentów, co w opinii Zamawiającego stanowi wystarczający czas na przeprowadzenie prac instalacyjno -wdrożeniowych.

Zamawiający nie uwzględnia.

W odniesieniu do w Załączniku nr 1 i 2 do OPZ, poszczególnych parametrów technicznych oraz wyposażenia fabrycznego nowego samochodu osobowego o napędzie 100% elektrycznym, a także charakterystyki stacji ładowania pojazdów elektrycznych, w sposób który nie jest możliwy do łącznego spełnienia przez wykonawcę, podczas gdy przejrzyste i proporcjonalne opisanie przedmiotu zamówienia jest kluczowe dla realizacji przedmiotu zamówienia, a zastrzeżenie świadczenia niemożliwego do spełnienia stanowi o nieważność umowy w tym zakresie, Zamawiający zamieścił w dniu 10.06.2021r wyjaśnienie treści SWZ nr 1 oraz Zmianę treści SWZ nr 2 (dokumenty w załączeniu), składając wyjaśnienia do poszczególnych parametrów technicznych oraz wyposażenia fabrycznego nowego samochodu. Zamawiający dopuścił samochód o współczynniku znormalizowanego zużycia paliwa (energii) do 175 Wh/km, podczas gdy zamawiający przewidywał w dokumentach zamówienia w/w współczynnik do 165 Wh/km, jak również zostały doprecyzowane zapisy związane ze stacją ładowania pojazdów elektrycznych, które uszczegóławiają parametry techniczne stacji ładowani.

Wobec powyższego Zamawiający nie uwzględnia zarzutu.

W odniesieniu do określenia przez Zamawiającego w § 13 ust. 1 projektu umowy, że wykonawca oświadcza, że w całości będą mu przysługiwać osobiste majątkowe i osobiste prawa autorskie do utworów wykonywanych w ramach realizacji ETAPU I umowy, podczas gdy osobiste prawa majątkowe do Utworów przynależą do ich twórcy będącego osobą fizyczną zgodnie z art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r., a zgodnie z SWZ Zamawiający dopuszcza realizację przedmiotu zamówienia m.in. z udziałem podwykonawców, Zamawiający zamieścił w dniu 10.06.2021r., Zmianę treści SWZ (dokumenty w załączeniu) i wprowadził nową treść § 13 ust. 1 „Wykonawca oświadcza, że w całości będzie uprawniony z tytułu praw autorskich majątkowych do wszelkich opracowań materiałów, utworów, danych i informacji oraz programów komputerowych, kodów źródłowych, praw do znaków towarowych łub wzorów użytkowych bądź innych praw własności intelektualnej wykonanych w ramach realizacji ETAPU I umowy". Wobec powyższego Zamawiający uwzględnia w całości powyższy zarzut Odwołującego MCX Pro sp. z o.o.

W odniesieniu do określenia przez Zamawiającego w § 13 ust. 4 projektu umowy, iż Zamawiający nabywa prawa, o których mowa w 13 ust. 1 projektu umowy na wskazanych polach eksploatacji oraz na określonych w 13 w ust. od 5 do 9 projektu umowy warunkach nabycia tych praw autorskich, podczas gdy w SWZ Zamawiający nie wskazał konieczności przeniesienia praw własności intelektualnej do systemu mobilnej kontroli (e-kontroli) pojazdów oraz oprogramowania do zarządzania systemami mobilnej kontroli pojazdów, choć charakter i cel realizacji przedmiotu zamówienia nie wymaga przeniesienie praw autorskich, a jedynie udzielenie przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego licencji w określonym zakresie lub świadczenia usługi w modelu SaaS (Software as a Service), Zamawiający zamieścił w dniu 10.06.2021r wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia nr 1 (dokumenty wraz z potwierdzeniem w załączeniu), w którym wyjaśnił, że istnieje konieczność przeniesienia w formie licencji przez wykonawcę na rzecz zamawiającego praw własności intelektualnej do systemu mobilnej kontroli (e-kontroli) pojazdów oraz oprogramowania do zarządzania systemami mobilnej kontroli pojazdów, a Zamawiający będzie korzystał z tych utworów na zasadzie licencji lub usługi SaaS.

Zamawiający uwzględnia w całości powyższy zarzut Odwołującego Firmy MCX Pro sp. z o.o.

W odniesieniu do określenia przez Zamawiającego w § 8 ust. 7b projektu umowy możliwości obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy o 5% wynagrodzenia umownego brutto za ETAP I, w przypadku wystąpienia wad lub usterek, które nie dają się usunąć, ale nie uniemożliwiają użytkowania wyposażenia albo systemu e-kontroli zgodnie z przeznaczeniem, podczas gdy brak jednoznacznego i precyzyjnego określenia rodzaju tych wad czy usterek może powodować znaczne nadużycia w możliwości skorzystania z tego uprawnienia przez Zamawiającego. Zamawiający podtrzymuje zapisy 8 ust. 7 pkt) b projektu umowy.

Zamawiający nie uwzględnia w/w zarzutu.

W odniesieniu do § 8 ust. 7c projektu umowy (zarzut 3c) Zamawiający uwzględnia zarzut.

W odniesieniu do zastrzeżenia w § 11 ust. 1k kary umownej za zwłokę dłuższą niż 5 dni roboczych w dostosowaniu systemu e-kontroli SPP do zmieniających się przepisów prawa, w zakresie dotyczącym SPP - w wysokości 500 zł, za każdy dzień zwłoki, podczas gdy przewidziana kara umowna została przewidziana za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z prawidłowym wykonaniem przedmiotu umowy, a zagrożony karą obowiązek po stronie wykonawcy nie wynika z innych postanowień umowy, Zamawiający zamieścił w 10.06.2021r., Zmianę treści SWZ nr 2 i wprowadził dodatkową zamiennie nową treść w § 5 wzoru, przez dodanie ustępu 13 o treści: „W przypadku zmiany przepisów prawa, a tym zmiany prawa miejscowego w zakresie dotyczącym SPP, Wykonawca zobowiązuje się do dostosowania systemu e - kontro/i SPP w terminie 5 dni roboczych od dnia pisemnego lub elektronicznego powiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o tych zmianach". Zamawiający uwzględnia zarzut.

W odniesieniu do zastrzeżenia nie dodania w § 14 ust. 4 umowy po pkt d pkt e: „jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę", podczas gdy postanowienie w tym zakresie zostało przewidziane w

art. 436 pkt. 4b Pzp. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu ponieważ zapis jest w umowie w § 14 ust. 4 „Strony przewidują zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 b w przypadku zmiany, dalej po pkt d) „na zasadach i w sposób określony w ust. 5-15, jeżeli zmiany te będą miały wpływ ma koszty wykonywania umowy przez Wykonawcę".

Załączono dokonane zmiany treści swz z 20 maja 2021 r., wyjaśnienie treści swz z dnia 10 czerwca 2021 r. oraz treść zmiany SWZ nr 2 z dnia 10 czerwca 2021 r.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania w zakresie podtrzymanych zarzutów nie zasługują na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie co do podniesionych zarzutów zostało ujęte w sentencji wyroku w punktach A i B z uwagi na fakt, iż część zarzutów odwołania została przez zamawiającego uwzględniona. W takim wypadku ma zastosowanie przepis art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów.

W zakresie zarzutów wymienionych w odwołaniu i opatrzonych numerami pkt 1b, 1c, 2b i 4 skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego. Należy zauważyć, że oświadczenie zamawiającego wyrażone w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przedstawiane w piśmie procesowym w sprawie odwoławczej, z uwagi na treść ma walor co najmniej równy oświadczeniom stanowiącym wyjaśnienia treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia, jest również porównywalny z oświadczeniami wskazanymi powyżej, do których odnosi się art. 522 ust. 4 ustawy pzp. W tym kontekście za wiarygodne i wiążące uznaje się zadeklarowanie okresu min. 70 dni na instalacje opisanych komponentów zwłaszcza, że termin ten stanowi również wielkość ocenianą w ramach kryteriów oceny ofert. Wskazana tu ocena odnosi się w szczególności do zarzutu oznaczonego numerem 1 b).
Odmienne oceny stron wynikające ze znajomości rynku przedmiotu zamówienia, w tym twierdzenie odwołującego o braku dostępnych pojazdów spełniających łącznie postawione wymogi z jednoczesnym twierdzeniem przeciwnym zamawiającego nie mają wpływu na ocenę zasadności zarzutów odwołania opartych na stwierdzeniu naruszenia zasad zamówień publicznych, w tym uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i udzielenia optymalnego zamówienia w wyniku prawidłowego dokonania opisu przedmiotu zamówienia i zgodnego przepisami wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym zarzuty obejmujące wymogi techniczne i technologiczne zamawiającego, w tym np. kwestionowany opis wymogu wyłącznika awaryjnego ocenionego przez zamawiającego jako wymóg bezwzględny nie uchybiają powołanym zasadom.
W zakresie zarzutu podniesionego do treści projektu umowy w odniesieniu do reguł udostępniania i przenoszenia autorskich praw majątkowych odwołujący zasadnie wskazał na poprawne odniesienie przedmiotowych zapisów ust. 4 do ustępu 2. Powyższe można także wywnioskować z istniejących po znowelizowaniu zapisów § 13 projektu umowy. Przyjmując nawet niezbędność, po myśli odwołującego, zmiany zapisu, stwierdzić należy, że uwzględnienie lub odmowa uwzględnienia nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Nie bez znaczenia jest także przepis art. 554 ust. 6 ustawy pzp zabraniający Izbie wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści, co w okolicznościach rozpatrywanych mogłoby mieć miejsce w sytuacji uwzględnienia zarzutu odwołania.
Za uzasadniony potrzebami zamawiającego i zgodny z zasadami ustawy pzp Izba uznaje wymagany pięciodniowy termin, od dnia zawiadomienia przez wykonawcę, dostosowania systemu po zaistniałych zmianach przepisów prawa, również prawa miejscowego. Warto zauważyć, że realiach procesu prawodawczego jest naturalne, że co do zasady termin od ustalenia treści przepisu prawa do wejścia w życie, znacząco przekracza okres 5 dni.
W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji uznając, że zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..