

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Mateusz Paczkowski

Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **14 stycznia 2025 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **19 grudnia 2024 r.** przez wykonawców:

AVITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźle, Odwołujący A”] – sygn. akt KIO 4807/24

B.Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący B”] – sygn. akt KIO 4808/24

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Prace adaptacyjne, dostawa oprogramowania i usługi utrzymania funkcjonujących Punktów Kontrolnych dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS) – części 1 i 2* (R/039/24/DPO/G)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Minister Finansów z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników wykonawców:

A.Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [„Przystępujący A”] – po stronie Odwołującego A sygn. akt KIO 4707/24

B.VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźle, Przystępujący B”] – po stronie Zamawiającego sygn. akt KIO 4708/24

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 4807/24 co do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów nr 1d, 1e, 1g, 1h oraz wycofanych przez Odwołującego A zarzutów nr 2, 3a, 3c.
2. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 4807/24 w zakresie zarzutów:
 - 1) nr 1b i 1c i nakazuje Zamawiającemu podanie wymagań Systemu ANPRS PL dotyczących mechanizmu komunikacji oraz szczegółowego zakresu przesyłanych danych (w tym m.in. adresów, sposobu szyfrowania, identyfikatorów itp.);
 - 2) nr 4 i nakazuje Zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień umowy (stanowiących załączniki nr I1 i I2 do SWZ) zawartych w § 11 ust. 10 i § 12 ust. 26 pkt 2, która doprowadzi do zawężenia wad istotnych do katalogu nieprawidłowości funkcjonalnych, w zakresie bezpieczeństwa, wykonanych prac czy wykonanych prac budowlanych, które uniemożliwiają korzystanie z Punktu Kontrolnego zgodnie z jego przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie.
3. W pozostałym zakresie (zarzuty nr 1a, 1f, 3b, 3d, 5 i 6) oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 4807/24.
4. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 4808/24 co do uwzględnionych przez Zamawiającego przy braku sprzeciwu Przystępującego B zarzutów nr 1b, 1e, 5 oraz wycofanych przez Odwołującego B zarzutów nr 1a, 1c, 1d i 2.
5. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 4808/24 w zakresie zarzutu nr 3 i nakazuje Zamawiającemu udostępnienie szczegółowej specyfikacji dotychczasowego Sprzętu w zakresie części 1 zamówienia, przedstawiającej informacje o: a) sensorach SSP-X1 oraz zastosowanych w nich kamerach (matryca, parametry optyczne, protokół transmisji wymiany danych (ONVIF, RTSP bądź inny), b. Głównej Jednostce Sterującej (GSU), a w szczególności o CPU w zakresie użytego procesora, rozmiaru pamięci RAM i dysku, architektury, systemu operacyjnego.
6. W pozostałym zakresie (zarzut nr 1f) oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 4808/24.
7. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 4807/24 obciąża Odwołującego w 2/3 a Zamawiającego w 1/3:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez Odwołującego A wpisu od odwołania oraz 2400 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) jako uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego A kwotę 2600 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sześćset złotych trzydzieści trzy groszy).
8. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 4808/24 obciąża Odwołującego i

Zamawiającego po połowie:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego B wpisu od odwołania oraz oraz po 1800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) **jako uzasadnione koszty Odwołującego B i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego B kwotę 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy),
- 3) znosi wzajemnie między Odwołującym B i Zamawiającym uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

Uzasadnienie

{KIO 4807/24, KIO 4808/24}

Minister Finansów z siedzibą w Warszawie {dalej: „MF” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ustawa PZP” „ppz”, „Pzp”, „PZP”, „p.z.p.”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn.: *Prace adaptacyjne, dostawa oprogramowania i usługa utrzymania funkcjonujących Punktów Kontrolnych dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOŁ KAS)* – części 1 i 2 (R/039/24/DPO/G).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 9 grudnia 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 239 pod poz. 105584.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

{KIO 4807/24}

19 grudnia 2024 r. VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźle {dalej: „Vitronic” lub „Odwołujący A”} wniósł odwołanie wobec treści SWZ w zakresie objętym następująco sformułowanymi zarzutami naruszenia przepisów ustawy pzp w zw. ze stosowanymi przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 pzp przepisami Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.):

Zarzut nr 1

a. pkt II.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ”) stanowiącego załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy dla części I i II Zamówienia (dalej jako: „PPU” lub „Umowa”);

b. pkt II.7 OPZ;

c. pkt II.9 OPZ;

d. pkt II.20 OPZ;

e. pkt II.32 OPZ;

f. pkt II.37 OPZ;

g. pkt II.65 OPZ;

h. pkt IV.11 OPZ,

co skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako: „KC”) w zw. z art. 354 § 1 KC poprzez wprowadzenie do OPZ obowiązku wykonania czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, co prowadzi do sytuacji, w której OPZ jest niejasny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a w konsekwencji – niezgodny z przepisami PZP;

Zarzut nr 2

pkt II.27 OPZ, co skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 99 ust. 2 PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez sformułowanie wymagań nieproporcjonalnych do przedmiotu Zamówienia oraz celu jaki zamierza osiągnąć Zamawiający, ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe.

Zarzut nr 3

a. §3 ust. 3 pkt 1 PPU dla części I i II;

b. §3 ust. 3 pkt 2 PPU dla części I i II;

- c. §8 ust. 1 PPU dla części I i II;
d. §11 ust. 1 PPU dla części I i II,

co skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ KC w zw. z art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy oraz przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a co za tym idzie w sposób niezgodny z przepisami PZP, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego;

Zarzut nr 4

- a. §11 ust. 10 PPU dla części I i II;
b. § 12 ust. 26 pkt 2 PPU dla części I i II,

co skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ w zw. z art. 643 KC w zw. z art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego i niezgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego w zakresie możliwości odbioru dzieła, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy oraz przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a co za tym idzie w sposób niezgodny z przepisami PZP, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego;

Zarzut nr 5

§ 11 ust. 13 pkt 1 PPU w zw. z § 11 ust. 13 pkt 6 PPU dla części I i II, co skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ w zw. z art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego i niezgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy oraz przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a co za tym idzie w sposób niezgodny z przepisami PZP, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego;

Zarzut nr 6

§ 36 ust. 12 pkt 1, 2 i 5 PPU dla części I i II, co skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 433 pkt 2 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego i niezgodnie z przepisami KC, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, a co za tym idzie w sposób niezgodny z przepisami PZP, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego, co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w wysokości kar umownych zastrzeżonych przez Zamawiającego.

Odwołujący A wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie następujących zmian postanowień OPZ i PPU, w tym nadania im poniższego brzmienia [pisownia oryginalna]:

1. OPZ:

a. pkt II.5 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1a):

„– przy czym szczegóły dotyczące przesyłanych zdjęć Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z §5 ust. 9 Umowy”

b. pkt II.7 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1b):

„Szczegóły dotyczące konfiguracji, rozmiaru i nazw przesyłanych zestawów danych Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z §5 ust. 9 Umowy.”

c. pkt II.9 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1c):

„Mechanizm komunikacji oraz szczegółowy zakres przesyłanych danych Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z §5 ust. 9 Umowy.”

d. pkt II.20 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1d):

„Szczegóły dotyczące sposobu wysyłania zestawu danych Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z §5 ust. 9 Umowy.”

e. pkt II.32 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1e):

„Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym szczegóły przed rozpoczęciem testów funkcjonalnych, o których mowa §9 ust. 17 Umowy.”

f. pkt II.37 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1f):

„Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym sposób funkcjonowania systemu alarmowego zgodnie z § 5ust. 9 Umowy.”

g. pkt II.65 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1g):

„Szczegółowe rozmieszczenie poszczególnych komponentów w szafach teletechnicznych Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z §5 ust. 9 Umowy.”

h. pkt IV.11 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 1h):

„(...) i za jego zgodą. Szczegóły sposobu realizacji zdalnego dostępu Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym najpóźniej do momentu rozpoczęcia pierwszych testów w ramach Prac Adaptacyjnych, o których mowa w § 9 Umowy.”

i. pkt II.27 OPZ poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 2):

„(...) konta administracyjnego (dostęp tożsamy z kontem Wykonawcy) oraz (...)”.

2. PPU:

a. §3 ust. 3 pkt 1 PPU dla części I i II poprzez dodanie fragmentu (Zarzut nr 3a):

„(...) – do terminu Wykonawcy na sporządzenie i przekazanie Zamawiającemu wszystkich Projektów Technicznych nie wlicza się czasu Zamawiającego na weryfikację Dokumentacji w ramach Procedury Zatwierdzania Dokumentacji.”

b. §3 ust. 3 pkt 2 PPU dla części I i II poprzez usunięcie fragmentu (Zarzut nr 3b):

„(...) – w tym przypadku termin obejmuje również czas przeprowadzenia procedur odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na Punkcie Kontrolnym (tj. czas do dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru tych prac) (...)”.

oraz dodanie fragmentu:

„(...) – do terminu Wykonawcy na wykonanie Prac Adaptacyjnych na każdym Punkcie Kontrolnym nie wlicza się czasu Zamawiającego na odbiory, weryfikację testów oraz weryfikację Dokumentacji w ramach Procedury Zatwierdzania Dokumentacji.”

c. §8 ust. 1 PPU dla części I i II poprzez dodanie fragmentu (Zarzut nr 3c):

„(...) – do terminu Wykonawcy na sporządzenie i przekazanie Zamawiającemu wszystkich Projektów Technicznych nie wlicza się czasu Zamawiającego na weryfikację Dokumentacji w ramach Procedury Zatwierdzania Dokumentacji.”

d. §11 ust. 1 PPU dla części I i II poprzez dodanie fragmentu (Zarzut nr 3d):

„(...) – do terminu Wykonawcy na wykonanie Prac Adaptacyjnych na każdym Punkcie Kontrolnym nie wlicza się czasu Zamawiającego na odbiory, weryfikację testów oraz weryfikację Dokumentacji w ramach Procedury Zatwierdzania Dokumentacji.”

e. §11 ust. 10 PPU dla części I i II poprzez nadanie im brzmienia (Zarzut nr 4):

„Za wadę istotną uznaje się usterkę powstałą w wyniku przeprowadzenia Prac Adaptacyjnych, uniemożliwiającą Zamawiającemu korzystanie z Punktu Kontrolnego zgodnie z jego przeznaczeniem.”

f. § 12 ust. 26 PPU dla części I i II poprzez nadanie im brzmienia (Zarzut nr 4):

„Za wadę istotną uznaje się usterkę dotyczącą prac wykonanych w ramach realizacji Instrukcji Zmiany Punktu Kontrolnego, uniemożliwiającą Zamawiającemu korzystanie z Punktu Kontrolnego zgodnie z jego przeznaczeniem.”

g. § 11 ust. 13 pkt 1 PPU dla części I i II poprzez nadanie im brzmienia (Zarzut nr 5):

„Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad nieistotnych w terminie uzgodnionym z Wykonawcą, nie krótszym od uzasadnionego technologicznie lub technicznie terminu na usunięcie danej wady.”

h. § 11 ust. 13 pkt 6 PPU dla części I i II poprzez nadanie im brzmienia (Zarzut nr 5):

„w przypadku nieusunięcia przez Wykonawcę wad nieistotnych w terminie określonym w pkt 1 Zamawiający jest uprawniony do nałożenia na Wykonawcę kary umownej, o której mowa w § 36 ust. 12 pkt 6.”

i. § 36 ust. 12 pkt 1, 2 i 5 PPU dla części I i II poprzez nadanie im brzmienia (Zarzut nr 6):

„1) w przypadku zwłoki Wykonawcy w sporządzeniu i przekazaniu Zamawiającemu Projektu Technicznego dla pojedynczego Punktu Kontrolnego w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 3 pkt 1 Umowy lub w przypadku zwłoki Wykonawcy w przekazaniu poprawionego Projektu Technicznego do Zamawiającego albo zwłoki w przedstawieniu wyjaśnień w stosunku do terminu, o którym mowa w § 26 ust. 5 Umowy – kary umownej w wysokości 5 000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

2) w przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu Prac Adaptacyjnych na pojedynczym Punkcie Kontrolnym w stosunku

do terminu określonego w § 3 ust. 3 pkt 2 Umowy – kary umownej w wysokości 10 000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

[...]

5) w przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu Instrukcji Zmiany Punktu Kontrolnego w stosunku do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego – kary umownej w wysokości 10 000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”.

{KIO 4808/24}

19 grudnia 2024 r. Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Kapsch” lub „Odwołujący B”) wniósł odwołanie wobec treści SWZ w zakresie objętym następująco sformułowanymi zarzutami naruszenia przepisów ustawy pzp w zw. ze stosowanymi przez odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 pzp przepisami Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r poz. 1061 ze zm.) [pisownia oryginalna]:

1.art. 5 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 pkt 3) p.z.p. i art. 433 pkt 3) p.z.p. poprzez ukształtowanie treści projektowanych postanowień umowy dla części 1 zamówienia (załącznik I1 do SWZ, dalej: „PPU1”) oraz projektowanych postanowień umowy dla części 2 zamówienia (załącznik I2 do SWZ, dalej: „PPU2”) w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i właściwością (naturą) stosunku umownego oraz będący przejawem nadużycia przez Zamawiającego prawa podmiotowego do ustalenia warunków zamówienia w Postępowaniu, a także w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz istniejących potrzeb ochrony interesu Zamawiającego, a także do ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w szczególności zakładający przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za ryzyka niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania, w tym również za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, tj.:

a) zastrzeżenie w § 39 ust. 14 PPU1 i PPU2 uprawnienia Zamawiającego do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania wynikającego z umowy, na skutek ujęcia przesłanek ww. wypowiedzenia umowy w formie katalogu otwartego, umożliwiającego Zamawiającemu wypowiedzenie umowy ze skutkiem natychmiastowym „w szczególności (lecz nie wyłącznie), gdy” wystąpią sytuacje opisane w tym postanowieniu, co stanowi oczywiste naruszenie równowagi stron umowy, prowadzące do rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego w związku z zagwarantowaniem Zamawiającemu faktycznej możliwości jednostronnego wcześniejszego zakończenia umowy z powodu jakichkolwiek, nawet drobnych uchybień wykonawcy;

b) przyznanie Zamawiającemu w § 37 ust. 1 PPU1 i PPU2 uprawnienia do powierzenia zastępczego wykonania prac innemu podmiotowi na ryzyko i koszt wykonawcy w przypadku wystąpienia zwłoki w realizacji jakichkolwiek obowiązków określonych w umowie, trwającej dłużej niż 5 dni kalendarzowych oraz otrzymania wezwania i upływu terminu 2 dni kalendarzowych od otrzymania wezwania, co stanowi sankcję nieproporcjonalnie dolegliwą dla wykonawcy w stosunku do stopnia naruszenia interesów Zamawiającego;

c) przyznanie Zamawiającemu w § 26 ust. 8 PPU1 i PPU2 uprawnienia do nakładania na wykonawcę w każdym momencie obowiązywania umowy obowiązku zaktualizowania Dokumentacji uprzednio zatwierdzonej przez Zamawiającego (w tym m.in. Projektów Technicznych dla wszystkich Punktów Kontrolnych) przy jednoczesnym braku określenia: 1) przesłanek warunkujących obowiązek dokonania aktualizacji Dokumentacji; 2) możliwego zakresu aktualizacji Dokumentacji; oraz 3) zasad ponoszenia kosztów aktualizacji Dokumentacji, co stanowi obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do skalkulowania;

d) zawarcie w § 11 ust. 2 PPU1 i PPU2 warunku uzależniającego możliwość zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru Prac Adaptacyjnych od zatwierdzenia przez Zamawiającego Dokumentacji Powykonawczej i dokumentacji wspólnej dla wszystkich Punktów Kontrolnych w ramach procedury z § 26 PPU1 i PPU2, co powoduje, że nawet w przypadku należytego wykonania Prac Adaptacyjnych, co zostanie potwierdzone w trakcie fazy testowej, możliwe będzie zastosowanie wobec wykonawcy nieproporcjonalnie dolegliwych sankcji umownych za wystąpienie zwłoki w wykonaniu Prac Adaptacyjnych wyłącznie z powodu nieuzyskania zatwierdzenia Dokumentacji Powykonawczej w terminie, podczas gdy już od momentu wykonania testów Zamawiający ma możliwość wdrożenia lokalizacji do systemu kontroli, co stanowi zaspokojenie jego kluczowych interesów, bez względu na ewentualne opóźnienie w przekazaniu i zatwierdzeniu Dokumentacji Powykonawczej;

e) wliczanie do czasu naprawy zdefiniowanego w pkt IV.50 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do PPU1 i PPU2 (dalej: „OPZ”), której trwanie skutkuje naliczeniem wykonawcy kar umownych z § 36 PPU1 PPU2, czasu od uzupełnienia zgłoszenia w Systemie Zgłoszeniowym ITSM przez Wykonawcę do zgłoszenia przez Zamawiającego nieskuteczności usunięcia tej awarii, co wobec braku określenia w umowie czasu na weryfikację przez Zamawiającego skuteczności usunięcia awarii, powoduje, że wykonawca zostaje obciążony niemożliwym do skalkulowania ryzykiem związanym z czasem trwania ww. weryfikacji, tj. okolicznością zależną wyłącznie od Zamawiającego;

f) przyznanie Zamawiającemu w § 23 PPU1 i PPU2 uprawnienia do weryfikowania prawidłowości funkcjonowania Punktów Kontrolnych w czasie trwania Usługi Utrzymania bez określenia częstotliwości takich weryfikacji, a nadto na zasadach odmiennych niż przewidziane w § 9 ust. 2-8 PPU1 i PPU2 dla testów skuteczności w ramach Prac Adaptacyjnych (będących podstawą odbioru tych prac), w tym przewidujących mniejszą liczbę Pojazdów w każdym okresie doby („nie mniej niż 40 Pojazdów”), stanowiącą tym samym niemiernodajną próbkę testową, w ramach której nawet jednokrotny brak skutecznej rejestracji będzie łączył się z przypisaniem wykonawcy nieproporcjonalnie zaniżonej skuteczności, znacznie niższej od tej, jaką uzyskano by w teście opartym o większą próbkę testową jak to ma mieć miejsce przy odbiorze samych Prac Adaptacyjnych;

2.art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i 17) p.z.p. poprzez niejednoznaczne opisanie koniecznego do wyceny zakresu przedmiotu zamówienia na skutek braku zawarcia w tabelach załącznika A1-część 1 do formularza ofertowego oraz załącznika A1-część 2 do formularza ofertowego pozycji umożliwiającej odrębną wycenę usługi określonej w § 6 ust. 4 PPU1 i PPU2, (tj. usługi przejęcia odpowiedzialności przez Wykonawcę za zapewnienie bezpieczeństwa dla wszystkich uczestników ruchu drogowego oraz osób mogących znajdować się поблизу lokalizacji Punktów Kontrolnych od momentu przekazania Wykonawcy Punktów Kontrolnych), która nie została objęta żadną spośród innych pozycji ww. formularzy, pomimo iż różni się ona swoim szczegółowym zakresem od innych usług wskazanych w tabeli załącznika A1, w szczególności od Usługi Utrzymania, a w konsekwencji nie może zostać ujęta w innych pozycjach tabeli formularza ofertowego, co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe uwzględnienie wykonania tej usługi w zaoferowanej cenie;

3.art. 99 ust. 1 i 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 85 ust. 1 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prawidłowe skalkulowanie oferty, na skutek dopuszczenia w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU1 zaoferowania realizacji zamówienia również w wariantach z wykorzystaniem całości lub części Sprzętu zamontowanego na Punktach Kontrolnych, pomimo że w obecnych uwarunkowaniach faktycznych i prawnych złożenie prawidłowo skalkulowanej i konkurencyjnej oferty przewidującej realizację zamówienia (w części 1) w wariantach z § 2 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU1 będzie możliwe jedynie przez wykonawcę VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o., który był dostawcą ww. Sprzętu i ma pełną wiedzę o jego charakterystyce, zarówno w zakresie samego Sprzętu (stanu sprawności istniejących urządzeń) jak i oprogramowania systemu operacyjnego, na skutek czego dochodzi do niezasadnego faworyzowania tego wykonawcy, ponieważ ewentualna oferta przewidująca realizację zamówienia w wariantach, o którym mowa § 2 ust. 1 pkt 1) lit. c) PPU1 będzie z założenia ofertą droższą z uwagi na konieczność dostarczenia nowego Sprzętu;

4.ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu oznaczonego numerem 3.) art. 240 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1) p.z.p. poprzez brak uwzględnienia w kryteriach oceny ofert dla części 1 zamówienia, kryterium przyznającego dodatkowe punkty ofertom przewidującym wykonanie zamówienia z dostarczeniem całkowicie nowego Sprzętu (w wariantach z § 2 ust. 1 pkt 1) lit. c) PPU1), pomimo że dostarczenie przez wykonawcę nowego Sprzętu będzie wiązało się z osiągnięciem przez Zamawiającego większych korzyści niż w przypadku wykonania zamówienia z wykorzystaniem Sprzętu dotychczas zamontowanego na Punktach Kontroli, na skutek czego obecne kryteria oceny ofert nie umożliwiają obiektywnego porównania poziomu oferowanych rozwiązań, a także faworyzują wykonawcę VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o., który jako jedyny może prawidłowo i w sposób najbardziej konkurencyjny skalkulować ofertę w wariantach z § 2 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU1;

5.art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 2) p.z.p. poprzez niewystarczająco precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, za którego wykonanie będzie przysługiwało wykonawcy wynagrodzenie w wysokości wskazanej w ofercie, na skutek określenia w § 4 ust. 3 PPU1 i PPU2, że wysokość wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie zamówienia podstawowego w całym okresie obowiązywania Umowy nie będzie niższa niż 60% kwoty całkowitego maksymalnego wynagrodzenia za należyłą realizację zamówienia podstawowego, co w konsekwencji powoduje, że Wykonawca nie może jednoznacznie ustalić kiedy uzyska 100% wynagrodzenia z tytułu należytego wykonania zamówienia podstawowego, a w których sytuacjach przysługiwać mu może za prawidłową realizację zamówienia podstawowego jedynie 60% wynagrodzenia ofertowego.

Odwolujący B wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie następujących zmian postanowień OPZ i PPU, w tym nadania im poniższego brzmienia [pisownia oryginalna]:

1.a wykreślenia z treści postanowienia § 39 ust. 14 PPU1 i PPU2 słów „w szczególności (lecz nie wyłącznie)”;

1.b zmiany treści § 37 ust. 1 PPU1 i PPU2 poprzez wydłużenie do 15 dni (zamiast dotychczasowych 5 dni) okresu zwłoki wykonawcy warunkującego uprawnienie Zamawiającego do powierzenia zastępczo wykonania prac innemu podmiotowi na ryzyko i koszt wykonawcy;

1.c nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia treści § 26 ust. 8 PPU1 i PPU2 o określenie przesłanek warunkujących obowiązek dokonania aktualizacji Dokumentacji, możliwego zakresu aktualizacji Dokumentacji oraz zasad ponoszenia przez Zamawiającego kosztów aktualizacji Dokumentacji;

1.d usunięcie z § 11 ust. 2 PPU1 i PPU2 warunku uzależniającego możliwość zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru Prac Adaptacyjnych od zatwierdzenia przez Zamawiającego Dokumentacji Powykonawczej oraz dokumentacji wspólnej dla wszystkich Punktów Kontrolnych, tj. wykreślenie słów „zatwierdzenie przez Zamawiającego Dokumentacji Powykonawczej dla tego Punktu Kontrolnego oraz dokumentacji wspólnej dla wszystkich Punktów Kontrolnych”;

1.e usunięcie z pkt IV.50 OPZ treści przewidujących wliczanie do czasu naprawy czasu od uzupełnienia zgłoszenia w Systemie Zgłoszeniowym ITSM przez wykonawcę do czasu zgłoszenia nieskuteczności usunięcia tej awarii przez Zamawiającego, tj. usunięcie dwóch ostatnich zdań z pkt IV.50 OPZ i zastąpienie ich następującymi zdaniami „Do czasu naprawy nie jest wliczany czas od uzupełnienia zgłoszenia w Systemie Zgłoszeniowym ITSM przez Wykonawcę, zgodnie z pkt. IV.43 powyżej, do zgłoszenia nieskuteczności usunięcia tej awarii Wykonawcy przez Zamawiającego. Za faktyczne usunięcie awarii rozumie się uzupełnienie zgłoszenia w Systemie Zgłoszeniowym ITSM przez Wykonawcę, zgodnie z pkt. IV.43 powyżej, po którym Zamawiający zamknie zgłoszenie bez uwag.”; oraz zmianę pkt IV.50 OPZ poprzez dodanie następującego zdania, przewidującego maksymalny czas dla Zamawiającego na weryfikację usunięcia awarii przez wykonawcę: „Zamawiający dokonuje weryfikacji skuteczności usunięcia przez Wykonawcę awarii w terminie 7 dni od dnia uzupełnienia zgłoszenia w Systemie Zgłoszeniowym ITSM przez Wykonawcę, zgodnie z pkt. IV.43 powyżej.”;

1.f zmianę § 23 PPU1 i PPU2 poprzez określenie w tym postanowieniu zasad przeprowadzania weryfikacji prawidłowości funkcjonowania Punktów Kontrolnych w czasie trwania Usługi Utrzymania jako zasad tożsamyh z tymi, które zostały przewidziane w § 9 ust. 2-8 PPU1 i PPU2 (wymaganymi dla odbioru Prac Adaptacyjnych), jak również ustalenie częstotliwości tych weryfikacji jako dokonywanych nie częściej niż jeden raz na kwartał, tj. nadanie poszczególnych ustępom § 23. następującego brzmienia:

1. „W trakcie trwania Usługi Utrzymania Zamawiający będzie weryfikował zapewnienie Poziomów Skuteczności na poszczególnych Punktach Kontrolnych, nie częściej niż jeden raz na kwartał. Weryfikacja będzie odbywała się według zasad określonych dla testów skuteczności w §9 ust. 2 – 8 Umowy.

2. „W przypadku, gdy weryfikacja, o której mowa w ust. 1, wykaże, że którykolwiek z poziomów wchodzących w zakres Poziomów Skuteczności jest poniżej określonej dla niego wartości w pkt II.39 – II.44 OPZ, Zamawiający dokona Wykonawcy zgłoszenia awarii, którą Wykonawca jest zobowiązany usunąć zgodnie z postanowieniami OPZ”.

3. „W trakcie trwania Usługi Utrzymania Zamawiający jest również uprawniony do przeprowadzania na poszczególnych Punktach Kontrolnych testów funkcjonalnych, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 Umowy, nie częściej niż jeden raz na kwartał. Wykonawca jest zobowiązany do udziału w takich testach na każde żądanie Zamawiającego, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”.

2 uzupełnienie treści formularzy sporządzonych w formacie programu Microsoft Excel stanowiących załączniki do SWZ tj.: 1) załącznika A1-część 1 do formularza ofertowego oraz 2) załącznika A1-część 2 do formularza ofertowego o dodanie pozycji umożliwiającej odrębną wycenę usługi określonej w § 6 ust. 4 PPU1 i PPU2, w rozbiciu na klasy dróg (liczba miesięcy świadczenia usługi: 6);

3.a wykreślenie § 2 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU1 dopuszczających w ofercie w zakresie części 1 zamówienia zaoferowanie przez wykonawcę realizacji zamówienia również z wykorzystaniem całości lub części Sprzętu zamontowanego na Punktach Kontrolnych oraz dokonanie w treści SWZ, OPZ i PPU1 wszelkich innych niezbędnych zmian w związku z ograniczeniem możliwych sposobów wykonania części 1 zamówienia do sposobu uwzględniającego dostarczenie całkowicie nowego Sprzętu, tj. wariantu określonego w §2 ust. 1 pkt 1) lit. c) PPU1;

3.b ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku 3.a) wprowadzenie do dokumentów SWZ, OPZ i PPU1 postanowień niwelujących uprzywilejowanie wykonawcy VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o. i gwarantujących zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w toku składania ofert na część 1 zamówienia, jakie zostanie udzielone w Postępowaniu, tj. postanowień przewidujących:

– udostępnienie przez Zamawiającego w Postępowaniu szczegółowej specyfikacji dotychczasowego Sprzętu w zakresie części 1 zamówienia, przedstawiającej w szczególności precyzyjne informacje o:

a. sensorach SSP-X1 oraz zastosowanych w nich kamerach (matryca, parametry optyczne, protokół transmisji wymiany danych (ONVIF, RTSP bądź inny)),

b. Głównej Jednostce Sterującej (GSU), a w szczególności o CPU w zakresie użytego procesora, rozmiaru pamięci RAM i dysku, architektury, systemu operacyjnego;

– udostępnienie w pełni wyposażonej lokalizacji testowej na okres 3 miesięcy przed terminem składania ofert;

– zagwarantowanie przez Zamawiającego, że wykonawca dotychczasowego Sprzętu, tj. VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o. będzie zobowiązany do dostarczenia sprzętu oraz części zamiennych w terminach pozwalających na wywiązanie się z zobowiązań wobec Zamawiającego, a także na zasadach handlowych odpowiadających warunkom rynkowym (ceny, warunki zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania);

4. ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku 3.b) wnosząc o zmianę pkt. 18.2 SWZ w odniesieniu do części 1 zamówienia poprzez obniżenie wagi kryterium „Cena całkowita” do 40% oraz maksymalnej liczby punktów za to

kryterium do 40 punktów, a także o dodanie dodatkowego kryterium oceny ofert składanych na część 1 zamówienia pn. „Zakres zamówienia, jaki będzie realizowany z dostarczeniem całkowicie nowego sprzętu” o wadze 20% oraz maksymalnej liczbie 20 punktów, w ramach którego maksymalna liczba punktów zostanie przyznana w przypadku zaoferowania realizacji zamówienia z dostarczeniem całkowicie nowego Sprzętu, zaś w przypadku oferty przewidującej wykorzystanie części dotychczasowego Sprzętu, punkty zostaną przyznane proporcjonalnie do stosunku wartości dostarczonego nowego Sprzętu do całości Sprzętu;

5. wykreślenie w § 4 ust. 3 PPU1 i PPU2 zdania „Zamawiający wskazuje, że wysokość wynagrodzenia Wykonawcy w całym okresie obowiązywania Umowy nie będzie niższa niż 60% kwoty, o której mowa w ust. 2 pkt 1, przy czym deklaracja ta przestaje obowiązywać w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy” bądź alternatywnie – doprecyzowanie treści § 4 ust. 3 PPU1 i PPU2 o wskazanie sytuacji, w których wysokość wynagrodzenia za wykonanie zakresu podstawowego zamówienia mogłaby być niższa o kwotę stanowiącą do 40% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia za należyłą realizację zamówienia podstawowego.

{KIO 4807/24, KIO 4808/24}

Izba ustaliła, co następuje:

{KIO 4807/24}

W ramach odpowiedzi na odwołanie z 9 stycznia 2025 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty nr 1d, 1e, 1g, 1h.

Z kolei Odwołujący A po zapoznaniu się ze zmianami SWZ z 8 stycznia 2025 r. wycofał odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 3a, 3c.

{KIO 4808/24}

W ramach odpowiedzi na odwołanie z 9 stycznia 2025 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty nr 1b, 1e, 5, czemu nie sprzeciwił się Przystępujący B.

Z kolei Odwołujący B po zapoznaniu się ze zmianami SWZ z 8 stycznia 2025 r. wycofał odwołanie w zakresie zarzutów nr 1a, 1c, 1d i 2.

{KIO 4807/24, KIO 4808/24}

Zamawiający po wniesieniu odwołania 8 stycznia 2025 r. wprowadził zmiany treści SWZ dotyczących większości skarżonych postanowień, co poniżej odzwierciedlono w celu uchwycenia, czy i w jakim zakresie na chwilę orzekania stan rzeczy uległ zmianie w stosunku do tego, który był podstawą do sformułowania w odwołaniach zarzutów [poniżej oznaczono: przekreśloną czcionką – zapisy usunięte lub zastąpione, podkreśleniami – zapisy nowe i zarazem aktualne; jeżeli wyraźnie nie zaznaczono inaczej „OPZ”, „PPU” i „Umowa” odnoszą się do obu części zamówienia].

{KIO 4807/24}

[zarzuty nr 1a, 1b, 1c, 1f – okoliczności wspólne]

Brzmienie § 5 ust. 9 PPU: *Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie po otrzymaniu informacji o Terminie Uruchomienia Umowy, jednak nie później niż przed przekazaniem pierwszego Projektu Technicznego, do uzgodnienia z Zamawiającym wszelkich kwestii technicznych i komunikacyjnych (za pośrednictwem poczty elektronicznej bądź na spotkaniach, po których Wykonawca będzie zobowiązany do sporządzenia notatek i przekazania ich do weryfikacji i akceptacji przez Zamawiającego), które są niezbędne do prawidłowej realizacji Umowy, chyba że w OPZ wskazano inny termin bądź kwestie wymagające uzgodnienia zostały zidentyfikowane już po przekazaniu pierwszego Projektu Technicznego.*

Powyższe postanowienie umowne samo w sobie nie było przedmiotem zaskarżenia, ale w powiązaniu z pierwotnym brzmieniem poniżej zacytowanych postanowień OPZ dotyczących poszczególnych aspektów przedmiotu zamówienia, których szczegółowy sposób wykonania ma być w tym trybie uzgadniany przez strony umowy.

[zarzuty nr 1a i 1f]

Brzmienie pkt II.5 OPZ: *Oprogramowanie musi zapewnić spełnienie następujących wymogów dotyczących zdjęć przodu Pojazdu, tyłu Pojazdu i zdjęcia kontekstowego:*

1) wykonane zdjęcia muszą zawierać widoczne, możliwe do odczytania i powiązania z Pojazdem w sposób niebudzący wątpliwości:

a) numer(y) tablicy rejestracyjnej znajdującej się na tym Pojeździe, z tym, że jeżeli Pojazd składa się z zespołu pojazdów to numer tablicy rejestracyjnej dla tyłu Pojazdu stanowi numer przyczepy/naczepty;

b) numer(y) tablicy ADR (jeśli występują),

c) oraz kraj(ów) rejestracji pojazdu (o ile występuje na tablicy);

2) na wykonanych zdjęciach przodu i tyłu Pojazdu sylwetka Pojazdu powinna stanowić co najmniej 30% jego powierzchni;

3) każde zdjęcie musi zajmować nie mniej niż 128 KB, z kompresją JPG 90 oraz rozdzielczością minimalnie 1920 pikseli

na dłuższym boku;

4) każde zdjęcie ma zawierać znacznik czasowy Zdarzenia oraz nazwę Punktu Kontrolnego, na którym było zrobione;

5) zdjęcie kontekstowe ma być wykonane jako kolorowe, a zdjęcia tyłu i przodu Pojazdu mają być wykonane jako 256 odcieni szarości JPG;

6) na każdym wykonanym zdjęciu kontekstowym cała sylwetka Pojazdu, którego dotyczy Zdarzenie, ma zostać zaznaczona ramką okalającą Pojazd.

– przy czym szczegóły dotyczące przesyłanych zdjęć w zakresie: prezentacji numerów tablic rejestracyjnych, widoczności sylwetki Pojazdu, umiejscowienia znacznika czasowego, nazwy Punktu Kontrolnego oraz prezentacji ramki okalającej pojazd Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z § 5 ust. 9 Umowy.

Brzmienie pkt II.37 OPZ: Oprogramowanie musi zapewnić funkcjonowanie systemu alarmowego, o którym mowa w pkt I.4 ppkt 9, który będzie informował Zamawiającego odpowiednim komunikatem na wskazane adresy e-mail i numery telefonów o wystąpieniu alarmu np.: braku działania któregośkolwiek z komponentów, braku zasilania, nieautoryzowanej próbie dostępu do komponentów Punktu Kontrolnego itp. Oprogramowanie musi zapewniać w przypadku wywołania alarmu obrót kamery alarmowej zgodnie z opisem w pkt. II.63, wykonanie zdjęć i rozpoczęcie procesu nagrywania wideo. Oprogramowanie musi umożliwiać konfigurację czasu, po którym nagrywanie to zostanie wstrzymane. Nagrania przechowywane mają być lokalnie w obrębie systemu alarmowego. Wykonane zdjęcia mają być wysłane wraz z informacją:

1) w formie wiadomości mms lub innego równoważnego rozwiązania na wskazane przez Zamawiającego numery telefonu;

2) w formie wiadomości e-mail wysyłanej przez Kanału Komunikacyjnego na wskazane przez Zamawiającego adresy e-mail;

3) w formie sms przy wykorzystaniu technologii łączności radiowej, np. GSM/LTE na wskazane przez Zamawiającego numery telefonów.

Komunikacja e-mail będzie się odbywać za pomocą serwera pocztowego Zamawiającego, dane konfiguracyjne zostaną przekazane na etapie realizacji Umowy.

Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym sposób funkcjonowania systemu

alarmowego zgodnie z § 5 ust. 9 Umowy, tn. treść MMS, treść i zdjęcia wiadomości e-mail oraz treść SMS oraz adresy e-mail oraz numery telefonów, na które będą wysyłane.

Wykonawca zobowiązany jest do wykorzystania na potrzeby działania systemu alarmowego w zakresie wysyłania informacji SMS i MMS kart SIM dostarczonych przez Zamawiającego.

Reasumując, oba powyższe postanowienia zostały po wniesieniu odwołania zmienione w taki sposób, że zostało doprecyzowane, czego konkretnie mogą dotyczyć uzgodnienia na etapie realizacji umowy – zostały one zawężone ściśle do materii objętej danym postanowieniem opisu przedmiotu zamówienia.

W rezultacie bezprzedmiotowe stało się podniesione w odwołaniu twierdzenie, jakoby w powyższych obszarach nie został wystarczająco dokładnie określony zakres prac, szczegółowe parametry czy funkcjonalności [por. pkt VII.11 uzasadnienia odwołania]. Zamawiający uczynił bowiem zadość oczekiwaniu, aby zakres uzgodnień odnośnie odpowiednio zdjęć pojazdów i systemu alarmowego uwzględnił w ramach opisu przedmiotu zamówienia [por. pkt VII.18 i 28 uzasadnienia odwołania].

[zarzuty nr 1b i 1c]

Brzmienie pkt II.7 OPZ: Oprogramowanie musi zapewnić aby łączna wielkość zestawu danych dotyczącego jednego Zdarzenia wysłanego do Systemu ANPRS PL nie przekroczyła 1 MB. Szczegóły dotyczące konfiguracji, ~~rozmiaru~~ i nazw przesyłanych zestawów danych Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z § 5 ust. 9 Umowy.

Brzmienie pkt II.9 OPZ: Przesyłanie danych musi być realizowane w taki sposób, że plik XML przesyłany jest jako pierwszy w ramach zestawu danych, a następnie przesyłane są zdjęcia. Mechanizm komunikacji oraz szczegółowy zakres przesyłanych danych Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym zgodnie z § 5 ust. 9 Umowy. Dane z dysku twardego komputera muszą być kasowane po ich przesłaniu do Systemu ANPRS PL i potwierdzeniu ich odbioru.

W analogicznej w odniesieniu do obu tych zarzutów odpowiedzi na odwołanie Zamawiający m.in. oświadczył, ... że dane będą przesyłane z Punktu Kontrolnego do Systemu ANPRS.PL, który ma ściśle określone wymagania dotyczące konfiguracji i nazwy danych oraz ...mechanizmu komunikacji oraz szczegółowego zakresu danych (w tym m.in. adresów, sposobu szyfrowania, identyfikatorów itp.) Ponadto stwierdził, że ponieważ ...Odwołujący realizuje obecnie umowę na podobny zakres, w związku z czym zna wymagania jakie- stawia ANPRS PL w zakresie wysyłania danych do tego systemu [zob. str. 10 i 11].

Reasumując, skoro Zamawiający sam twierdzi, że System ANPRS PL ma w powyższych aspektach ściśle określone wymagania, czyli są one znane Zamawiającemu, w sposób niezamierzony potwierdził, że opis przedmiotu zamówienia, obiektywnie rzecz biorąc, nie zostało w tym zakresie uszczegółowione adekwatnie do istniejących

uwarunkowań technicznych. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, więc ewentualne posiadanie przez Odwołującego A czy Przystępującego A, dzięki doświadczeniu zdobytemu przy realizacji umów na rzecz Zamawiającego, dodatkowej w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia wiedzy, tym bardziej wskazuje na potrzebę wyrównania szans innych potencjalnych wykonawców. Innymi słowy każdy potencjalny wykonawca winien mieć możliwość ustalenia, czy znane mu specjalistyczne oprogramowanie będzie nadawać się do zastosowania na potrzeby realizacji tego zamówienia. Taka wiedza w oczywisty sposób ma znaczenie nie tylko na potrzeby ustalenia ceny oferty [zob. pkt VII.20 i 24 uzasadnienia odwołania], ale w ogóle może przesądzić, czy oferta zostanie złożona, a jak dotychczas zainteresowanie udziałem w tym przetargu zgłosili tylko Odwołujący.

Samo wykreślenie z zakresu uzgodnień rozmiaru zestawu danych, aczkolwiek stanowi krok we właściwym kierunku, nie wpływa na istnienie zasadniczego braku opisu przedmiotu zamówienia, który jak się okazało może zostać przez Zamawiającego usunięty.

[zarzuty nr 3b i 3d]

Brzmienie § 3 [Okres obowiązywania Umowy, Termin Uruchomienia Umowy i główne terminy realizacji Umowy PPU] ust. 3: *Zamawiający określa następujące maksymalne terminy na realizację wskazanych poniżej zadań:*

1) ... tygodni (do uzupełnienia zgodnie z terminem wskazanym przez Wykonawcę w Ofercie – kryterium oceny ofert, przy czym nie dłużej niż 8 tygodni) na sporządzenie i przekazanie Zamawiającemu wszystkich Projektów Technicznych, liczonych od Terminu Uruchomienia Umowy; [minimalny termin, który można zaoferować wynosi 4 tygodnie; dotyczący bezpośrednio tego postanowienia zarzut nr 3a został wycofany po tym jak Zamawiający zwrócił w odpowiedzi na odwołanie uwagę na oparcie zarzutu na oczywiście błędnym rozumieniu tego postanowienia].

2) 24 tygodni na wykonanie Prac Adaptacyjnych na każdym Punkcie Kontrolnym, liczonych indywidualnie dla każdego Punktu Kontrolnego od daty zatwierdzenia Projektu Technicznego dotyczącego danego Punktu Kontrolnego – w tym przypadku termin obejmuje również czas przeprowadzenia procedur odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na Punkcie Kontrolnym (tj. czas do dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru tych prac). Do tego terminu nie wlicza się czasu przeznaczonego przez Zamawiającego na weryfikację testów skuteczności, o których mowa w § 9 Umowy (tj. okresu od dnia przekazania przez Wykonawcę dokumentacji, o której mowa w § 9 ust. 10 Umowy do dnia przekazania przez Zamawiającego informacji, o której mowa w § 9 ust. 11 Umowy, który wystąpi po wykonaniu testów skuteczności po raz pierwszy oraz analogicznych okresów występujących po wykonaniu powtórzonych testów zgodnie z § 9 ust. 14, jeżeli takie testy będą wykonywane). Datę wykonania Prac Adaptacyjnych określa się zgodnie z § 11 ust. 8. [PPU dla części nr 2 zawiera dodatkową treść, która jednak nie była przedmiotem sporu]

§ 8 [Wykonanie Projektów Technicznych i Prac Adaptacyjnych] w zakresie objętym wycofanym zarzutem nr 3c [ust. 1 – sytuacja analogiczna jak w przypadku zarzutu nr 3a] oraz niezbędnym dla zrozumienia podtrzymanych zarzutów nr 3b i 3d:

1. W terminie do ... tygodni (do uzupełnienia zgodnie z terminem wskazanym przez Wykonawcę w Ofercie – kryterium oceny ofert, przy czym nie dłużej niż 8 tygodni) od Terminu Uruchomienia Umowy Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia i przekazania Zamawiającemu Projektów Technicznych dla wszystkich Punktów Kontrolnych objętych Umową (w celu wykluczenia wątpliwości: projekty mogą być przekazywane do Zamawiającego sukcesywnie). Każdy Projekt Techniczny podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego zgodnie z Procedurą Zatwierdzania Dokumentacji.

(...)

5. W zakres Prac Adaptacyjnych wchodzi:

1) działania, które Wykonawca musi wykonać na Punkcie Kontrolnym, aby Punkt Kontrolny prawidłowo funkcjonował i spełniał wymagania określone w OPZ (w szczególności montaż/demontaż i ustawienie Sprzętu, zainstalowanie i skonfigurowanie Oprogramowania oraz połączenie go z Systemem ANPRS PL, wykonanie prac zapewniających łączność),

2) przeprowadzenie testów, o których mowa w § 9 Umowy – za przeprowadzenie testów rozumie się ich zaliczenie w całości (w celu wykluczenia wątpliwości: jeżeli testy nie zostaną zaliczone przez Zamawiającego za pierwszym razem w całości, to Wykonawca jest zobowiązany do ich odpowiedniego powtarzania do czasu zaliczenia w całości, a okres ten wlicza się w czas wykonywania Prac Adaptacyjnych).

Brzmienie § 9 [Testy w ramach Prac Adaptacyjnych] w zakresie postanowień, do których odesłano w dodanej treści powyżej przywołanego i skarżonego postanowienia § 3 pkt 2 oraz w zakresie postanowień określających terminy wykonania testów:

(...)

[Testy skuteczności]

(...)

3. Wykonawca jest zobowiązany do zgłoszenia Zamawiającemu zamiaru rozpoczęcia przeprowadzenia testów

skuteczności i uzgodnienia terminów ich przeprowadzenia na poszczególnych Punktach Kontrolnych z wyprzedzeniem co najmniej 5 Dni Roboczych dla każdego Punktu Kontrolnego. Zamawiający dopuszcza przeprowadzenie w jednym dniu testów skuteczności na maksymalnie 2 Punktach Kontrolnych.

(...)

10. Po wykonaniu testów skuteczności na danym Punkcie Kontrolnym Wykonawca jest zobowiązany przekazać Zamawiającemu najpóźniej do końca następnego Dnia Roboczego następującego po dniu, w którym testy zostały przeprowadzone – poprzez pocztę elektroniczną lub poprzez publikację na udostępnionym przez Wykonawcę serwerze SFTP wraz z informacją mailową o tym udostępnieniu – następującą dokumentację: (...)

11. Po otrzymaniu dokumentacji, o której mowa w ust. 10, Zamawiający dokona weryfikacji przeprowadzonych testów. Zamawiający w terminie 15 Dni Roboczych od dnia otrzymania dokumentacji, przekaze Wykonawcy w formie elektronicznej informację o zaliczeniu testów w całości (jeżeli osiągnięte zostaną wszystkie wartości Poziomów Skuteczności), albo informację o częściowym zaliczeniu testów z obowiązkiem powtórzenia testów w zakresie, w jakim nie zostały zaliczone, albo informację o niezaliczeniu testów.

(...)

14. W przypadku gdy Zamawiający zaliczył testy w części z obowiązkiem powtórzenia testów w zakresie, w jakim nie został zaliczony, albo nie zaliczył testów, Wykonawca jest zobowiązany do ponownego przeprowadzenia testów odpowiednio w części albo w całości, w terminie 5 Dni Roboczych od dnia otrzymania informacji od Zamawiającego. Do procedury weryfikacji przeprowadzonych ponownie testów zastosowanie mają ust. 10-14. Niniejszy ustęp ma zastosowanie do czasu zaliczenia testów w całości.

(...)

[Testy funkcjonalne]

17. W ramach testów funkcjonalnych Zamawiający weryfikuje oddzielnie dla każdego Punktu Kontrolnego funkcjonalność Punktu Kontrolnego:

- 1) w zakresie tworzenia, zapisywania i wysyłania do Systemu ANPRS PL zestawu danych zgodnie z wymogami określonymi w pkt. II.15 - II.18;
- 2) w zakresie zdalnego dostępu do Punktu Kontrolnego zgodnie z wymogami określonymi w pkt. II.23, II.26, - II.29, II.31 - II.36 OPZ;
- 3) w zakresie systemu alarmowego, zgodnie z wymogami określonymi w pkt. II.37 i II.38 OPZ;
- 4) w zakresie kamer ANPR, alarmowych i poglądowych, zgodnie z wymogami określonymi w pkt. II.55-II.57, II.61, II.63, II.64 OPZ.

18. Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania dokumentu „strategia testów funkcjonalnych”, w którym będą opisane zasady przeprowadzania testów funkcjonalnych i scenariusze weryfikacji każdej funkcjonalności wskazanej w ust. 17. Dokument ten będzie podstawą przeprowadzenia testów funkcjonalnych dla wszystkich Punktów Kontrolnych wyszczególnionych w załączniku nr 5 do Umowy. Wykonawca jest zobowiązany przekazać Zamawiającemu strategię testów funkcjonalnych najpóźniej w momencie przekazywania ostatniego Projektu Technicznego, o którym mowa w § 8 ust. 1. Dokument będzie podlegał zatwierdzeniu zgodnie z Procedurą Zatwierdzania Dokumentacji.

19. Wykonawca jest zobowiązany do zgłoszenia Zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej zamiaru rozpoczęcia przeprowadzenia testów funkcjonalnych i uzgodnienia z Zamawiającym terminów ich przeprowadzenia na poszczególnych Punktach Kontrolnych z wyprzedzeniem co najmniej 5 Dni Roboczych dla każdego Punktu Kontrolnego. Zamawiający dopuszcza przeprowadzenie w jednym dniu testów skuteczności na maksymalnie 2 Punktach Kontrolnych.

20. Wykonawca jest zobowiązany do czynnego udziału i wykonywania działań pozwalających Zamawiającemu na dokonanie weryfikacji, o której mowa w ust. 17.

21. W przypadku identyfikacji błędów w trakcie wykonywania testów funkcjonalnych, Zamawiający będzie zgłaszał je na bieżąco Wykonawcy. W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany zaproponować kolejny termin na przeprowadzenie testów funkcjonalnych w zakresie w jakim były błędy.

22. Testy funkcjonalne uznaje się za zaliczone dla danego Punktu Kontrolnego w momencie potwierdzenia przez Zamawiającego prawidłowości działania każdej funkcjonalności, o której mowa w ust. 17. Zamawiający przekaze Wykonawcy informację o zaliczeniu testów funkcjonalnych dla danego Punktu Kontrolnego w formie elektronicznej w terminie 2 Dni Roboczych od dnia, w którym zostały wykonane testy funkcjonalne potwierdzające prawidłowość działania każdej funkcjonalności, o której mowa w ust. 17.

Brzmienie § 11 [Procedura odbioru Prac Adaptacyjnych] w zakresie objętym bezpośrednio zarzutem nr 3d odwołania oraz niezbędnym dla zrozumienia obu podtrzymanych zarzutów:

1. Wykonawca jest zobowiązany do zgłoszenia gotowości do odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na danym Punkcie Kontrolnym w terminie umożliwiającym przeprowadzenie procedury odbioru Prac Adaptacyjnych i dokonanie odbioru z dochowaniem zobowiązania wynikającego z § 3 ust. 3 pkt 2 Umowy.

2. Warunkiem zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na danym Punkcie Kontrolnym jest zaliczenie przez Zamawiającego w całości testów, o których mowa w § 9 Umowy, zatwierdzenie przez przekazanie do Zamawiającego przez Wykonawcę Dokumentacji Powykonawczej dla tego Punktu Kontrolnego oraz dokumentacji wspólnej dla wszystkich Punktów Kontrolnych, a także wcześniejsze dokonanie odbiorów z innymi podmiotami jeżeli wystąpi taka konieczność (np. z zarządcą drogi).

(...)

8. Dokonanie odbioru przez Zamawiającego nastąpi poprzez złożenie przez Zamawiającego w Protokole Odbioru w formie elektronicznej oświadczenia o dokonaniu odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na Punkcie Kontrolnym bez wad albo oświadczenia o dokonaniu odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na Punkcie Kontrolnym z wadami nieistotnymi wraz z zastrzeżeniem obowiązku usunięcia przez Wykonawcę wskazanych przez Zamawiającego wad w określonym przez Zamawiającego terminie. W przypadku, gdy Protokół Odbioru zostanie przekazany Wykonawcy zgodnie z ust. 11 w dniach następujących po dniu, w którym odbyła się procedura odbioru, za datę dokonania odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na Punkcie Kontrolnym uważa się dzień w którym odbyła się procedura odbioru, podczas której nie zostały zgłoszone wady istotne.

Brzmienie § 26 [Procedura zatwierdzania Dokumentacji] w zakresie niezbędnym dla zrozumienia obu podtrzymanych zarzutów:

1. Zatwierdzeniu przez Zamawiającego podlega Dokumentacja, dla której obowiązek zatwierdzenia został określony w Umowie.

(...)

4. Zamawiający w terminie 15 Dni Roboczych liczonych od dnia otrzymania Dokumentacji od Wykonawcy do zatwierdzenia, zweryfikuje tę Dokumentację i w formie elektronicznej prześle Wykonawcy informację o zatwierdzeniu Dokumentacji albo zgłosi uwagi.

5. Wykonawca w terminie 15 Dni Roboczych, liczonych od dnia przekazania przez Zamawiającego uwag do Dokumentacji jest zobowiązany do ich uwzględnienia i przekazania Zamawiającemu poprawionej Dokumentacji za pośrednictwem poczty elektronicznej albo do przedstawienia wyjaśnień.

6. Zamawiający w terminie 15 Dni Roboczych liczonych od dnia otrzymania od Wykonawcy poprawionej Dokumentacji lub wyjaśnień zgodnie z ust. 5, dokona weryfikacji i w formie elektronicznej prześle Wykonawcy informację o zatwierdzeniu Dokumentacji albo zgłosi dalsze uwagi, w tym również do części Dokumentacji, do których poprzednio nie były zgłoszone uwagi, jeżeli na ich treść mają wpływ przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia lub wprowadzone przez Wykonawcę zmiany w innych częściach Dokumentacji. Ust. 5 i 6 stosuje się do czasu zatwierdzenia Dokumentacji przez Zamawiającego.

7. W momencie braku uwag do treści Dokumentacji Zamawiający dokona jej zatwierdzenia. Zatwierdzenie Dokumentacji nastąpi w formie elektronicznej.

(...)

9. Wykonawca ma obowiązek dołożyć wszelkiej staranności do opracowanej Dokumentacji, tak aby możliwe było zatwierdzenie przez Zamawiającego danej Dokumentacji maksymalnie w jej trzeciej wersji tj. „...- 03”. Jeżeli Dokumentacja podlegająca procedurze zatwierdzania Dokumentacji przez Zamawiającego nie uzyska zatwierdzenia przez Zamawiającego w maksymalnie trzeciej wersji, uznaje się, że Wykonawca nie dołożył należytej staranności w opracowaniu Dokumentacji i nie spełnił wymagań Zamawiającego i z tego tytułu zostanie nałożona kara umowna na warunkach określonych w Umowie.

(...)

Zarzuty nr 3b, 3c i 3d zostały oparte o wspólną i niepodzielną podstawę faktyczną, sprowadzającą się do twierdzenia o niemożności dotrzymania 24-tygodniowego terminu wykonania Prac Adaptacyjnych na każdym Punkcie Kontrolnym w sytuacji, gdy zatwierdzenie każdego z trzech rodzajów dokumentacji, tj.: 1) Dokumentacji z testów skuteczności, 2) Dokumentacji z testów funkcjonalnych, 3) Dokumentacji powykonawczej [o której mowa w § 10 PPU], może odbyć się w trzech podejściach, a na każde z nich Zamawiający ma 15 dni roboczych (czyli 3 tygodnie), co oznacza, że łącznie zatwierdzanie całej tej dokumentacji może zająć Zamawiającemu nawet 27 tygodni (3 dokumenty x 3 podejścia x 3 tygodnie). W rezultacie maksymalny termin na wykonanie czynności przez Zamawiającego już przekracza o 3 tygodnie termin obowiązujący wykonawcę, który potrzebuje również czasu na przygotowanie lub poprawienie ww. dokumentacji, przy czym według doświadczeń Odwołującego A na wykonanie Prac Adaptacyjnych w praktyce zajmuje łącznie blisko 34 tygodnie [zob. pkt VII.45-48 uzasadnienia odwołania].

Skoro po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego, który wyłączył z powyżej zaprezentowanego procesu zatwierdzania, wliczającego się do terminu wykonania Prac Adaptacyjnych, dwie z trzech kategorii dokumentacji, obecnie maksymalny termin na czynności Zamawiającego to 9 tygodni (Dokumentacja testów funkcjonalnych x 3 podejścia x 3 tygodnie), nawet po doliczeniu wskazywanego (aczkolwiek nieudowodnionego) 10-tygodniowego okresu potrzebnego

wykonawcy, daje 19 tygodni. Jest to okres co najmniej o 5 tygodni krótszy niż 24-tygodniowy termin na wykonanie Prac Adaptacyjnych, co czyni uzasadnienie faktyczne całego zarzutu nr 3, w tym podtrzymanych zarzutów nr 3b i 3c nieaktualnym, wręcz bezprzedmiotowym.

[zarzut nr 4]

Brzmienie § 11 [Procedura odbioru Prac Adaptacyjnych] ust. 10 PPU: *Za wadę istotną uznaje się jakąkolwiek nieprawidłowość funkcjonalną lub w zakresie bezpieczeństwa lub w zakresie wykonanych prac występującą w Punkcie Kontrolnym po wykonaniu Prac Adaptacyjnych, która powoduje, że Punkt Kontrolny nie spełnia wymagań określonych w Umowie lub wskazuje na wykonanie prac niezgodnie z Projektem Technicznym. Za wadę nieistotną uznaje się nieprawidłowość inną niż wada istotna.*

Brzmienie § 12 [Prawo opcji, o którym mowa w § 2 ust. 2] ust. 26 pkt 2 PPU: *za wadę istotną uznaje się również nieprawidłowość w zakresie wykonanych prac budowlanych polegających na niewłaściwym wybudowaniu fundamentów lub konstrukcji nośnych, nieprawidłowym ustawieniu szafy teletechnicznej oraz na innych niezgodnościach z Projektem Technicznym;*

Podstawa faktyczna tego zarzutu, która sprowadza się do twierdzenia, że jakakolwiek niezgodność z wymaganiami określonymi w Umowie lub Projekcie Technicznym będzie uznana za wadę istotną ze wszystkimi tego konsekwencjami, na czele z naliczaniem kar umownych za zwłokę na poziomie 20 tys. zł za każdy dzień za w rzeczywistości wady nieistotne, czyli nieuniemożliwiające korzystanie przez Zamawiającego z Punktu Kontrolnego [zob. pkt VII.55-56 i 59-60 uzasadnienia odwołania], oddaje rzeczywisty stan rzeczy.

Wbrew swej intencji potwierdził to Zamawiający, gdyż jako przykłady wad nieistotnych podał również z jednej strony sytuacje, które trudno uznać za przejawy nienależytego wykonania dzieła (np. głošną pracę komputera czy UPS) czy robót budowlanych (np. nieuprzątnięcie terenu po wykonanych pracach), gdyż stanowią co najwyżej drobne niedociągnięcia o niewielkim znaczeniu lub wręcz niedogodności bez znaczenia. Z drugiej strony w świetle skarżonej klauzuli widoczne wgniecenia i zarysowania na urządzeniu lub szafie teletechnicznej mogłyby zostać poczytane z wadę istotną, bo z pkt II.65 OPZ wynika wymóg zapewnienia przez wykonawcę szafy teletechnicznej zabezpieczającej Sprzęt przed aktami wandalizmu [por. wypunktowania na str. 14 odpowiedzi na odwołanie].

Zupełnie nieprzekonujące jest przy tym ogólnikowe i nic konkretnego niewnoszące twierdzenie, jakoby Punkt Kontrolny był definiowany przez komplet parametrów funkcjonalnych określonych w Umowie i aby mógł skutecznie i bezpiecznie pełnić swoją funkcję musi spełniać wszystkie te parametry [por. odpowiedź na odwołanie również na str. 14].

Nadto już pobieżne zapoznanie się z OPZ wskazuje na możliwość zakwalifikowania jako istotnej wady każdej, bo bliżej niesprecyzowanej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia, skoro według pkt I.4 OPZ prawidłowe funkcjonowanie Punktu Kontrolnego zostało zdefiniowane jako katalog okoliczności, który otwiera (tj. nie licząc wskazanych w dalszych punktach okoliczności określonych konkretniej) *działanie wszystkich zainstalowanych komponentów zgodnie z wymaganiami OPZ.*

[zarzut nr 5]

Brzmienie § 11 [Procedura odbioru Prac Adaptacyjnych] ust. 13 PPU: *W przypadku, gdy Zamawiający dokona odbioru Prac Adaptacyjnych wykonanych na Punkcie Kontrolnym z zastrzeżeniem obowiązku usunięcia przez Wykonawcę wskazanych przez Zamawiającego wad nieistotnych:*

1) *Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad nieistotnych w odpowiednim terminie określonym przez Zamawiającego;*

2) *Wykonawca po usunięciu wad nieistotnych zgłosi w formie elektronicznej Zamawiającemu informację o ich usunięciu wraz z dowodem usunięcia (np. dokumentacją fotograficzną i wideo potwierdzającą usunięcie, w przypadkach, w których jest to możliwe);*

3) *w ciągu 5 Dni Roboczych od dnia przekazania Zamawiającemu informacji o usunięciu wad nieistotnych, Zamawiający:*

a) *na podstawie otrzymanego od Wykonawcy dowodu dokona oceny usunięcia wad nieistotnych i przekaze Wykonawcy za pośrednictwem poczty elektronicznej informację o braku zastrzeżeń bądź o dalszych zastrzeżeniach w formie podpisanego protokołu usunięcia wad, sporządzonego według wzoru określonego w załączniku nr 10 do Umowy, albo*

b) *poinformuje w formie elektronicznej o konieczności dokonania weryfikacji usunięcia wad nieistotnych na miejscu. Termin weryfikacji usunięcia wad nieistotnych zostanie ustalony przez Strony, jednak nie później niż w ciągu 10 Dni Roboczych od dnia przekazania przez Wykonawcę informacji o usunięciu wad, chyba że Strony zgodnie ustalą termin późniejszy;*

4) *w przypadku, o którym mowa w pkt 3 lit. b, Zamawiający dokona weryfikacji usunięcia wad nieistotnych, a następnie przedstawi informację o braku zastrzeżeń bądź o dalszych zastrzeżeniach w protokole usunięcia wad, sporządzonym według wzoru określonego w załączniku nr 10 do Umowy;*

5) *w przypadku występowania dalszych zastrzeżeń Zamawiającego co do usunięcia wad nieistotnych, zastosowanie ma niniejszy ust. 13. Procedura określona w ust. 13 ma zastosowanie do czasu braku zastrzeżeń Zamawiającego co do*

usunięcia wad nieistotnych;

6) *w przypadku nieusunięcia przez Wykonawcę wad nieistotnych w terminie określonym w pkt 1 Zamawiający jest uprawniony do nałożenia na Wykonawcę kary umownej, o której mowa w § 36 ust. 12 pkt 6, niezależnie od dalszej procedury weryfikacji usunięcia wad nieistotnych (w celu wykluczenia wątpliwości do czasu zwłoki Wykonawcy wiczą się czas procedury weryfikacji usunięcia wad nieistotnych).*

Zarzut od strony faktycznej sprowadza się w przeważającej mierze do twierdzenia, że Zamawiający może wyznaczyć na usunięcie niewpływających na możliwość korzystania z Punktu Kontrolnego usterek nieodpowiedni (ze względów technicznych lub technologicznych) termin, tj. zbyt krótki, aby możliwe było ich usunięcie [zob. pkt VII.64-65 uzasadnienia odwołania].

Zamawiający zmienił skarżone postanowienie, o ile niedokładnie według żądania, o tyle oddając jego sens a przede wszystkim niwecząc podstawę faktyczną zarzutu. Skoro określony przez Zamawiającego termin ma być odpowiedni (a poprzednio nie było tego dookreślenia), czyli między innymi uwzględniający istniejące uwarunkowania techniczne czy technologiczne. Tym samym bezpodstawną jest również obawa o arbitralne działanie Zamawiającego [zob. drugi akapit ad zarzutu nr 5 na str. 15 odpowiedzi na odwołanie].

Jak trafnie zauważył Zamawiający, umknęło uwadze Odwołującego A, że wedle zacytowanego w uzasadnieniu odwołania fragmentu uzasadnienia wyroku Izby: *Z zasady współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania należy wyprowadzić wniosek, że jeżeli na podstawie umowy wierzyciel czyli zamawiający jest uprawniony do jednostronnego wyznaczenia terminu na usunięcie wad, to nie może być to termin dowolny, ale taki, który umożliwi takie usunięcie. Wyznaczenie terminu nieodpowiedniego oznaczałoby bowiem, że w istocie wierzyciel nie współdziała zgodnie z celem społeczno-gospodarczym takiego uprawnienia, zwyczajami, z zasadami współżycia społecznego i nie zmierza do wykonania świadczenia. Taki sposób ukształtowania terminu byłby zatem naruszeniem umownych obowiązków zamawiającego* [zob. pkt VII.64]. Zatem również w tamtej (skądinąd w odwołaniu bliżej niesprecyzowanej co do sygnatury) sprawie Izba nie kwestionowała uprawnienia zamawiającego do określenia terminu usunięcia wad, natomiast wskazała na zasadę, która ogranicza jego swobodę, a tym samym wyłącza arbitralność.

Drugi aspekt zarzutu opiera się na przejściu do porządku dziennego nad tym, że postanowienie § 11 ust. 13 pkt 6 PPU dotyczy sytuacji nieusunięcia przez wykonawcę wady nieistotnej w terminie pierwotnie zakreślonym przez Zamawiającego, co stanowi nieprzekonującą próbę przedstawienia sytuacji nieusunięcia tej wady w kolejnych terminach jako przejawu ustanowienia odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

[zarzut nr 6]

Brzmienie § 36 [Kary umowne] ust. 12 pkt 1, 2 i 5 PPU: Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy oraz żądania od niego zapłaty następujących kar umownych:

1) *w przypadku zwłoki Wykonawcy w sporządzeniu i przekazaniu Zamawiającemu Projektu Technicznego dla pojedynczego Punktu Kontrolnego w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 3 pkt 1 Umowy lub w przypadku zwłoki Wykonawcy w przekazaniu poprawionego Projektu Technicznego do Zamawiającego albo zwłoki w przedstawieniu wyjaśnień w stosunku do terminu, o którym mowa w § 26 ust. 5 Umowy – kary umownej w wysokości 10 000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*

2) *w przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu Prac Adaptacyjnych na pojedynczym Punkcie Kontrolnym w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 3 pkt 2 Umowy – kary umownej w wysokości 20 000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*

(...)

5) *w przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu Instrukcji Zmiany Punktu Kontrolnego w stosunku do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego – kary umownej w wysokości 20 000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*

(...)

Poza opisaniem powyższych regulacji podstawa faktyczna zarzutu jest wątpliwa i sprowadza się do dwóch twierdzeń, które ponadto do zamknięcia rozprawy pozostały nieudowodnione, w tym nie zostały przyznane przez Zamawiającego.

Pierwsze sprowadza się w istocie do ogólnikowego przeświadczenia, że pomimo stosunkowo wysokiej wartości szacunkowej zamówienia cena usługi dotyczącej pojedynczego Punktu Kontrolnego będzie stosunkowo niewielka, a z doświadczenia Odwołującego A wynika, że odniesienie kary umownej do tej ceny – jakkolwiek ceny te nie są aktualnie publicznie dostępne – powoduje, że ta kara staje się rażąco wygórowana [por. pkt VII.69 uzasadnienia odwołania].

Drugie polega na wywiedzeniu, że skoro przedmiotem tego zamówienia jest system kontroli, a nie bezpośredni system poboru opłat za przejazd po drogach publicznych, zwłoka (perswazyjnie i kontrfaktycznie nazwana „opóźnieniem”) w wykonaniu czynności dotyczących danego Punktu Kontrolnego nie będzie powodowała szkody po stronie Zamawiającego [por. pkt VIII.70 uzasadnienia odwołania].

Niezależnie od powyższego odwołanie nie zawiera żadnego uzasadnienia, dlaczego akurat wnioskowane obniżenie skarżonych wysokości kar umownych o połowę miałyby być adekwatne w tak podniesionych okolicznościach.
{KIO 4808/24}

[zarzut nr 1f]

Brzmienie § 23 ust. 1 PPU: *W trakcie trwania Usługi Utrzymania Zamawiający będzie weryfikował zapewnienie Poziomów Skuteczności na poszczególnych Punktach Kontrolnych. Weryfikacja będzie odbywała się według zasad określonych dla testów skuteczności w § 9 ust. 2 i ust. 6-7 Umowy, z tym że:*

1) dane podlegające weryfikacji będą pobierane przez Zamawiającego z Systemu ANPRS PL (Wykonawca nie będzie przygotowywał żadnej dokumentacji, w tym nie będzie materiału wideo);

2) rozmiar próbki testowej będzie nie mniejszy niż 120 Pojazdów;

3) liczba Pojazdów w każdym okresie doby będzie wynosić nie mniej niż 40 Pojazdów.

Brzmienie § 9 ust. 2 i 6-7 PPU, do których odesłano w skarżonym postanowieniu:

2. W ramach testów skuteczności Wykonawca jest zobowiązany do zweryfikowania oddzielnie dla każdego Punktu Kontrolnego następujących parametrów:

1) skuteczność odczytu numerów tablic rejestracyjnych – określoną poprzez wartość procentową stosunku liczby poprawnie zidentyfikowanych numerów tablic rejestracyjnych do liczby wszystkich tablic rejestracyjnych, z uwzględnieniem spełnienia wymagań jakie Oprogramowanie musi zapewnić w zakresie zdjęć, o których mowa w pkt II.5 ppkt 1 lit. a i ppkt 2-4 OPZ, oraz z uwzględnieniem poniższych założeń:

a) za poprawnie zidentyfikowane numery tablic rejestracyjnych rozumie się poprawne odczytanie:

– w przypadku Pojazdu nietworzącego zespołu pojazdów – numeru tablicy rejestracyjnej Pojazdu umieszczonej z przodu i z tyłu pojazdu,

– w przypadku Pojazdu tworzącego zespół pojazdów – numeru tablicy rejestracyjnej Pojazdu umieszczonej z przodu Pojazdu i numeru rejestracyjnego na tablicy rejestracyjnej przyczepy/naczepy,

– numeru tablicy rejestracyjnej Pojazdu umieszczonej tylko z przodu Pojazdu lub tylko z tyłu Pojazdu (np. motocykle, ciągniki rolnicze itp.),

b) do testów nie mogą być brane pod uwagę:

– Pojazdy z tablicą rejestracyjną, co do której Zamawiający ma wątpliwości w określeniu numeru tej tablicy, której brak czytelności nie wynika z niespełnienia przez Oprogramowanie wymagań określonych w OPZ, a jest wynikiem uszkodzeń, zużycia, zabrudzeń lub częściowego zasłonięcia Pojazdu w obszarze tablic rejestracyjnych, złych warunków pogodowych lub poruszania się Pojazdu niezgodnie z przepisami ruchu drogowego,

– maszyny rolnicze bez oznakowania tablicą rejestracyjną,

– Pojazdy nie posiadające tablicy rejestracyjnej;

2) skuteczność odczytu numerów tablic ADR – określoną poprzez wartość procentową będącą stosunkiem liczby poprawnie zidentyfikowanych Pojazdów z umieszczoną tablicą ADR do liczby wszystkich możliwych do zidentyfikowania (tj. nie budzących wątpliwości dla Zamawiającego) tablic ADR przejeżdżających przez Punkt Kontrolny, z uwzględnieniem poniższych założeń:

a) za poprawnie zidentyfikowany pojazd z umieszczoną tablicą ADR rozumie się poprawne odczytanie numeru tablicy ADR umieszczonej na pojeździe lub zespole pojazdów,

b) do testów nie mogą być brane pod uwagę:

– Pojazdy nieposiadające tablicy ADR,

– Pojazdy z tablicą ADR nieczytelną, co do których Zamawiający ma wątpliwości w określeniu numeru tablicy ADR;

3) skuteczność klasyfikacji typu Pojazdów – określoną poprzez wartość procentową będącą stosunkiem liczby Pojazdów poprawnie przypisanych do odpowiednich Kategorii Pojazdów do liczby wszystkich Pojazdów przejeżdżających przez Punkt Kontrolny, z uwzględnieniem poniższego założenia:

a) za Pojazd poprawnie przypisany do odpowiedniej kategorii rozumie się poprawne przypisanie Pojazdu do odpowiadającej mu kategorii zgodnie z wymaganiem opisanym w pkt II.14 OPZ;

4) skuteczność rozpoznawania krajów rejestracji Pojazdów – określoną poprzez wartość procentową będącą stosunkiem liczby poprawnie zidentyfikowanych krajów rejestracji Pojazdów do liczby wszystkich możliwych do rozpoznania krajów rejestracji Pojazdów przejeżdżających przez Punkt Kontrolny, z uwzględnieniem poniższych założeń:

a) za poprawnie zidentyfikowany kraj rejestracji pojazdu rozumie się poprawne odczytanie kraju rejestracji pojazdu na tablicy rejestracyjnej,

b) do testów nie mogą być brane pod uwagę Pojazdy określone w pkt 1 lit. b;

5) skuteczność powiązywania ze sobą wszystkich zdjęć w ramach jednego przejazdu Pojazdu lub zestawu pojazdów (środek transportu, środek transportu + przyczepa/naczepa) wraz z plikiem XML w jeden zestaw danych – określoną poprzez wartość procentową będącą stosunkiem liczby poprawnie powiązanych zestawów danych do liczby wszystkich

zestawów danych zarejestrowanych przez Punkt Kontrolny, z uwzględnieniem poniższego założenia:

a) za poprawnie powiązane dane rozumie się poprawny zestaw danych z przejazdu jednego Pojazdu w postaci: plik XML + zdjęcie pojazdu z przodu + zdjęcie pojazdu z tyłu + zdjęcie kontekstowe pojazdu;

6) skuteczność kompletności danych określoną poprzez wartość procentową będącą stosunkiem liczby Zdarzeń, do których zostały dostarczone kompletne dane do liczby wszystkich Zdarzeń zarejestrowanych przez Punkt Kontrolny, z uwzględnieniem poniższego założenia:

a) za Zdarzenie, do których zostały dostarczone kompletne dane rozumie się przejazd, w ramach którego dostarczono plik XML + zdjęcie pojazdu z przodu + zdjęcie pojazdu z tyłu + zdjęcie kontekstowe pojazdu.

6. Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia testów skuteczności w trzech następujących po sobie okresach doby i w następującej liczbie Pojazdów:

- 1) 100 Pojazdów następujących po sobie, zarejestrowanych w dzień, przed południem;
- 2) 100 Pojazdów następujących po sobie, zarejestrowanych w dzień, po południu;
- 3) 100 Pojazdów następujących po sobie, zarejestrowanych w nocy.

7. Przez okresy doby, o których mowa w ust. 6, należy rozumieć:

- 1) za dzień należy rozumieć okres od początku astronomicznego dnia (astronomiczny wschód słońca) + 1 godzina, do końca astronomicznego dnia (astronomiczny zachód słońca) – 1 godzina;
- 2) za noc należy rozumieć okres od 2 godzin po astronomicznym zachodzie słońca do 2 godzin przed astronomicznym wschodem słońca;
- 3) sformułowanie „przed południem” należy rozumieć jako okres od początku dnia do astronomicznego południa;
- 4) sformułowanie „po południu” należy rozumieć jako okres od astronomicznego południa do końca dnia.

Wyznaczenie astronomicznego wschodu, zachodu słońca oraz południa odbywa się na podstawie informacji o lokalizacji pomiarowej i właściwych tablic astronomicznych.

Sformułowany zarówno na wstępie, jak i w uzasadnieniu odwołania zarzut dotyczy dwóch kwestii związanych z weryfikowaniem skuteczności działania systemu kontroli poboru opłat w toku jego eksploatacji, co generalnie ma się odbywać w analogiczny sposób jak testy skuteczności przeprowadzane na etapie wdrażania, z pierwotnie literalnie trzema (a kategorialnie dwoma) wyjątkami.

Kwestia zmniejszenia w porównaniu do testów skuteczności wielkości próbki testowej (zarówno co do całkowitej, jak i dobowej liczby pojazdów) przestała być aktualna i sporna po wykreśleniu wprowadzających je postanowień. Zaznaczyć przy tym należy, że ze sformułowania zarzutu nie wynika, aby przedmiotem zaskarżenia była jedyna pozostawiona różnica, co do źródła danych podlegających weryfikacji. Nie sposób poczytać za przedstawienie w tym zakresie zarzutu poprzestanie na przedstawieniu żadanego brzmienia skarżonego postanowienia, w którym brak również tego odstępstwa [por. pkt VI.25-27 uzasadnienia odwołania].

Druga kwestia dotyczy braku określenia maksymalnej częstotliwości przeprowadzenia takiej weryfikacji, która według Odwołującego B powinna odbywać się nie częściej niż raz na kwartał, z uwagi na uciążliwość tej procedury dla wykonawcy jako strony umowy. Przy czym ta deklarowana uciążliwość nie tylko nie została wykazana, ale nawet nie wiadomo, na czym miałyby polegać lub z czego wynikać [por. pkt VI.28 uzasadnienia odwołania]. Zwłaszcza w sytuacji, gdy dane podlegające weryfikacji mają być pobierane przez Zamawiającego z Systemu ANPRS PL, a wykonawca nie będzie musiał przygotowywać żadnej dokumentacji.

Natomiast, jak przypomnieli Zamawiający, poza wszelkim sporem pozostaje fakt, że zgodnie z brzmieniem postanowienia pkt IV.2 OPZ, które nie było sporne, Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia Usługi Utrzymania w taki sposób aby zapewnić ciągłość prawidłowego funkcjonowania Punktów Kontrolnych oraz zapewnić bezpieczeństwo dla wszystkich użytkowników ruchu drogowego oraz osób mogących się znajdować w pobliżu lokalizacji Punktu Kontrolnego przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu oraz 365 (366) dni w roku przez cały okres realizacji Usługi Utrzymania, w tym monitorować, przeglądać i na bieżąco zapewniać utrzymanie stanu Punktu Kontrolnego. Tym bardziej nie wiadomo, dlaczego Zamawiający miałby zostać pozbawiony możliwości sprawdzenia ad hoc wywiązywania się przez wykonawcę z tego zobowiązania, tj. osiągania wymaganego poziomu skuteczności [zob. pierwsze trzy akapity na str. 11 odpowiedzi na odwołanie].

Reasumując, podstawa faktyczna zarzutu w pierwszym aspekcie przestała istnieć, a w drugim *de facto* nie zaistniała.

[zarzut nr 3 (względem którego zarzut nr 4 był ewentualnym)]

Brzmienie § 2 PPU [Przedmiot Umowy] w zakresie ust. 1: *Przedmiotem Umowy w ramach zamówienia podstawowego jest:*

- 1) dostarczenie Oprogramowania i zainstalowanie go na Punktach Kontrolnych umiejscowionych w lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 5 do Umowy (według wyboru dokonanego przez Wykonawcę w Ofercie spośród:
 - a) z wykorzystaniem całego Sprzętu zamontowanego na Punktach Kontrolnych i uzupełnieniem go o nowy Sprzęt

niezbędny do spełnienia wymagań określonych w OPZ,

b) z wykorzystaniem części Sprzętu zamontowanego na Punktach Kontrolnych i uzupełnieniem go o nowy Sprzęt niezbędny do spełnienia wymagań określonych w OPZ wraz ze świadczeniem usługi magazynowania Sprzętu zdemontowanego w ramach Prac Adaptacyjnych;

c) z dostarczeniem całkowicie nowego Sprzętu niezbędnego do spełnienia wymagań określonych w OPZ wraz ze świadczeniem usługi magazynowania Sprzętu zdemontowanego w ramach Prac Adaptacyjnych);

2) zapewnienie łączności na Punktach Kontrolnych, o których mowa w pkt 1, nie później niż od dnia, w którym na danym Punkcie Kontrolnym będzie przeprowadzany test, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 1, do końca trwania świadczenia Usługi Utrzymania;

3) świadczenie Usługi Utrzymania Punktów Kontrolnych, o których mowa w pkt 1.

Z formalnie wspólnego uzasadnienia dla obu zarzutów wyłania się następująca podstawa faktyczna zarzutu nr 3, w zakresie, w jakim była niesporna lub została wykazana na rozprawie [zob. pkt VIII.33 i 35-36 uzasadnienia odwołania]. Odwołujący co do zasady nie kwestionuje dopuszczalności wariantowego określenia sposobu realizacji tego zamówienia w obu częściach, w tym z wykorzystaniem części lub całości Sprzętu dotychczas zamontowanego na Punktach Kontrolnych, jako przejawu uprawnienia Zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia stosownie do jego potrzeb (niesporne). Jednakże w części nr 1 Sprzęt zamontowany nie bazuje na powszechnie dostępnych komponentach, jak w przypadku części nr 2, w zakresie, w jakim zastosowano sensory (inteligentne czujniki ruchu drogowego) SSP-X1 marki Vitronic [patrz wydruki odmiennych wyników wyszukiwania w Google opatrzone ręcznym dopiskiem „Dowód nr 4”, choć zauważyć wypada, że w przypadku urządzenia Vitronic przedmiotem wyszukiwania była jego cena]. Jednocześnie opis przedmiotu zamówienia dla części nr 1 nie zawiera szeregu danych technicznych dla sensorów SSP-X1, w szczególności co do zastosowanych w nich kamerach (matryca, parametry optyczne, protokół transmisji wymiany danych (ONVIF, RTSP bądź inny), czy też Głównej Jednostki Sterującej (GSU), w szczególności o CPU w zakresie użytego procesora, rozmiaru pamięci RAM i dysku, architektury, systemu operacyjnego [patrz wydruk z informacjami i danymi opatrzone ręcznym dopiskiem „Dowód nr 2”]. Tymczasem takie dane są dostępne dla zamontowanych przez Kapsch kamer sieciowych DH-IPC-HFW7442H-Z4FR [patrz wydruk karty katalogowej z opisem i danymi opatrzone ręcznym dopiskiem „Dowód nr 3”], co ułatwia ocenę możliwości ich wykorzystania przez innych wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w części nr 2.

W sytuacji gdy bezpośrednie odniesienie się do powyższych faktów w odpowiedzi na odwołanie sprowadza się do konstatacji o udostępnieniu wszelkiej posiadanej dokumentacji sprzętu wykorzystywanego w ramach dotychczas zrealizowanych umów w sposób, o którym mowa w pkt 1.4 SWZ (gdzie mowa jest o Dotychczasowej Dokumentacji, przez którą należy rozumieć wszystkie informacje, materiały, dokumenty, raporty, rejestry, rysunki, harmonogramy, plany w dowolnym formacie, dokumentacja powykonawcza, dokumentacja z przeglądów, bądź inne materiały, przechowywane w dowolny sposób, wytworzone do dnia zawarcia Umowy z Wykonawcą, związane z przedmiotem Umowy będące w posiadaniu Zamawiającego), okoliczności opisane w poprzednim akapicie należy uznać, na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy pzp, za przyznane przez Zamawiającego.

Z kolei zaprzeczenie wyrażone w piśmie procesowym Przystępującego B odnosi się do powszechnej dostępności większości (skądinąd nie do końca sprecyzowanej) pozostałych komponentów infrastruktury technicznej wchodzących w skład Punktu Kontrolnego rozumianych jako Sprzęt według definicji z §1 ust. 1 pkt 32 PPU, w której z kolei odesłano do kategorii urządzeń wyszczególnionych w pkt 1.3) lit. a)-l).

Natomiast Odwołujący B nie wykazał, że oprócz uzupełnienia w powyższym zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla umożliwienia oceny skorzystania z opcji wykorzystania dotychczas eksploatowanego Sprzętu w części nr 1 konieczne jest również udostępnienie przez Zamawiającego w pełni wyposażonej lokalizacji testowej na 3 miesiące przed terminem składania ofert, zwłaszcza że sam nie widzi takiej potrzeby w odniesieniu do części zamówienia, w której do wykorzystania jest Sprzęt przez niego zamontowany.

Z kolei w sytuacji, gdy Odwołujący B przyznał, że dotychczas nie czynił żadnych starań, aby ustalić, czy, w jakim zakresie i na jakich warunkach Vitronic zapewnia dostępność części zamiennych do sensorów SSP-X1, pomimo jednoznacznie wskazanego w złożonej przez siebie na rozprawie broszurze [opatrzonej ręcznym dopiskiem „Dowód nr 4”], nie ma żadnych podstaw faktycznych do antycypowania w tym zakresie ze strony konkurenta działań mających znamiona czynu nieuczciwej konkurencji [por. pkt VII.35 uzasadnienia odwołania].

W tym kontekście należy również odnotować, że sam Odwołujący B przyznaje, że nawet we wskazywanych przez niego okolicznościach (które okazały się być prezentowane na wyrost co do zakresu unikalnych komponentów sprzętowych w ramach Sprzętu do wykorzystania w części nr 1), status Vitronic nie jest tożsamy z sytuacją uczestniczenia wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 85 ust. 1 ustawy pzp. Tym samym Odwołujący B sam przyznał, że ma świadomość o braku podstaw faktycznych do zastosowania tego przepisu w niniejszej sprawie, choć umieścił go w ramach kwalifikacji prawnej zarzutu nr 3 na

wstępie odwołania.
{KIO 4807/25, KIO 4808/25}

Izba zważyła, co następuje:

[umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie niektórych zarzutów]

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust. 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Z kolei według art. 522 ust. 4 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wreszcie zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Reasumując, z przywołanych przepisów wynika, że w zakresie zawartych w odwołaniu zarzutów, które następnie albo zostały wycofane przez odwołującego, albo zostały uwzględnione przez zamawiającego, przy braku przystępującego po jego stronie lub braku sprzeciwu ze strony takiego przystępującego, Izba obowiązana jest do umorzenia postępowania odwoławczego.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach – działając na podstawie art. 568 pkt 1 i 3 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 4. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w rozpoznawanych sprawach.

[rozważania wstępne – granice kognicji Izby]

Zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp; dalej: „popzp”) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została wkrótce potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Dodatkowo zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Jak to trafnie wywiódła Izba w uzasadnieniu wyroku z 28 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 967/21, stan rzeczy, o którym mowa w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy pzp, należy interpretować analogicznie jak w art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, czyli jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia.

{KIO 4807/24}

[zarzuty nr 1b i 1c dot. pkt II OPZ pkt 7 (zestaw danych) i 9 (przesył danych) oraz
zarzuty nr 1a i 1f dot. pkt II OPZ pkt 5 (zdjęcia pojazdów) i 37 (system alarmowy)
– w zw. z § 5 ust. 9 PPU]

Według wspólnego tym zarzutom sformułowania na wstępie odwołania wprowadzenie każdego z tych

postanowień OPZ (w zw. ze wskazanym postanowieniem PPU) skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 99 ust. w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 353¹ i art. 354 § 1 Kodeksu cywilnego, gdyż oznacza wprowadzenie obowiązku wykonania na etapie realizacji umowy nieznanych w dniu składania oferty czynności, bez dodatkowego wynagrodzenia, co powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niejasny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny.

Jak to w uzasadnieniu odwołania zostało wywiedzione, brak sprecyzowania w tych aspektach przedmiotu zamówienia szczegółowych parametrów i funkcjonalności powoduje niemożność ich zidentyfikowania i adekwatnej wyceny, co prowadzi do obciążenia nadmiernym ryzykiem kontraktowym [zob. pkt VII.11]

Niezależnie od tego Odwołujący A powołał się na swoje, skądinąd bliżej niesprecyzowane, negatywne doświadczenia przy realizacji dotychczasowej umowy, które przywiodły go do wyrażenia przekonania, że wykonawca jako strona umowy będzie skazany na całkowitą dowolność i uznaniowość Zamawiającego. Ten zaś nie będzie skłonny poczynić takich uzgodnień i albo nie wyrazi zgody na rozwiązania proponowane przez wykonawcę, albo będzie przedstawiał oczekiwania trudne lub wręcz niemożliwe do spełnienia przez urządzenia lub oprogramowanie przewidziane przez wykonawcę na podstawie dostępnych w ramach opisu przedmiotu zamówienia informacji. Co z kolei w skrajnym przypadku narazi wykonawcę na kary umowne lub odstąpienie od umowy przez Zamawiającego [zob. pkt VII.13 uzasadnienia odwołania].

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

1.Art. 99 ust. 1 – 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.

2.Art. 433 pkt 3 – projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Z kolei według również wskazanych w odwołaniu przepisów Kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp z mocy odesłania wynikającego z jej art. 8 ust. 1 (stanowiącego w szczególności, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

1.Art. 353¹ – strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

2.Art. 354 – dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom [§ 1]. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel [§ 2].

Co prawda okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu nie wskazują na wypełnienie hipotezy normy prawnej, skądinąd dość powierzchownie opisanej na wstępie odwołania, którą można by wywieść z wszystkich powyżej wskazanych przepisów rozważanych łącznie lub osobno, ale z jednym kluczowym wyjątkiem. Dla stwierdzenia zasadności niektórych spośród podtrzymanych zarzutów konieczne i wystarczające jest bowiem, że doszło do naruszenia normy prawnej wynikającej z samego art. 99 ust. 1 ustawy pzp, polegającego na braku odpowiedniego sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Dlatego z uwagi na poczynione ustalenia faktyczne należy uznać, że o ile zarzuty nr 1b i 1c potwierdziły się, o tyle zarzuty nr 1a i 1f w istniejącym na chwilę orzekania stanie rzeczy okazały się bezzasadne, bo w istocie bezprzedmiotowe.

[zarzuty nr 3b, 3d dotyczące odpowiednio § 3 ust 3 pkt 2 i § 11 ust. 1 PPU]

Według wspólnego zarzutom nr 3a, 3b, 3c i 3 d sformułowania na wstępie odwołania wprowadzenie do PPU postanowień odpowiednio: a) § 3 ust. 3 pkt 1 i b) § 3 ust. 3 pkt 2 oraz c) § 8 ust. 1 i d) § 11 ust. 1 skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 433 pkt 3 i art. 16 pkt 1 ustawy pzp, polegającym na ukształtowaniu stosunku prawnego (umowy w sprawie zamówienia publicznego) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzącym do nadużycia prawa podmiotowego przez rażące wykorzystanie dominującej pozycji jako organizatora przetargu, przejawiającym się we wprowadzeniu do projektowanych postanowień umowy postanowień rażąco naruszających równowagę kontraktową stron, przerzucających na wykonawcę niemożliwe do oszacowania ryzyka, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od niego, oraz przewidujących jego odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co sprzeciwia się naturze tego stosunku zobowiązaniowego.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

1.Art. 433 pkt 3 – projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za

okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

2.Art. 16 pkt 1 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z kolei według również wskazanego w odwołaniu przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego, który – jak należy domniemywać – miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp z mocy odesłania wynikającego z jej art. 8 ust. 1 (stanowiącego w szczególności, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej), strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Jak to powyżej ustalono, uwzględnienie przez Zamawiającego dwóch cząstkowych zarzutów nr 3a i 3c spowodowało, że zarzuty nr 3b i 3d stały się bezprzedmiotowe, gdyż wszystkie opierały się na wspólnej i niepodzielnej podstawie faktycznej, która przestała być aktualna. W konsekwencji z założenia za bezzasadną należy uznać wskazywaną w odwołaniu kwalifikacja prawna, niezależnie od tego, czy brać pod uwagę hipotezę normy prawnej, którą można by wywieść z wszystkich powyżej wskazanych przepisów rozważanych łącznie czy dla każdego z nich osobna.

[zarzut nr 4 dotyczący § 11 ust. 10 i § 12 ust. 26 pkt 2 PPU]

Według sformułowania zarzutu na wstępie odwołania zaskarżone postanowienia PPU skutkują naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ w zw. z art. 643 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 433 pkt 3 i art. 16 pkt 1 ustawy pzp, polegającym na ukształtowaniu stosunku prawnego (umowy w sprawie zamówienia publicznego) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego i niezgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego co do możliwości odbioru dzieła, prowadzącym do nadużycia prawa podmiotowego przez rażące wykorzystanie dominującej pozycji jako organizatora przetargu, przejawiającym się we wprowadzeniu do projektowanych postanowień umowy postanowień rażąco naruszających równowagę kontraktową stron, przerzucających na wykonawcę niemożliwe do oszacowania ryzyka, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od niego, oraz przewidujących jego odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co sprzeciwia się naturze tego stosunku zobowiązaniowego.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

- 1.Art. 433 pkt 3 – projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
- 2.Art. 16 pkt 1 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z kolei według również wskazanych w odwołaniu przepisami Kodeksu cywilnego, które – jak należy domniemywać – miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp z mocy odesłania wynikającego z jej art. 8 ust. 1 (stanowiącego w szczególności, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

- 1.Art. 353¹ – strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
- 2.Art. 643 – zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.

Nie sposób dopatrzeć się w ustalonych powyżej okolicznościach faktycznych naruszenia, któregośkolwiek ze wskazywanych w odwołaniu materialnych przepisów ustawy pzp. Zwłaszcza w sytuacji, gdy uzasadnienie odwołania nie zawiera jakiegokolwiek wyводу, w jaki sposób zdefiniowanie jako wady istotnej *de facto* każdego, ale jednak odstępstwa od oczekiwanego i opisanego wykonania przedmiotu umowy, miałyby stanowić przejaw przypisania wykonawcy odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

O zasadności zarzutu przesądza jednak potwierdzenie się naruszenia normy wynikającej z art. 353¹ kc w zw. z art. 643 kc, czyli w tym przypadku ukształtowanie umowy z przekroczeniem zasady swobody umów w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie, aby nie odebrać dzieła (Punktu Kontrolnego) w razie wystąpienia jakiegokolwiek nieprawidłowości, czyli również wady nieistotnej.

Izba wzięła uznać za trafną i aktualną wyważoną i pogłębioną argumentację prawną zawartą w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2021 r. sygn. akt V CSKP 10/21:

W orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości, że zamawiający może odmówić odbioru dzieła i zapłaty wynagrodzenia, gdy w chwili oddania ma ono wady istotne, które uniemożliwiają korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie. Charakter tych wad jest bowiem tego rodzaju, że nie można uznać,

aby dzieło nimi dotknięte było wydane przez przyjmującego zamówienie zgodnie z zobowiązaniem, od czego jest uzależniona wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia. Za stanowiskiem tym przemawia charakter umowy o dzieło, jako umowy rezultatu, względ na zasadę ekwiwalentności świadczeń stron z tej umowy (art. 642 § 1 KC i art. 488 § 2 KC) oraz charakter przepisów o odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady dzieła, których celem jest przede wszystkim wzmocnienie, a nie osłabienie, ochrony zamawiającego dzieło w stosunku do ochrony wynikającej z przepisów ogólnych o odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. (...)

W orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje także pogląd, że obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia – co do zasady – aktualizuje się w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych. W tym pragmatycznym stanowisku wskazuje się na konieczność rozróżnienia niewykonania zobowiązania od nienależytego wykonania zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Podnosi się, że przyjęcie odmiennego stanowiska naruszałoby równowagę między zamawiającym a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce – zwłaszcza przy skomplikowanych przedmiotach umowy – jest trudne do realizacji. W konsekwencji przyjmuje się, że strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła (por. m.in. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90, z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 167, z dnia 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00, niepubl., z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, niepubl., z dnia 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06, niepubl., z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7, z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10, niepubl., z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11, OSNC-ZD 2013, nr B, poz. 31, z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12, niepubl., z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, niepubl. i z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12, niepubl.).(...)

W tym kontekście dostrzeżenia wymaga, że wyżej przytoczone pragmatyczne stanowisko Sądu Najwyższego przyznające zamawiającemu uprawnienie do odmowy odbioru dzieła jedynie w przypadku stwierdzenia wad istotnych, spotkało się z krytyką w doktrynie, jako wątpliwe pod względem dogmatycznym. Wskazano, że jest ono sprzeczne z treścią art. 642 § 1 i art. 643 KC, które uszczegóławiają w odniesieniu do umowy o dzieło zasadę jednoczesności spełnienia świadczeń z umów wzajemnych wyrażoną w art. 488 § 1 KC i sprzyja obniżeniu jakości świadczonych przez przyjmujących zamówienie usług, przerzucając ryzyko ich niestarynności na zamawiającego (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., III CZP 8/15, Biul. SN 2015, nr 4).(...)

Nawet jednak przychylenie się do tej krytyki i przyjęcie, że zamawiający ma – co do zasady – prawo odmówić odbioru dzieła, które oferuje mu przyjmujący zamówienie, jeżeli zostało ono wykonane niezgodnie z umową, także wtedy, gdy posiada ono wady nieistotne, nie dostarcza – w okolicznościach sprawy – argumentów wspierających stanowisko skarżącego. Po pierwsze, w przypadku przyznania zamawiającemu takiego uprawnienia – celem zachowania równowagi kontraktowej stron – umowa musiałaby zostać tak ukształtowana, by można było jednoznacznie zweryfikować czy przyjmujący zamówienie wykonał dzieło zgodnie ze swoim zobowiązaniem, a także precyzyjnie wskazywać, jakie kryteria strony przyjmują do oceny efektów prac wykonawcy. Umowa stron - mimo że została zawarta w relacjach obustronnie profesjonalnych – nie spełnia tych wymogów, ograniczając się do ogólnikowych sformułowań i nie zawiera żadnych szczegółowych kryteriów oceny prac pod względem technicznym, użytkowym czy estetycznym. W konsekwencji nieprecyzyjnie oznacza rezultat który miał uzyskać wykonawca, w zakresie wyznaczników jakościowych, z natury trudnych do zobiektywizowania. Po drugie, ściśle rozróżnienie przypadków niewykonania od nienależytego wykonania zobowiązania często jest niemożliwe, gdyż podział ten jest nieostry. Wadą dzieła jest określone odstępstwo od umowy, co sprawia że pojęcie wady ma charakter relatywny, zależny od treści umowy stron. O istnieniu wady decyduje zobiektywizowana ocena przydatności dzieła, a nie subiektywne odczucie, którejkolwiek ze stron (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11 i z dnia 21 stycznia 2015 r., IV CSK 214/14, OSP 2015, nr 12, poz. 120). W odniesieniu do umów rezultatu niewykonanie zobowiązania może dotyczyć nie tylko braku świadczenia, ale obejmować także sytuację, w której spełnione świadczenie nie zaspokaja oznaczonego interesu wierzyciela. Za niewykonanie zobowiązania może więc być uznane spełnienie świadczenia, którego jakość tak daleko odbiega od objętego treścią zobowiązania, że z punktu widzenia odbiorcy tego świadczenia nie prowadzi do zaspokojenia jego interesu.

Biorąc powyższe pod uwagę nie sposób odmówić Zamawiającemu uprawnienia do takiego zdefiniowania i wyspecyfikowania nieprawidłowości funkcjonalnych, w zakresie bezpieczeństwa czy wykonanych prac odnośnie Punktu Kontrolnego, które poczyta za wady istotne. Jednak powinno się to ograniczać do jednoznacznego i jak najbardziej precyzyjnego skonkretyzowania nieprawidłowości w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem, które uniemożliwiają korzystanie z Punktu Kontrolnego zgodnie z jego przeznaczeniem lub wyraźnie sprzeciwiają się oznaczonym warunkom umowy.

Natomiast w świetle przywołanej powyżej argumentacji prawnej nieuprawnione jako zbyt daleko idące jest oczekiwanie Odwołującego A, popierane przez Przystępującego B, aby rozróżnienie istotności wad sprowadzić li tylko zawarcia w umowie klauzuli generalnej, zgodnie z którą za istotną zostanie poczytana tylko wada uniemożliwiająca korzystanie z Punktu Kontrolnego zgodnie z jego przeznaczeniem. O ile odzwierciedla to kryterium przewijające się orzecznictwie, o tyle w sprawach, w których istnieje już spór co do tego, czy konkretny przypadek nienależytego wykonania dzieła czy robót budowlanych obciążony jest wadą istotną, w sytuacji gdy nie zostało to w umowie w ogóle lub dostatecznie uszczegółowione. Nie ma też znaczenia, że w praktyce obrotu, szczególnie w umowach na roboty budowlane taka klauzula jest stosowana. Skoro nie została usankcjonowana wprost żadnym przepisem, zgodnie z zasadą swobody umów dopuszczalne jest skonkretyzowanie, jakie usterki dzieła stanowią wady istotne, jeżeli zostanie to przeprowadzone bez naruszenia równowagi stron umowy.

[zarzut nr 5 dotyczący § 11 ust. 13 PPU]

Według sformułowania zarzutu na wstępie odwołania zaskarżone postanowienie PPU skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 433 pkt 3 i art. 16 pkt 1 ustawy pzp, polegającym na ukształtowaniu stosunku prawnego (umowy w sprawie zamówienia publicznego) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzącym do nadużycia prawa podmiotowego przez rażące wykorzystanie dominującej pozycji jako organizatora przetargu, przejawiającym się we wprowadzeniu do projektowanych postanowień umowy postanowienia rażąco naruszającego równowagę kontraktową stron, przerzucającego na wykonawcę niemożliwe do oszacowania ryzyka, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od niego, oraz przewidującego jego odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co sprzeciwia się naturze tego stosunku zobowiązaniowego.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

- 1.Art. 433 pkt 3 – projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
- 3.Art. 16 pkt 1 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z kolei według również wskazanego w odwołaniu przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego, który – jak należy domniemywać – miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp z mocy odesłania wynikającego z jej art. 8 ust. 1 (stanowiącego w szczególności, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej), strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Bezzasadność rozpoznawanego zarzutu wynika z konieczności przestrzegania przez Izbę specyficznego dla procedury odwoławczej unormowania art. 555 w zw. z art. 552 ust. 1 ustawy pzp, którego znaczenie zostało już omówione na wstępie rozważań. Otóż podniesione w odwołaniu i istniejące na chwilę orzekania okoliczności faktyczne i prawne nie wskazują na naruszenie żadnego ze wskazywanych przepisów. Innymi słowy ustalone powyżej okoliczności faktyczne nie wypełniają hipotezy normy prawnej, skądinąd dość powierzchownie opisanej na wstępie odwołania, którą można by wywieść z wszystkich powyżej wskazanych przepisów rozważanych łącznie czy dla każdego z osobna.

[zarzut nr 6 dotyczący § 36 ust. 12 pkt 1, 3 i 5 PPU]

Według sformułowania zarzutu na wstępie odwołania zaskarżone postanowienia PPU skutkują naruszeniem przez Zamawiającego art. 353¹ w zw. z art. 483 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 433 pkt 2 i art. 16 pkt 1 ustawy pzp, polegającym na ukształtowaniu stosunku prawnego (umowy w sprawie zamówienia publicznego) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego i niezgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, prowadzącym do nadużycia prawa podmiotowego przez rażące wykorzystanie dominującej pozycji jako organizatora przetargu, przejawiającym się we wprowadzeniu do projektowanych postanowień umowy postanowień odnośnie wysokości kar umownych rażąco naruszających równowagę kontraktową stron, co sprzeciwia się naturze tego stosunku zobowiązaniowego.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

- 1.Art. 433 pkt 2 – projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.
- 2.Art. 16 pkt 1 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z kolei według również wskazanych w odwołaniu przepisami Kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w

związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp z mocy odesłania wynikającego z jej art. 8 ust. 1 (stanowiącego w szczególności, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

- 1.Art. 353¹ – strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
- 2.Art. 483 § 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
- 3.Art. 483 § 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Bezzasadność tego zarzutu również wynika z konieczności przestrzegania przez Izbę specyficznego dla procedury odwoławczej unormowania art. 555 ustawy pzp, którego znaczenie zostało już omówione na wstępie rozważań. Także w tym przypadku podniesione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne nie wskazują na naruszenie żadnego ze wskazywanych przepisów. Innymi słowy ustalone powyżej okoliczności faktyczne nie wypełniają hipotezy normy prawnej, skądinąd dość powierzchownie opisanej na wstępie odwołania, którą można by wywieść z wszystkich powyżej wskazanych przepisów rozważanych łącznie czy dla każdego z osobna. W szczególności nic nie wnosi dla sprawy wskazywanie na normy Kodeksu cywilnego definiujące instytucję kary umownej. Tym bardziej nie wiadomo, w jaki sposób nawet zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości miałyby podpadać pod szczególne unormowanie ustawy pzp zakazujące wprowadzania postanowień umownych przewidujących naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy.

{KIO 4808/24}

[zarzut nr 1f]

Według sformułowania zarzutu na wstępie odwołania zaskarżone postanowienie PPU skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 433 pkt 3 i art. 16 pkt 3 ustawy pzp, polegającym ukształtowaniu tego postanowienia w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i właściwością (naturą) stosunku umownego oraz będący przejawem nadużycia przez Zamawiającego prawa podmiotowego do ustalenia warunków zamówienia, a także w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz istniejących potrzeb ochrony interesu Zamawiającego, a także do ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w szczególności zakładający przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za ryzyka niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania, w tym również za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

- 1.Art. 433 pkt 3 – projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
- 2.Art. 16 pkt 3 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Z kolei według również wskazanych w odwołaniu przepisami Kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp z mocy odesłania wynikającego z jej art. 8 ust. 1 (stanowiącego w szczególności, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

- 1.Art. 5 – nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
- 2.Art. 353¹ – strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Bezzasadność rozpoznawanego zarzutu wynika z konieczności przestrzegania przez Izbę specyficznego dla procedury odwoławczej unormowania art. 555 w zw. z art. 552 ust. 1 ustawy pzp, którego znaczenie zostało już omówione na wstępie rozważań. Podniesione w odwołaniu i istniejące na chwilę orzekania okoliczności faktyczne i prawne nie wskazują bowiem na naruszenie żadnego ze wskazywanych przepisów. Innymi słowy ustalone powyżej okoliczności faktyczne nie wypełniają hipotezy normy prawnej, skądinąd dość powierzchownie opisanej na wstępie odwołania, którą można by wywieść z wszystkich powyżej wskazanych przepisów rozważanych łącznie czy dla każdego z osobna.

[zarzut nr 3 (względem którego zarzut nr 4 był ewentualnym)]

Według sformułowania zarzutu nr 3 na wstępie odwołania Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16

pkt 1 i w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prawidłowe skalkulowanie oferty, na skutek dopuszczenia w § 2 ust. 1 pkt 1) lit. a) i b) PPU1 zaoferowania realizacji zamówienia również w wariantach z wykorzystaniem całości lub części Sprzętu zamontowanego na Punktach Kontrolnych, pomimo że w obecnych uwarunkowaniach faktycznych i prawnych złożenie prawidłowo skalkulowanej i konkurencyjnej oferty przewidującej realizację zamówienia w części 1 w tych wariantach będzie możliwe jedynie przez Vitronic, który był dostawcą tego Sprzętu i ma pełną wiedzę o jego charakterystyce, zarówno w zakresie samego stanu technicznego urządzeń, jak i oprogramowania systemu operacyjnego, na skutek czego dochodzi do niezasadnego faworyzowania tego wykonawcy, gdyż ewentualna oferta przewidująca realizację zamówienia w wariantach, o którym mowa § 2 ust. 1 pkt 1) lit. c) PPU1 będzie musiała być droższa z uwagi na konieczność dostarczenia nowego Sprzętu.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 1 – 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.
2. Art. 99 ust. 4 – przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
3. Art. 16 pkt 1 – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.
4. Art. 85 ust. 1 jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Co prawda okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu nie wskazują na wypełnienie hipotezy normy prawnej, skądinąd dość powierzchownie opisanej na wstępie odwołania, którą można by wywieść z wszystkich powyżej wskazanych przepisów rozważanych łącznie lub osobno, ale z jednym kluczowym wyjątkiem. Dla stwierdzenia zasadności niektórych spośród podtrzymanych zarzutów konieczne i wystarczające jest bowiem, że doszło do naruszenia normy prawnej wynikającej z samego art. 99 ust. 1 ustawy pzp, polegającego na braku odpowiedniego sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Dlatego z uwagi na poczynione ustalenia faktyczne należy uznać, że rozpoznawany zarzut w istniejącym na chwilę orzekania stanie rzeczy okazał się zasadny.

{KIO 4807/25, KIO 4808/25}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 643 Kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. i 5. sentencji.

Natomiast wobec stwierdzenia niezasadności pozostałych zawartych w odwołaniach zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp czy Kodeksu cywilnego, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 – orzekła, jak w pkt 3. i 6. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tych sprawach, na które każdorazowo złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty stron w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, z tym zastrzeżeniem, że w pierwszej sprawie te ostatecznie zostały zgłoszone tylko ze strony Zamawiającego (každorazowo na podstawie złożonych rachunków lub spisu kosztów do wysokości do 3600 zł), orzeczono w pkt 7. i 8. sentencji stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lub 2 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 od odwołania (Dz.U. poz. 2437), tj. obciążając nimi strony danej sprawy według proporcji, w jakiej spośród nieuwzględnionych i podtrzymanych zarzutów odwołania zasadne zarzuty pozostają do zarzutów niezasadnych, a w drugiej sprawie znosząc wzajemnie między stronami koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.