Sygn. akt: KIO 4814/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska
Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Orange Polska Spółka akcyjna w Warszawie, Ridango AS w Tallinnie (Estonia), Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością SKA w Grodzisku Mazowieckim, Eviden Polska Spółka akcyjna w Warszawie, Atos Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu jako:
„Zarzut 1b – dotyczący parametrów sterownika kasowników", „Zarzut 1c – dotyczący wymogu integracji z systemem SYSTEmEGC", „Zarzut 1d – dotyczący zawarcia porozumień gwarancyjnych", „Zarzut 1e – dotyczący przygotowania kompleksowej strategii marketingowej", „Zarzut 1f – dotyczący realizacji kampanii informacyjno-edukacyjnej i promocyjnej", „Zarzut 1g – dotyczący wymagań w zakresie produkcji materiałów marketingowych", „Zarzut 1h – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1i – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1j – dotyczący raportów z kampanii", „Zarzut 2b – zwymiarowanie Systemu", „Zarzut 2c – integracja systemu z zewnętrznymi systemami", „Zarzut 2d – wymaganie standardu PCI -DSS", „Zarzut 2f - dotyczący demontażu i zwrotu poprzednich urządzeń", „Zarzut 2f – dotyczący dokumentacji migracji środowiska pomiędzy usługami chmurowymi", „Zarzut 2g – dotyczący migracji Systemu do nieznanego środowiska", „Zarzut 2h – dotyczący Poziomów SLA", „Zarzut 3a – dotyczący Planu Projektu", „Zarzut nr 5 – naruszenie art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 353(1) kc oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 Ustawy", „Zarzut 6a – dotyczący ewaluacji efektywności", „Zarzut 6b – dotyczący Planu naprawczego", „Zarzut 6c – dotyczący aktualizacji zdeponowanego kodu źródłowego",
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Orange Polska Spółka akcyjna w Warszawie, Ridango AS w Tallinnie (Estonia), Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Orange Polska Spółka akcyjna w Warszawie, Ridango AS w Tallinnie (Estonia), Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**tytułem wpisu od odwołania,
- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Orange Polska Spółka akcyjna w Warszawie, Ridango AS w Tallinnie (Estonia), Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 4814/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest system biletowy Warszawskiego Transportu Publicznego.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.
W dniu 19 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Orange Polska Spółka akcyjna

w Warszawie, Ridango AS w Tallinnie (Estonia), Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec treści dokumentów zamówieniu, w tym warunków zamówienia wynikających ze specyfikacji warunków zamówienia („SWZ") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „System biletowy Warszawskiego Transportu Publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców;

2) art. 99 ust. ust. 1 i ust. 2 w zw. 16 pkt. 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny oraz nadmiarowy, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a przy tym w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

3) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny, jednocześnie żądając przedmiotowych środków dowodowych, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, ani proporcjonalne do przedmiotu zamówienia;

4) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353 (1) oraz art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej „K.c.") oraz art. 5 K.c. w zw. z 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do SWZ, w części obejmującej projektowane postanowienia umowy, postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, poprzez nieprecyzyjne oraz rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia § 28 ust. 5 umowy P.z.p. stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ umożliwiające zamawiającemu uznaniowe naliczanie kar umownych z tytułu naruszenia niesprecyzowanych zobowiązań umownych wykonawcy, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w Postępowaniu i ograniczając konkurencję;

5) art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353(1) oraz art. 5 K.c. w zw. z 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do SWZ, w części obejmującej projektowane postanowienia umowy, postanowień w zakresie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych wskazanej w treści § 28 ust. 9 wzoru umowy, która nie obejmuje jednak kar zastrzeżonych na rzecz zamawiającego w treści § 28 ust. 6 i 7 wzoru umowy;

6) w zw. z art. 431 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353 (1) oraz art. 5 K.c. w zw. z 8 ust. 1 lub z art. 433 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do SWZ, w części obejmującej projektowane postanowienia umowy postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy lub zależnych od zamawiającego, poprzez nieprecyzyjne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia SWZ, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zniechęcając wykonawców do składania ofert w postępowaniu i ograniczając konkurencję.

Odwołujący w treści odwołania podniósł zarzuty:

„Zarzut nr 1 – naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy", w tym:

„Zarzut 1a dotyczący ustalenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy - Opłata zmienna", „Zarzut 1b – dotyczący parametrów sterownika kasowników", „Zarzut 1c – dotyczący wymogu integracji z systemem SYSTEmEGC", „Zarzut 1d – dotyczący zawarcia porozumień gwarancyjnych", „Zarzut 1e – dotyczący przygotowania kompleksowej strategii marketingowej", „Zarzut 1f – dotyczący realizacji kampanii informacyjno-edukacyjnej i promocyjnej", „Zarzut 1g – dotyczący wymagań w zakresie produkcji materiałów marketingowych", „Zarzut 1h – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1i – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1j – dotyczący raportów z kampanii",

„Zarzut nr 2 – naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt. 3 Ustawy", w tym:

„Zarzut 2a – zarzut dotyczący uruchomienia dodatkowej sieci sprzedaży biletów", „Zarzut 2b – zwymiarowanie Systemu", „Zarzut 2c – integracja systemu z zewnętrznymi systemami", „Zarzut 2d – wymaganie standardu PCI -DSS", „Zarzut 2e – zarzut dotyczący testów penetracyjnych", „Zarzut 2f - dotyczący demontażu i zwrotu poprzednich urządzeń", „Zarzut 2f – dotyczący dokumentacji migracji środowiska pomiędzy usługami chmurowymi", „Zarzut 2g – dotyczący migracji Systemu do nieznanego środowiska", „Zarzut 2h – dotyczący Poziomów SLA", „Zarzut 2 i – dotyczący procesu zmiany Personelu"

„Zarzut 3 - naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Ustawy", w tym:

„Zarzut 3a – dotyczący Planu Projektu",

„Zarzut nr 4 – naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 353 (1) oraz art. 483 § 1 kc oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 Ustawy"

„Zarzut nr 5 – naruszenie art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 353(1) kc oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 Ustawy",

„Zarzut nr 6 – naruszenie art. 431 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy w zw. z art. 353 (1) kc oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 Ustawy lub z art. 433 pkt 3 Ustawy", w tym:

„Zarzut 6a – dotyczący ewaluacji efektywności",

„Zarzut 6b – dotyczący Planu naprawczego",

„Zarzut 6c – dotyczący aktualizacji zdeponowanego kodu źródłowego",

„Zarzut 6 d – dotyczący dostosowania Systemu",

„Zarzut 6 e – dotyczący ograniczenia roszczeń dotyczących licencji".

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia, w sposób opisany w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący podniósł, że powodem wniesienia odwołania są niezgodne z prawem działania lub zaniechania zamawiającego mogące prowadzić do utrudniania uczciwej konkurencji, polegające na wadliwym zredagowaniu postanowień SWZ, w szczególności w zakresie umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SWZ (dalej „umowa") oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznika nr 1 do umowy (dalej „OPZ"). Powyższe w istotny sposób narusza interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego – sprzeczny z przepisami ustawy Opis Przedmiotu Zamówienia, jak i niezgodne z prawem projektowane postanowienia umowy w sposób negatywny oddziałują na możliwość złożenia ważnej oferty przez odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący będzie w stanie przygotować i złożyć konkurencyjną ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim, Eviden Polska Spółka akcyjna w Warszawie, Atos Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (przystępujący). Przystępujący poparli stanowisko odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 stycznia 2025 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Jednocześnie zamawiający poinformował o modyfikacji treści dokumentów zamówienia objętych zarzutami: „Zarzut 1b – dotyczący parametrów sterownika kasowników", „Zarzut 1c – dotyczący wymogu integracji z systemem SYSTEmEGC", „Zarzut 1d – dotyczący zawarcia porozumień gwarancyjnych", „Zarzut 1e – dotyczący przygotowania kompleksowej strategii marketingowej", „Zarzut 1f – dotyczący realizacji kampanii informacyjno-edukacyjnej i promocyjnej", „Zarzut 1g – dotyczący wymagań w zakresie produkcji materiałów marketingowych", „Zarzut 1h – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1i – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1j – dotyczący raportów z kampanii", „Zarzut 2a – zarzut dotyczący uruchomienia dodatkowej sieci sprzedaży biletów", „Zarzut 2b – zwymiarowanie Systemu", „Zarzut 2c – integracja systemu z zewnętrznymi systemami", „Zarzut 2d – wymaganie standardu PCI -DSS", „Zarzut 2f - dotyczący demontażu i zwrotu poprzednich urządzeń", „Zarzut 2f – dotyczący dokumentacji migracji środowiska pomiędzy usługami chmurowymi", „Zarzut 2g – dotyczący migracji Systemu do nieznanego środowiska", „Zarzut 2h – dotyczący Poziomów SLA", „Zarzut 3a – dotyczący Planu Projektu", „Zarzut nr 5 – naruszenie art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 353(1) kc oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 Ustawy", „Zarzut 6a – dotyczący ewaluacji efektywności", „Zarzut 6b – dotyczący Planu naprawczego", „Zarzut 6c – dotyczący aktualizacji zdeponowanego kodu źródłowego".

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 stycznia 2025 roku wniósł o umorzenie zarzutów: „Zarzut 1b – dotyczący parametrów sterownika kasowników", „Zarzut 1c – dotyczący wymogu integracji z systemem SYSTEmEGC", „Zarzut 1d – dotyczący zawarcia porozumień gwarancyjnych", „Zarzut 1e – dotyczący przygotowania kompleksowej strategii marketingowej", „Zarzut 1f – dotyczący realizacji kampanii informacyjno-edukacyjnej i promocyjnej", „Zarzut 1g – dotyczący wymagań w zakresie produkcji materiałów marketingowych", „Zarzut 1h – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1i – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1j – dotyczący raportów z kampanii", „Zarzut 2b – zwymiarowanie Systemu", „Zarzut 2c – integracja systemu z zewnętrznymi systemami", „Zarzut 2d – wymaganie standardu PCI -DSS", „Zarzut 2f - dotyczący demontażu i zwrotu poprzednich urządzeń", „Zarzut 2f – dotyczący dokumentacji migracji środowiska pomiędzy usługami chmurowymi", „Zarzut 2g – dotyczący migracji Systemu do nieznanego środowiska", „Zarzut 2h – dotyczący Poziomów SLA", „Zarzut 3a – dotyczący Planu Projektu", „Zarzut 6a – dotyczący ewaluacji efektywności", „Zarzut 6b – dotyczący Planu naprawczego", „Zarzut 6c – dotyczący aktualizacji zdeponowanego kodu źródłowego".

Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje odwołanie w pozostałym zakresie.

Przystępujący poparł stanowisko odwołującego.

Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Stanowiska stron w zakresie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego:

Stanowisko odwołującego:

„Zarzut nr 1 – naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy – Zarzut 1 a dotyczący ustalenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy - Opłata zmienna"

Odwołujący wskazał, że zarzut ten dotyczy sposobu ustalania wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie Opłaty zmiennej, stanowiącego, ustalony zgodnie z ofertą, % wartości brutto sprzedanych biletów. Kwestia ta jest regulowana w kilku miejscach dokumentacji Postępowania, odnosząc się bezpośrednio do samej Opłaty zmiennej, jak i pośrednio do poszczególnych elementów rozliczenia sprzedaży biletów jak i działania Systemu biletowego Warszawskiego Transportu Publicznego. Dotyczy to przede wszystkim:

Rozdział 3 Informacje o Projekcie punkt 3.4 OPZ – Wynagrodzenie Wykonawcy

Zamawiający będzie wypłacał wynagrodzenie Wykonawcy w modelu:

Wynagrodzenie miesięczne w trakcie działania Systemu ze składowymi:

Opłata stała serwisowa + Opłata zmienna, ustalana jako % wartości brutto sprzedanych biletów w miesiącu rozliczeniowym (wliczona w niej stawka Operatora płatności)

Szczegóły rozliczenia opisane zostały w § 23 projektu umowy.

(…)

Zamawiający informuje, że:

- Wartość sprzedaży biletów w roku 2023, wynosiła 998 560 013,00 zł brutto.

Struktura sprzedaży dostępna jest w "Raporcie rocznym ZTM za rok 2023", znajdującym się pod adresem https://www.ztm.waw.pl/raporty-roczne-ztm/. Znajdują się tam analogiczne dane za lata poprzednie.

Raport zawiera m.in. strukturę sprzedaży biletów (arkusz 7):

Sprzedaż biletów ogółem - struktura ilościowa [szt.]

Sprzedaż biletów długookresowych szczegółowo - struktura ilościowa [szt.]

Sprzedaż biletów ogółem - struktura wartościowa [zł]

Sprzedaż biletów długookresowych szczegółowo - struktura wartościowa [zł]

Sprzedaż biletów wg kanału sprzedaży - struktura ilościowa [szt.] Wartość wpływów z opłaconych wezwań do zapłaty opłaty dodatkowej w roku 2023, wniesionych poprzez urządzenia kontrolerskie to ok. 11 953 500,00 zł.

§ 23 ust. 3 Umowy

3. Na wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2 składa się Opłata Stała Serwisowa w wysokości .....(słownie: .....) zł netto, oraz Opłata zmienna ustalana jako ..... (wartość wynikająca ze złożonej oferty) % wartości nominalnej sprzedanych Biletów w danym miesiącu powiększone o stawkę podatku VAT w obowiązującej stawce ....% .

Rozdział 2 OPZ Definicje Pojęć

Bilety - Jednorazowe, czasowe, krótkookresowe oraz długookresowe bilety komunikacji miejskiej, lub inne uprawnienia określone w Taryfie przewozowej lub regulacjach wydawanych prze organy m.st. Warszawy.

Kanały sprzedaży - Kanały sprzedaży Biletów, obsługiwane przez System w szczególności Portal pasażera, Kasowniki, Aplikacja mobilna własna i punkty usługowe uruchomione przez Wykonawcę.

Usługa sprzedaży - Wszystkie czynności Wykonawcy związane ze sprzedażą Biletów na zasadach określonych w Taryfie przewozowej, w Kanałach sprzedaży w szczególności:

- Sprzedaż Biletów,
- Utrzymanie sieci sprzedaży Biletów,
- Obsługa realizacji transakcji płatniczych przy użyciu Czytników Kontrolerskich,
- Obsługa reklamacji dotyczących sprzedaży prowadzonej przez Wykonawcę w Kanałach sprzedaży,
- Prowadzenie wraz z zarządzaniem i administrowaniem, obsługi płatności kart płatniczych, wpłat od Pasażerów i depozytów (o ile takie wystąpią), utrzymanie certyfikowanej infrastruktury do obsługi transakcji realizowanych z użyciem instrumentów płatniczych.

Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę na punkty OPZ dotyczące obsługi przez System także kanałów sprzedaży biletów przez Operatorów Zewnętrznych tj. sprzedaży w ramach biletomatów stacjonarnych, Zewnętrznej Aplikacji Mobilnej itp. co ma znaczenie w kontekście ustalania wynagradzania za sprzedaż biletów obsługiwanych przez System:

Rozdział 10 punkt 10.7 OPZ Raportowanie, podpunkty:

7. System umożliwi raportowanie rozrachunków Operatorów Zewnętrznych według stanu na określony dzień tzw. „stop klatka".

10. System umożliwi raportowanie sprzedanych Biletów według stanu na określony dzień dla danego Operatora Zewnętrznego w podziale na rodzaje Biletów.

69. System umożliwi sprzedaż i rozliczenie wszystkich rodzajów Biletów komunikacji miejskiej, według obowiązującej

Taryfy. Techniczna realizacja sprzedaży i rozliczeń odbywa się w zewnętrznych systemach sprzedawców.
71 System umożliwi podłączenie Zewnętrznej Aplikacji Mobilnej oraz jej konfiguracje w zakresie między innymi: nazwy, identyfikatora API, nazwy Operatora, daty rozpoczęcia i zakończenia sprzedaży (dostępności), statusu (aktywny/nieaktywny) oraz informacji kryptograficznych, wykorzystywanych do komunikacji.
72. System umożliwi udostępnienie pełnej lub ograniczonej oferty dla każdej z Zewnętrznych Aplikacji Mobilnych (np. tylko Bilety jednorazowe, Bilety jednorazowe + okresowe, wszystkie zniżki lub jedynie wybrane).
75. System umożliwi bieżącą rejestracje w Systemie wszystkich transakcji sprzedaży Biletów, które zostały wykonane za pośrednictwem Zewnętrznej Aplikacji Mobilnej.
79. System zapewni możliwość weryfikacji szczegółów aktywnego lub nieaktywnego Biletu zakupionego w danej Zewnętrznej Aplikacji Mobilnej.
80. System zapewni możliwość sprzedaży określonego podzbioru oferty taryfowej za pośrednictwem podłączonych Biletomatów Stacjonarnych strony trzeciej.
81. System zapewni Pasażerom możliwość wyszukiwania informacji o stanie konta za pośrednictwem podłączonych Biletomatów Stacjonarnych stron trzecich.
82. System umożliwi podłączenie zewnętrznych Biletomatów Stacjonarnych oraz ich konfigurację w zakresie m.in. nazwy, API ID, nazwy Operatora, daty rozpoczęcia i zakończenia sprzedaży (dostępności), statusu (aktywny/nieaktywny) oraz informacji kryptograficznych wykorzystywanych do komunikacji.
83. System umożliwi udostępnienie pełnej lub ograniczonej oferty dla każdego operatora Biletomatów Stacjonarnych i typu (np. tylko bilety jednorazowe, bilety jednorazowe + okresowe, wszystkie zniżki lub tylko wybrane).
84. System umożliwi konfigurację warunków handlowych dla każdego z dołączonych zewnętrznych operatorów Biletomatów Stacjonarnych.
87. System umożliwi bieżącą rejestrację w Systemie wszystkich transakcji sprzedaży Biletów dokonywanych za pośrednictwem Biletomatów Stacjonarnych.
89. System w zakresie Biletomatów Stacjonarnych będzie umożliwiał tworzenie zbiorczych i szczegółowych raportów kontrolujących rozliczenie prowizji, w szczególności będzie prezentował kwotę rozliczenia zgodnie z warunkami umowy na koniec każdego okresu rozliczeniowego.
90. System w zakresie Biletomatów Stacjonarnych będzie umożliwiał przyjmowanie informacji o zwrocie środków w wyniku anulowania Biletu lub uznania reklamacji. Na tej podstawie zostanie skorygowane rozliczenie z podmiotem.

Odwołujący wskazał, że powyższe kwestie odnoszą się w sposób bezpośredni lub pośredni do ustalenia Opłaty zmiennej, jaka będzie przysługiwała wykonawcy. Czytając wprost treść § 23 ust. 3 Umowy jak i Rozdziale 4 pkt. 4.3 OPZ, mogłoby się wydawać, że wynagrodzenie w postaci Opłaty zmiennej jest opisane w sposób jasny i precyzyjny – jest ono ustalane jako % wartości brutto sprzedanych biletów w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym. Jednak zagłębiając się już bardziej szczegółowo w dokumentację Postępowania na uwagę zasługują dwie bardzo ważne kwestie: po pierwsze, co wchodzi w zakres określenia sprzedanych biletów¸ za które przysługuje ww. wynagrodzenie, po drugie, na jakiej podstawie wykonawcy mają oszacować przewidywane przychody ze sprzedaży biletów (ale także koszty), biorąc pod uwagę bardzo ubogi zakres danych udostępnionych w tym zakresie przez zamawiającego. Właściwie brak szczegółowych danych w obu tych kwestiach w praktyce uniemożliwia wykonawcom rzetelne przygotowanie oferty. Co więcej oferty takie będą musiały być tworzone przez wykonawców na podstawie własnych domysłów i założeń, co w konsekwencji doprowadzi do tego, że będą one nieporównywalne.

Odwołujący podniósł, że jeżeli chodzi o kwestię zakresu pojęcia sprzedanych biletów to z jednej strony definicja Kanałów sprzedaży odnosi się wprost do kanałów sprzedaży Biletów obsługiwanych przez System. Z drugiej strony definicja ta wymienia wprost jedynie część dostępnych kanałów sprzedaży, pomijając inne niezmiernie istotne, które też są de facto obsługiwane przez System, w szczególności sprzedaż przez biletomaty stacjonarne, sprzedaż przez Aplikacje Zewnętrzne. Zakres tego pojęcia jest więc niezmiernie ważny. W przypadku definicji Kanału sprzedaży nie wymieniono wprost najistotniejszego kanału sprzedaży, jakim jest sprzedaż przez biletomaty stacjonarne. Ten kanał sprzedaży obecnie odpowiada za około 31% całości sprzedaży biletów, jeżeli chodzi o ilość, w ramach działalności Zamawiającego związanej z obsługą transportu miejskiego. Sprzedaż ta stanowi kwotę kilkuset milionów złotych rocznie i generuje ogromne zyski dla podmiotów ją obsługujących. Zyski te z jednej strony nie są wykazywane w ramach oferty (dokumentacja postępowania tego nie uwzględnia), a z drugiej strony zyski te mogą być uwzględniane przez te podmioty w ramach kalkulacji ich własnej oferty na System. Daje to ogromną przewagę konkurencyjną dwóm podmiotom biorącym udział w postępowaniu – Mennica Polska S.A., Mera-Serwis SGL sp. z o.o. SKA – nad pozostałymi oferentami.

Odwołujący wskazał, że analizując definicję Kanałów sprzedaży:
1) odwołuje się ona do kanałów obsługiwanych przez System,
2) posługuje się określeniem w szczególności co pozwala przyjąć, że katalog kanałów wskazanych w niej nie jest zamknięty,

3) wskazuje wprost kanały: Portal pasażera, Kasowniki, Aplikacja mobilna własna i punkty usługowe uruchomione przez Wykonawcę,
4) pomimo posłużenia się pojęciem w szczególności pomija w swojej treści wprost kanały sprzedaży biletów, które system obsługuje (biletomaty stacjonarne, sprzedaż przez aplikację zewnętrzne, POP – w tym zakresie), ale sprzedaż samych biletów klientowi końcowemu realizuje podmiot zewnętrzny.

W ocenie odwołującego takie ujęcie definicji Kanałów sprzedaży, a także Usługi sprzedaży powoduje, że zamawiający nie naliczy wykonawcy wynagrodzenia w zakresie Opłaty Zmiennej za sprzedaż biletów w innych kanałach niż wprost wymienione w ww. definicji Kanałów sprzedaży i to pomimo zastosowania tam określenia „w szczególności", a także pomimo odwołania się przez zamawiającego do kanałów obsługiwanych przez System, oraz pomimo tego, że System oferowany przez wykonawcę będzie *de facto* obsługiwał także te „zewnętrzne" Kanały sprzedaży (co właściwie wprost wskazano w cytowanych powyżej punktach z Rozdziału 10 OPZ). Takie ujęcie tych postanowień w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje tych wykonawców, którzy obecnie dysponują przede wszystkim biletomatami zewnętrznymi. Podmioty takie (np. Mennica Polska S.A., Mera-Serwis SGL sp. z o.o. SKA) posiadają sieć biletomatów, z których czerpią i będą czerpać stały zysk ze sprzedaży biletów w ramach Warszawskiego Transportu Publicznego, która to sprzedaż będzie także obsługiwana przez System. Sprzedaż Biletów przez te podmioty w ramach sieci biletomatów nie będzie miała jednak bezpośredniego odzwierciedlenia w treści składanej przez nich oferty. Tym samym część kosztów, jak i marży, która powinna zostać uwzględniona w ofercie na System może zostać przez takie podmioty uwzględniona w ramach sprzedaży biletów właśnie poprzez biletomaty stacjonarne. Biorąc pod uwagę wspomnianą skalę tej sprzedaży może to w ogromnym stopniu wpłynąć na konkurencyjność ich ofert względem pozostałych podmiotów. Co więcej w ramach tego postępowania zamawiający nie wskazał, jaki poziom marży na sprzedaży biletów osiągają te podmioty ze sprzedaży w ramach biletomatów. Szczegółową wiedzą w tym zakresie dysponują tylko te podmioty.

Odwołujący stwierdził, że tym samym w ramach swojej oferty będzie mógł uwzględnić, wyłącznie wynagrodzenie – Opłatę Zmienną – wyłącznie za kanały sprzedaży wskazane w ww. definicji (Portal pasażera, Kasowniki, Aplikacja mobilna własna i punkty usługowe uruchomione przez wykonawcę), natomiast wykonawcy prowadzący obecnie sprzedaż przez biletomaty stacjonarne będą uwzględniać w ramach oferty nie tylko Opłatę zmienną wyliczaną za bilety sprzedane w tych ww. kanałach, ale także swoje wynagrodzenie za bilety sprzedane w biletomatach. W ocenie odwołującego powyższe w sposób oczywisty narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jeżeli chodzi o drugą kwestię – podstawę na jakiej wykonawcy mają oszacować przewidywane przychody ze sprzedaży biletów – to w ocenie odwołującego jest ona także niezmiernie ważna. Zamawiający przewidział w umowie wynagrodzenie dla wykonawców oparte o dwie składowe: Opłata stała serwisowa oraz Opłata zmienna. Wynagrodzenie wykonawcy w ramach Opłaty zmienne ma stanowić % od wartości brutto sprzedanych biletów. Wartość %, która ma stanowić podstawę do ustalenia Opłaty zmiennej, ma wskazać w swojej ofercie wykonawca. Aby ją jednak wyliczyć musi oszacować swoje wszystkie koszty związane z realizacją Umowy, jak i potencjalne przychody ze sprzedaży biletów, a końcowo także marżę, jaką zakłada osiągnąć. Co ważne, poszczególne kanały sprzedaży biletów w ramach Systemu będą generować różne koszty ich utrzymania dla wykonawców oraz przychody. Aby dobrze oszacować te koszty, jak i potencjalne przychody, wykonawcy muszą posiadać dane wyjściowe jak będzie kształtować się sprzedaż biletów w poszczególnych kanałach sprzedaży w okresie obowiązywania umowy. Co więcej, aby oferty wykonawców były porównywalne powinni oni bazować co najmniej na tych samych założeniach co do sprzedaży biletów: tak co do ich ilości jak i podziału na poszczególne kanały sprzedaży w danej jednostce czasu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w dokumentacji postępowania całkowicie zignorował te kwestie. Jedynymi podanymi przez niego danymi (cytowany pkt 3.4 w Rozdziale 3 OPZ) jest ogólna kwota 998 560 013,00 zł brutto wartości sprzedanych biletów w 2023 r. oraz odwołanie się do raportów historycznych zamieszczonych na stronach internetowych. Zamiast przekazać wykonawcom szczegółowe dane dotyczące planowej sprzedaży na przestrzeni najbliższego roku, pięciu czy dziesięciu lat, czy chociażby estymacji zmian ilościowych/ wartościowych w zakresie sprzedaży biletów w poszczególnych kanałach, nowych taryf MTT/PaYG czy też planów rozwoju sprzedaży w nowych kanałach sprzedaży, zamawiający ograniczył się do jednej wartości – łącznej sprzedaży biletów w 2023r. Co więcej, zamawiający wartość tę - ogólna kwotę 998 560 013,00 zł brutto sprzedaży wszystkich biletów w 2023 r. – przyjął jako podstawę do porównywania ofert poszczególnych wykonawców. W Formularzu cenowym (załącznik nr 3 do SWZ) cała ta kwota została wykorzystana jako podstawa do ustalenia wartości brutto miesięcznego wynagrodzenia oferentów, a w konsekwencji do ustalenia wysokości wynagrodzenia, które będzie brane pod uwagę przy ocenie ofert poszczególnych wykonawców, jak i ich ewentualnej marży.

Odwołujący stwierdził, że zamawiając w całości pominął jednak przy tym fakt, że cała ta kwota 998 560 013 zł dotyczy sprzedaży biletów we wszystkich kanałach sprzedaży, w tym w szczególności w biletomatach podmiotów

trzecich. Z informacji wykonawcy wynika, że około połowy z tej kwoty – blisko 400.000.000 zł – stanowiła sprzedaż przez biletomaty (ilościowo jest to około 31% takiej sprzedaży). Prowizja za sprzedaży tych biletów przysługuje jednak tylko dwóm z czterech podmiotów, które są uczestnikami niniejszego postępowania. Realnie więc sprzedaż biletów w pozostałych kanałach sprzedażowych odpowiadała za około 60% całej sprzedaży. Zamawiający przyjmuje więc do oceny ofert wszystkich wykonawców całość tej kwoty będąc jednocześnie świadomym, że większość wykonawców (poza podmiotami zarządzającymi biletomatami) nie ma możliwość osiągnięcia prowizji za sprzedaż biletów w biletomatach. Prowadzi to do sytuacji, w której oferty poszczególnych wykonawców w ogóle nie mogą być porównywalne.

Odwołujący podniósł, że zamawiający powinien całkowicie zweryfikować obecne postanowienia dokumentacji postępowania dotyczące danych niezbędnych dla wykonawców do wyliczenia oferty w zakresie Opłaty zmiennej. Powinien w sposób precyzyjny podać wskaźniki jakie wykonawcy muszą przyjąć przy wyliczaniu proponowanej prowizji % dla ustalenia Opłaty zmiennej, określając przykładowo: jak w poszczególnych latach zmieniać się będzie sprzedaż biletów w poszczególnych kanałach sprzedaży, w tym w ramach nowych modeli płatności KFT+MTT, szacunkową wielkość tej sprzedaży w poszczególnych latach, obejmując tym zakresem cały, wieloletni okres trwania Umowy. Dodatkowo, zamawiający w wyliczeniach musi uwzględnić nowe kanały sprzedaży (nowa aplikacja mobilna, portal pasażera, kasowniki dla bramek do metra), które będą rzutowały na obliczenie końcowej marży. Dopiero tak przygotowane dane pozwolą wykonawcom na przygotowanie wiarygodnych, porównywalnych ofert opartych o te same przesłanki i założenia, z uwzględnieniem zróżnicowania kosztów utrzymania poszczególnych kanałów sprzedaży. Bez tych danych odwołujący, ale także większość innych wykonawców, nie będzie w stanie przygotować realnej wyceny własnych kosztów jak i przygotować właściwej oferty.

W ocenie odwołującego obecne brzemiennie przedmiotowych postanowień OPZ jest nie tylko niejednoznaczne i niewyczerpujące, ale w ogóle nie uwzględnienia podstawowych kwestii mających wpływ na możliwość rzetelnego sporządzenie przez wykonawców oferty, w zakresie co najmniej wskazania % wartości, jaka ma stanowić podstawę do wliczenia Opłaty zmiennej, ale także uniemożliwia *de facto* realne porównanie ofert poszczególnych wykonawców. Jednocześnie w sposób wręcz książkowy stanowi przykład naruszenia zasad uczciwej konkurencji, jak i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o modyfikację SWZ poprzez:

1) zmianę dokumentacji postępowania w ten sposób, że wynagrodzenie w zakresie Opłaty Zmiennej będzie przysługiwał wykonawcy za sprzedaż wszystkich biletów, których sprzedaż pośrednio lub bezpośrednio jest wspierana przez System, w tym w szczególności poprzez odpowiednie dostosowanie definicji pojęcia Kanał sprzedaży i ujęcia w niej bezpośrednio także sprzedaży biletów przez biletomaty stacjonarne, Zewnętrzne aplikacje mobilne, POP, a także inne kanały sprzedaży, które w przyszłości będą obsługiwane w ramach Systemu

2) zmianę dokumentacji postępowania w ten sposób, aby w zakresie niezbędnym do złożenia oferty jak i wyliczenia wynagrodzenia w ramach Opłaty zmiennej Zamawiający przedstawił szczegółowy model przychodowy sprzedaży biletów z uwzględnieniem prognozowanej sprzedaży tych biletów w poszczególnych kanałach sprzedaży, oraz z uwzględnieniem nowego modelu płatności KFT+MTT i prognozowanych zmian w tym zakresie. Przy czym model ten powinien obejmować co najmniej okres trwania umowy. Przedstawiony model powinien być podstawą do przygotowania przez wykonawców wiążącej oferty, jak i możliwości porównywania poszczególnych ofert w ramach zastosowanego kryterium oceny ofert.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt. 3 Ustawy

Zarzut 2 a – zarzut dotyczący uruchomienia dodatkowej sieci sprzedaży biletów

Odwołujący podniósł, że zamawiający, w ramach postępowania na utworzenie całego systemu teleinformatycznego dotyczącego sprzedaży biletów, wymaga od wykonawców dodatkowo także zorganizowania systemu punktów, w których będą świadczone fizyczne usługi sprzedaży biletów, w liczbie minimum 50 sztuk, pozostawiając przy tym zamawiającemu całkowitą dowolność w wyrażaniu zgody lub jej braku na utworzenie danego punktu, jednocześnie nie wskazując jakichkolwiek wymaganych w tym zakresie parametrów ani wytycznych, którymi mają kierować się wykonawcy przy ich tworzeniu, a zamawiający przy udzielaniu zgody. Do kwestii tej zamawiający odnosi się przede wszystkim w następujących punktach OPZ:

Rozdział 2 Definicje pojęć

Usługa sprzedaży – wszystkie czynności Wykonawcy związane ze sprzedażą Biletów na zasadach określonych w Taryfie przewozowej, w Kanałach sprzedaży w szczególności:

-(…)

- Utrzymanie sieci sprzedaży Biletów,

- (…)

Rozdział 3 pkt 3.3 ppkt 12 Przedmiot Zamówienia

Przedmiotem niniejszego Zamówienia jest:

(…) 12. Uruchomienie sieci sprzedaży biletów z kodem 2D w min. 50 punktach usługowych zlokalizowanych na terenie działania ZTM. Lokalizacja punktów usługowych musi być zaakceptowana przez ZTM.

Rozdział 5 pkt 5.3 ppkt 3 Bilet drukowany z kodem 2D

Zakupu biletów drukowanych z kodami 2D będzie można dokonać w:

(…) 3. W sieci sprzedaży punktów usługowych utworzonych przez Wykonawcę.

Rozdział 16 Pkt 16.2. ppkt 2

(…) 2. Utrzymanie sieci sprzedaży biletów z kodem 2D w min. 50 punktach usługowych zlokalizowanych na terenie działania ZTM. Lokalizacja punktów usługowych musi być zaakceptowana przez ZTM.

Odwołujący podniósł, że zarzut dotyczy dwóch zakresów. Po pierwsze, nadmiarowość i nieproporcjonalność tego wymagania, które w żaden sposób nie jest uzasadnione obiektywnymi wymaganiami zamawiającego w zakresie stworzenia docelowego Systemu obsługującego sprzedaż biletów w ramach Warszawskiego Transportu Publicznego. Po drugie, opis tego wymagania przez zamawiającego jest tak nieprecyzyjny i niewyczerpujący, że właściwie żaden podmiot nie jest w stanie rzetelnie dokonać wyceny tych kosztów.

Odwołujący wskazał, że jeżeli chodzi o pierwszą kwestię, wymóg utworzenia i utrzymywania sieci sprzedaży biletów z kodem 2D obejmującej co najmniej 50 punktów sprzedaży jest w tym postępowaniu całkowicie zbędny i nadmiarowy. Zamawiający posiada własną sieć stacjonarnych punktów, w których dokonuje sprzedaży biletów i obsługi pasażerów. Budowanie alternatywnych punktów obsługi pasażera przez wykonawców, którzy musieliby tylko na potrzeby takiej realizacji wynająć lokale, zatrudnić i przeszkolić pracowników, zapewnić odpowiedni sprzęt i utrzymywać to przez długi okres jest chociażby z ekonomicznego punktu widzenia nieracjonalne. Ciężko zresztą ocenić przez pryzmat postanowień dokumentacji postępowania, czego właściwie dotyczy ten wymóg.

W ocenie odwołującego w tym zakresie istotne jest druga z poruszonych kwestii. Zamawiający w OPZ właściwie w ogóle nie sprecyzował czego wymaga odnośnie tych punktów sprzedaży, poza tym że ma być ich minimum 50 i muszą być zlokalizowane na terenie działania ZTM. Pytań i wątpliwości w tym względzie jest bardzo dużo:

1) Czy to ma być punkt sprzedaży wyłącznie biletów, czy może też świadczyć inne usługi?

2) Czy może to być obsługa bezosobowa (biletomaty) czy musi być obsługa osób fizycznych?

3) Czy za utworzenie punktu usługowego w ramach sieci sprzedaży biletów zostanie uznane np. zawarcie umowy z podmiotem trzecim, który prowadzi np. punkt sprzedaży gazet, albo książek i który dodatkowo będzie też sprzedawał bilety?

4) Czy punkt sprzedaży musi być utworzony i utrzymywany przez wykonawcę i zajmować się wyłącznie sprzedażą biletów?

5) Czy może to być otwarta przestrzeń np. w centrach handlowych, dworcach, czy mają to być zamknięte pomieszczenia?

6) Jaką minimalną powierzchnię powinien mieć taki punkt sprzedaży?

7) W jakich dniach i godzinach ma działać? Czy ma to być obsługa 24/7?

8) Jakie ma być minimalne wyposażenie?

9) Czy są jakieś standardy wyposażenia, oznaczenie (np. logo), które ma spełnić taki punkt?

Odwołujący podniósł, że skoro zamawiający przewiduje akceptację tych punktów przez ZTM to powinien także dookreślić jakie ma być ich rozłożenie terytorialne (np. według dzielnicy, lub promienia odległości od punktów takich jak np. stacje metra, dworce itp.), tak aby wykonawcy mogli przy przygotowaniu oferty odpowiednio wycenić koszty wynajęcia lokalu w poszczególnych miejscach, dzielnicach czy miejscowościach. W tym momencie żaden wykonawca nie może być pewien czy utworzony przez niego punkt w ramach sieci sprzedaży biletów zostanie zaakceptowany przez zamawiającego, chociażby ze względu na jego położenie. Tym samym musi z góry założyć utworzenie dużo większej liczby potencjalnych punktów, aby końcowo sprostać wymaganiu uruchomienia i zaakceptowaniu przez ZTM co najmniej 50 z nich.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o modyfikację SWZ:

1) poprzez usunięcie z treści dokumentacji postępowania w całości zobowiązania wykonawcy do uruchomienia i utrzymania sieci sprzedaży biletów z kodem 2D w punktach usługowych zlokalizowanych na terenie działania ZTM.

Ewentualnie na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że wymaganie to nie może być usunięte z przyczyn obiektywnych, odwołujący wnosi o modyfikację SWZ:

2) poprzez szczegółowe określenie wymagań jakie mają spełniać punkty usługowe wchodzące w skład sieci sprzedaży biletów, do których uruchomienia i utrzymania ma być zobowiązany wykonawca, w szczególności w zakresie opisu lokalizacji takich punktów, ich położenia w obszarze działania ZTM z uwzględnieniem rozłożenia ich liczby na poszczególne dzielnice, stacje metra, stacje kolejowe lub odległości od tych punktów, minimalnej powierzchni, minimalnego wyposażenia, zakresu usług możliwych do świadczenia w ramach tego punktu, zakresu usług koniecznych

do świadczenia w ramach danego punktu, zasad współpracy z podmiotami trzecimi w ramach tworzenia i utrzymywania sieci (np. księgarnie, kioski, sklepy itp), obsługi bezosobowej, terminów i czasu otwarcia tych punktów.

„Zarzut 2e – zarzut dotyczący testów penetracyjnych"

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale 4 OPZ Wymagania ogólne w ppkt. 21 Zamawiający obliguje Wykonawcę do przeprowadzenia testów penetracyjnych systemu, a jednocześnie wskazuje, że testy te ma przeprowadzić zespół testowy, niezależny od Wykonawcy, zastrzegając przy tym możliwość przeprowadzenia takich testów przez siebie z wykorzystaniem Podmiotu zewnętrznego:

„21. Przed wdrożeniem w wersji produkcyjnej całości Systemu lub jakiejkolwiek jego części funkcjonalnej (modułu) Wykonawca zobligowany jest do wykonania testów penetracyjnych oraz przedstawienia metodyki wraz ze szczegółowym raportem z wykonanych testów.

Testy penetracyjne muszą zostać wykonane przez zespół testowy, niezależny od Wykonawcy, przygotowujący i realizujący testy penetracyjne, (…)

(…) Zamawiający zastrzega sobie możliwość wykonania testów penetracyjnych z wykorzystaniem podmiotu zewnętrznego."

W ocenie odwołującego wymaganie powołania niezależnego zespołu opłacanego przez wykonawcę przeczy niezależności, ponieważ ewentualnie powołany przez wykonawcę zespół będzie zawsze w jakiejś mierze uzależniony od płatnika za usługę, którą wyświadczy. Podmiot taki działa zgodnie z wytycznymi podmiotu płacącego i na jego zlecenie. W ocenie odwołującego w ogóle nie sprecyzowano, w jaki sposób w takim przypadku wykonawcy mają zapewnić niezależność. Jednocześnie zamawiający w OPZ w tym samym punkcie zastrzegł sobie jednocześnie prawo powołania przez siebie podmiotu zewnętrznego do wykonania testów penetracyjnych. Dopiero powołanie takiego zespołu – niezależnego całkowicie od wykonawcy - pozwala zamawiającemu na przeprowadzenie prawdziwie niezależnych testów penetracyjnych. W ocenie odwołującego żądanie przeprowadzenia przez wykonawców testów penetracyjnych na ich koszt za pomocą niezależnych podmiotów, bez jednoznacznego zdefiniowania tej niezależności, w żaden sposób nie zabezpiecza dodatkowo zamawiającego i w tym przypadku jest tylko zbędnym dodatkowym wymaganiem. Albo zamawiający powinien wykonawcom pozwolić przeprowadzić testy penetracyjne przez ich własne zespoły, a następnie także przeprowadzone testy zweryfikować po swojej stronie, albo samemu wskazać, prawdziwie niezależny od wykonawców, zespół testowy, który przeprowadziłby takie testy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji OPZ w zakresie powyższego punktu albo poprzez usunięcie wymagania, że testy penetracyjne przeprowadzane przez wykonawcę mają być przeprowadzone przez niezależny od wykonawcy zespół testowy, albo usunięcia w całości wymagania przeprowadzenia testów penetracyjnych przez wykonawcę i sprecyzowanie, że testy takie przeprowadzi zamawiający z wykorzystaniem podmiotu zewnętrznego.

Zarzut 2 i – dotyczący procesu zmiany Personelu

Odwołujący wskazał na treść umowy:

„§ 5 ust. 5 – 10 Umowy.

5. Zmiana osób, wskazanych w ust. 1, które zostały zaakceptowane przez Zamawiającego do realizacji Przedmiotu zamówienia następować może na wniosek Wykonawcy, za pisemną zgodą Zamawiającego.

6. W przypadku wystąpienia konieczności zmiany składu Personelu Kluczowego, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu w formie pisemnej (wniosku) propozycję zmiany wraz z uzasadnieniem oraz informacjami dotyczącymi nowej osoby. Zamawiający może w terminie 14 Dni od dnia przedstawienia propozycji zmiany składu Personelu Kluczowego odmówić zgody na proponowaną zmianę, z tym zastrzeżeniem, że odmowa musi zostać uzasadniona przez Zamawiającego na piśmie. Brak odpowiedzi w powyższym terminie ze strony Zamawiającego będzie uznawany za zgodę na zaproponowaną przez Wykonawcę osobę. Zmiana składu Personelu Kluczowego nie wymaga sporządzenia aneksu do Umowy i nie powoduje zmiany wynagrodzenia Wykonawcy i terminu realizacji Przedmiotu zamówienia. Procedura określona w niniejszym ustępie nie ma zastosowania do sytuacji opisanej w ust. 7 i 8 poniżej."

Odwołujący wskazał, że w postanowieniach tych zamawiający reguluje kwestie związane ze zmianami Personelu dedykowanego przez wykonawcę do realizacji umowy. Wykorzystując swoja przewagę, jako gospodarz postępowania narzucający wzór umowy, wprowadził do niej postanowienia, które w sposób nieuprawniony i nadmiarowy ograniczają wykonawcom możliwość zmiany Personelu, uzależniając tą kwestię w całości od zgody zamawiającego. Zamawiający pomija przy tym całkowicie, że stroną tych relacji i obowiązków są także pracownicy wykonawców. Wola współpracy, czy też kontynuowania umowy o pracę czy umowy cywilnoprawnej zależy nie tylko od wykonawcy, lecz także od pracownika lub współpracownika. To pracownik może zdecydować o odejściu z pracy, na co wykonawca może nie mieć wpływu. W takim przypadku jakakolwiek zgoda (lub brak zgody) zamawiającego nie powstrzyma pracownika wykonawcy od zmiany pracodawcy. Tym samym żądając każdorazowo swojej zgody na zmianę personelu, bez wskazywania sytuacji, w których ta zmiana możliwa jest bez takiej zgody (np. rozwiązanie umowy o pracę, czy umowy o współpracy,

zmiana stanowiska pracy) jest w całości nieuzasadnione i nieproporcjonalne.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zażądał modyfikacji powyższych ustępów umowy poprzez usunięcia prawa zamawiającego do wyrażania zgody wykonawcy na zmianę składu Personelu Kluczowego oraz obowiązku wykonawcy do pisemnego wnioskowania o taką zmianę, ewentualnie zastąpienie tych praw i obowiązków obowiązkiem wykonawcy do informowania zamawiającego o planowanej zmianie z wyprzedzeniem co najmniej 14 dni, o ile dochowanie tego terminu jest obiektywnie możliwe.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 353 (1) oraz art. 483 § 1 oraz art. 5 K.c. w zw. z 8 ust. 1 Ustawy

Odwołujący przytoczył treść § 28 ust. 5 umowy:

„Niezależnie od kar umownych przewidzianych powyżej Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kar z tytułu naruszenia przez Wykonawcę jakiegokolwiek ze zobowiązań określonych w Umowie co do którego nie określono odrębnie kary umownej – w wysokości 5 000,00 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy przypadek."

Odwołujący podniósł, że postanowienia § 28 ust. 5 umowy przewidują, że zamawiający będzie uprawniony do naliczenia wykonawcy kar z tytułu naruszenia przez wykonawcę jakiegokolwiek ze zobowiązań określonych w umowie, co do którego nie określono odrębnie kary umownej – w wysokości 5 000,00 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy przypadek.

W ocenie odwołującego przedmiotowe postanowienie jest oczywiście wadliwe łącznie z dwóch powodów:

1) zamawiający może naliczyć wskazane kary umowne, jednak nie jest do ich naliczenia zobowiązany, co powoduje, że wykonawcy – nie dysponując wiedzą co do faktycznych intencji zamawiającego – nie są w stanie ocenić rzeczywistego prawdopodobieństwa ich naliczenia ani na etapie przed złożeniem oferty, ani tym bardziej na etapie realizacji umowy;

2) omawiane kary umowne mogą być przez zamawiającego naliczone z tytułu naruszenia przez wykonawcę bliżej niesprecyzowanych zobowiązań określonych w umowie – poza tymi, które zostały skonkretyzowane w § 28 ust. 2, 3 i 4 umowy.

Odwołujący podniósł, że postanowienia umowy w zakresie kar, jakie przysługiwać mają zamawiającemu, zostały zredagowane w sposób dość istotnie je różniący. Przykładowo, kary przewidziane w § 28 ust. 4 wzoru umowy mają charakter obligatoryjny, to znaczy wykonawca będzie zobowiązany do ich zapłaty na rzecz zamawiającego. Umowa nie przewiduje w tym przypadku elementu decyzji po stronie zamawiającego odnośnie naliczania kar wykonawcy. W przypadku kar, o których mowa w § 28 ust. 5 umowy, zamawiający przyznaje sobie zaś prawo do uznaniowego decydowania czy karę naliczyć, o czym świadczy zwrot „(…) Zamawiający jest uprawniony do naliczenia (…)". Tymczasem w zakresie kar wymienionych w § 28 ust. 4 wzoru umowy „(…) Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz zamawiającego kar umownych (…)". Taka redakcja oznacza, że wykonawca nie będzie miał pewności – także w świetle braku precyzji we wskazaniu okoliczności umożliwiających naliczenie kar, czy zamawiający karę opartą o przepis § 28 ust. 5 umowy naliczy (może to zrobić, ale nie musi), ani też za jakie naruszenie zechce ją naliczyć, o czym poniżej.

Odwołujący wskazał, że drugim zaś elementem, który powoduje, że omawiane kary przewidziane w § 28 ust. 5 umowy stoją w rażącej sprzeczności z przywołanymi w treści zarzutu przepisami, jest brak precyzyjnego określenia zobowiązań wynikających z Umowy, których naruszenia mogą być podstawą naliczenia kar.

Odwołujący stwierdził, że kara umowna to zastrzeżenie w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Zastrzeganie kar umownych nie jest przy tym niczym nadzwyczajnym w przypadku umów o zamówienia publiczne, sama ustawa Prawo zamówień publicznych narzuca obowiązek uwzględniania kar w określonych w jej przepisach przypadkach. Niemniej jednak postanowienia umowy, w którym zastrzeżono ich obszerny katalog, a jednocześnie nie określono faktycznej łącznej maksymalnej ich wysokości, jakiej może dochodzić zamawiający od wykonawcy, prowadzą do wniosku, iż kary umowne – w wysokości znacznie wygórowanej – zostały przewidziane tylko dla jednej ze stron, mianowicie dla zamawiającego. Kształtowanie postanowień umowy poprzez jednostronne uprzywilejowanie zamawiającego należy uznać za sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego. Kwestionowany przepis § 28 ust. 5 umowy w oczywisty sposób uprzywilejowuje zamawiającego, a dyskryminuje wykonawcę, któremu, nawiasem mówiąc, analogicznych uprawnień w umowie nie przyznano.

W ocenie odwołującego tego rodzaju postanowienia, stanowiące treść § 28 ust. 5 umowy mogą okazać się niebezpieczne dla samego zamówienia publicznego, a tym samym dla zamawiającego. Wykonawca może bowiem nie być w stanie wytrzymać finansowych kosztów nadmiernego ryzyka będącego następstwem braku precyzji umowy. Może to także dodatkowo paraliżować i utrudniać współpracę stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z zawartej Umowy.

Kara umowna nie przysługuje z ustawy, lecz z mocy woli stron, które postanowienia w tym zakresie wprowadzają

do treści umowy (w praktyce – w procesie udzielania zamówień publicznych – woli zamawiającego będącego „gospodarzem postępowania" formułującym warunki udzielanego zamówienia). Dlatego też umowa powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach kara umowna przysługuje zamawiającemu. Dłużnik będący wykonawcą powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień Umowy skutkować będzie możliwością żądania przez druga stronę zapłaty kary umownej. W świetle jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych określenie, że jakiekolwiek naruszenie postanowień umowy niezależnie od rodzaju i wagi tego naruszenia nie spełnia tego wymogu. Powszechnie akceptowanym poglądem jest, że aby skutecznie zastrzec karę umowną, niezbędne jest wskazanie tytułu jej naliczenia – musi ona dotyczyć wskazanego wprost zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek jej zapłaty.

Odwołujący podniósł, że umowa powinna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. W przypadku kar, o jakich mówi § 28 ust. 5 wzoru umowy, wymaganie to nie jest spełnione ze względu na wskazane wyżej uzasadnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zażąda modyfikacji Umowy poprzez usunięcia z treści Wzoru umowy postanowienia § 28 ust. 5 Umowy.

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 353(1) oraz art. 5 k.c. w zw. z 8 ust. 1 Ustawy

Odwołujący wskazał na treść § 28 ust. 9 Umowy:

„Łączna wysokość kar umownych przewidzianych w ust 2-5, a naliczonych przez Zamawiającego, z wyłączeniem kary umownej przewidzianej w ust. 6 i 7, nie może przekroczyć 25% kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy. Kary umowne określone w ust. 6 i 7 naliczane są niezależnie od limitu wskazanego w zdaniu pierwszym."

Odwołujący podniósł, że postanowienia § 28 ust. 9 umowy przewidują łączną wysokość kar umownych, jakich może dochodzić zamawiający od wykonawcy, w wysokości 25% wynagrodzenia brutto. Odwołujący zakwestionował wykonanie przez zamawiającego dyspozycji normy prawnej wynikającej z art. 436 pkt 3 ustawy P.z.p. Powodem takiego stanu rzeczy jest nie objęcie omawianym limitem kar umownych, o których mowa w § 28 ust. 6 i 7 umowy.

Odwołujący wskazał, że kara opisana w ust. 6 wskazanego paragrafu wzoru umowy dotyczy sytuacji utraty danych z Systemu lub pozostałych systemów zamawiającego w zakresie przekraczającym 10% użytkowników i może być naliczana w wysokości 500 000 złotych za każdy taki przypadek, co oznacza, że może zostać naliczona więcej niż jeden raz. Z kolei kara opisana w ust. 7 omawianej jednostki redakcyjnej wzoru umowy dotyczy sytuacji odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Kara, o której mowa w § 28 ust. 7 umowy, a której wysokość wynosi 25% wynagrodzenia jest karą, która może być naliczona jednorazowo. W praktyce więc postanowienia § 28 ust. 9 w odniesieniu do wyłączenia z zakresu regulacji tego przepisu umowy kary z § 28 ust. 7 powodują, że faktyczna łączna wysokość kar umownych, których może dochodzić z zamawiający wynosi 50% wynagrodzenia brutto. Jednakże nieuwzględnienie w łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić zamawiający, kary, o której mowa w § 28 ust. 6 Wzoru umowy (w wysokości 500 000 złotych za każdy przypadek opisanego w nim zdarzenia), powoduje, że postanowienia § 28 ust. 9 wzoru umowy stoją w rażącej sprzeczności z przepisem art. 436 pkt 3 ustawy. Przepis ten nie pozwala bowiem pozostawiać poza łączną maksymalną wysokością kar umownych, jaka ma być wprowadzona do treści umowy, jakichkolwiek kar. Ów limit ma bowiem obejmować wszystkie kary umowne, które mogą wobec siebie dochodzić strony umowy. W sytuacji, w której limit określony w treści § 28 ust. 9 umowy nie spełnia wymagań wskazanych dla łącznej maksymalnej wysokości kar umownych w przepisie art. 436 pkt 3 ustawy, kwestionowane postanowienie umowy wymaga modyfikacji dostosowującej jej brzmienie do wymagań wynikających ze wskazanego przepisu P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zażądał modyfikacji umowy poprzez zmianę brzmienia postanowienia § 28 ust. 9 wzoru umowy na następujące:

„9. Łączna maksymalna wysokość kar umownych przewidzianych w Umowie, a naliczonych przez Zamawiającego, nie może przekroczyć 25% kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy."

Zarzut 6 d – dotyczący dostosowania Systemu

Odwołujący przywołał § 10 pkt 10 umowy:

W ramach realizacji Przedmiotu zamówienia, niezależnie od obowiązków szczegółowo określonych w Umowie oraz OPZ , Wykonawca będzie zobowiązany w szczególności do:

(…)

10) Dostosowania Systemu do wymogów prawa ustanowionych w trakcie trwania Umowy.

(…)

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający tym postanowieniem przerzuca całkowicie na wykonawców ryzyka, jakie mogą się pojawić w związku ze zmianami przepisów prawa w okresie obowiązywania umowy – przy czym biorąc pod uwagę, że ma ona obowiązywać przez minimum 8 lat oraz zmienność systemu prawnego jest to ryzyko, które w żadnej mierze nie może zostać oszacowane przez wykonawców na etapie składania oferty. Zmiany obowiązywania prawa mogą dotyczyć nie tylko regulacji *stricte* prawnych, ale też np. obowiązków nakładanych na samorządy terytorialne, czy przewoźników, operatorów transportu publicznego. Zamawiający tym jednym punktem stara się „załatwić" ten cały wachlarz możliwych zmian, nie bacząc przy tym na to, że przerzuca wszelkie koszty i ryzyka takich zmian na wykonawców.

Odwołujący zauważył, że jednocześnie zamawiający w ramach postępowania przewidział możliwość korzystania z dodatkowej puli roboczogodzin wsparcia programistycznego. Czyli ma świadomość, że w trakcie realizacji umowy może dojść do sytuacji, gdy będzie konieczność zmian w Systemie. O ile jednak wykonawcy są w stanie wyliczyć koszt oferowanych dodatkowo roboczogodzin wsparcia programistycznego, o tyle w ogóle nie są w stanie wycenić możliwych kosztów prac nad zmianami Systemu, w celu dostosowania go do zmian prawa. Koszty takie w żaden sposób nie powinny obciążać Wynajmującego.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zażądał modyfikacji umowy poprzez usunięcie w § 10 Umowy punktu 10.

Zarzut 6 e – dotyczący ograniczenia roszczeń dotyczących licencji

Odwołujący przywołał treść § 12 ust. 17 i 18 umowy:

„17. Strony zgodnie ustalają, iż w przypadku zaistnienia pomiędzy nimi sporu na podstawie Umowy w zakresie dotyczącym łącznej wartości licencji udzielonych lub zapewnionych zgodnie z Umową, w tym w szczególności do Elementów Twórczych i Elementów kampanii, zgodnie wyłączają w postępowaniu przed sądem powszechnym lub polubownym dopuszczalność powoływania następujących środków dowodowych (umowa dowodowa) na fakt przekroczenia wartości licencji określonej w ust. 18:

1) dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy z zakresu wyceny wartości licencji lub praw autorskich,

2) dowodu z dokumentów w zakresie kosztów poniesionych w związku z nabyciem lub wytworzeniem licencji lub praw autorskich.

18. Na wypadek sporu, o którym mowa w ust. 17, Strony przyjmują, iż łączna wartość licencji udzielonych lub zapewnionych zgodnie z Umową, w tym w szczególności do Elementów Twórczych i Elementów kampanii, nie przekracza 3% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy, tj. kwoty: ..... zł brutto (słownie: .....). Strony nieodwołalnie zrzekają się roszczeń powyżej limitu określonego w zdaniu poprzedzającym."

W ocenie odwołującego powyższe postanowienia w sposób rażący naruszają równowagę stron umowy, zarówno prawną jak i ekonomiczną. Wynika to z określenia zbyt wysokiego ryzyka dla wykonawców związanego z realizacją zamówienia, nieproporcjonalnego i nieadekwatnego do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Powyższe może także spowodować, że wykonawcy zdolni do należytego wykonania zamówienia, ze względu na zbyt duże ryzyko związane z jego realizacją lub wystąpieniem konieczności zapłaty kar umownych, albo w ogóle nie złożą oferty, pomimo chęci oraz możliwości jego realizacji, albo będą zmuszeni do zaoferowania ceny dużo wyższej kalkulując w jej ramach potencjalne, dodatkowe ryzyka prawne i finansowe.

W ocenie odwołującego wskazane powyżej klauzule umowne są także niezgodne z zasadą współżycia społecznego uregulowaną art. 5 i art. 353 (1) K.c. i rażąco naruszają równowagę stron, bowiem znacznie przekraczają dopuszczalną swobodę zamawiającego w jednostronnym kształtowaniu postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem z góry ogranicza ewentualną odpowiedzialność na wypadek sporu dotyczącego licencji do arbitralnie przez siebie ustalonej wartości. Przedmiotem niniejszego postępowania jest budowa całego Systemu obsługującego sprzedaż biletów. Centralną częścią tego systemu jest właśnie odpowiednie oprogramowanie, co do których w ramach postępowania wykonawca ma udzielić licencji zamawiającemu. Wykorzystywanie tych licencji przez zamawiającego niezgodnie z treścią i zakresem udzielonych praw może być potencjalnie przedmiotem sporu między stronami. Oczywistym jest, że jednostronne wyznaczenie górnej granicy odpowiedzialności przez Zamawiającego, do tego na tak arbitralnie niskim poziomie 3%, w ogromnym stopniu ogranicza prawa wykonawców do dochodzenia roszczeń związanych *de facto* z obroną ich własności lub praw.

Odwołujący zauważył, że w tym kontekście ciekawy jest także kwestia, na jakiej podstawie zamawiający ustalił tę wartość licencji na poziomie 3% wartości kontraktu. Czym się kierował w tym względzie? Czy przeprowadzał jakieś analizy wartości takich praw? Zbierał oferty rynkowe? Czy ustalił te wartość wg siebie na poziomie 100% przeciętnej, wg siebie wartości takich praw, czy może mniej? Czy też ustalenia takiej a nie innej wartości było czysto arbitralne, niepoparte żadnymi analizami, mające na celu jedynie ograniczenie wykonawcom możliwości do dochodzenia ich słusznych praw. Postanowienia te rażąco naruszają równowagę kontraktową stron i przerzucają na wykonawców bardzo

duże ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy lub zależnych od Zamawiającego związane z wykorzystywaniem przez niego udzielonych licencji niezgodnie z przeznaczeniem i zakresem udzielonych praw, w tym licencji udzielonych przez podmioty trzecie, a nie tylko wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zażądał modyfikacji umowy poprzez usunięcie w § 12 umowy ustępu 17 i 18.

Stanowisko zamawiającego:

Zarzut 1a – mechanizm ustalania wynagrodzenia

W ocenie zamawiającego zarzut jest nieuzasadniony.

Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2024 r. KIO 3739/23, zgodnie z którym „To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Kluczowa jest przede wszystkim podstawa faktyczna, która powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczyć mają o tym, że doszło do naruszenia przepisów p.z.p. - Odwołujący powinien więc przedstawić argumentację, dlaczego dana okoliczność narusza przywołane w odwołaniu przepisy p.z.p. Nie jest wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, dlaczego dane okoliczności świadczyć mają o naruszeniu przepisów prawa. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 555 p.z.p.”

Zamawiający wskazał, że odwołujący w treści zarzutu, co prawda przywołuje konkretne przepisy ustawy P.z.p., jednak zarówno w *petitum* odwołania, jak i w uzasadnieniu trudno doszukać się wyjaśnienia sprzeczności przyjętych przez zamawiającego rozwiązań z przepisami prawa czy też klauzulami generalnymi. W istocie odwołujący nie wskazuje, jak podnoszone przez niego kwestie związane ze sformułowaniem podstaw ustalania wynagrodzenia w części zmiennej miałyby naruszać dyrektywy określone w art. 16 lub 99 ustawy P.z.p. Zatem samo sformułowanie zarzutu nie pozwala na jego uwzględnienie.

Odnosząc się do argumentacji związanej z określeniem podstaw ustalania zmiennej części wynagrodzenia wykonawcy zamawiający wskazał, że celem rozpoznania zarzutu należy uwzględnić aktualny stan faktyczny, który przedstawia się następująco. W ramach obecnie funkcjonującego systemu pobierania opłat za przejazdy w warszawskim transporcie publicznym (dalej stary system), funkcjonuje kilka kanałów dystrybucji biletów. Niektóre kanały obsługiwane są bezpośrednio przez ZTM, który sprzedaje bilety komunikacji miejskiej we własnym imieniu (sprzedaż w stacjonarnych punktach obsługi pasażera tzw. POP), inne zaś zorganizowane są na zasadzie umów zawartych przez ZTM z odrębnymi podmiotami działającymi we własnym imieniu i na własną rzecz (sprzedaż biletów przez aplikacje mobilne oraz biletomaty stacjonarne i mobilne). W przypadku operatorów zewnętrznych, ZTM zawiera odrębne umowy, a wynagrodzenie dystrybutora ustalane jest jako upust bądź prowizja od wielkości sprzedaży. Zamawiający podkreślił, iż wskazane umowy są zawierane z każdym zainteresowanym podmiotem spełniającym minimalne wymagania. Ze względu na brak ograniczeń w zakresie kwalifikowania wykonawców wskazany model nazywany jest systemem otwartym. Za pośrednictwem systemu otwartego prowadzona jest m.in. sprzedaż biletów kartonikowych oraz kodowanie biletów na Warszawskich Kartach Miejskich w biletomatach stacjonarnych usytuowanych na terenie aglomeracji warszawskiej. Biletomaty są montowane w przestrzeni miejskiej przez dystrybutora i pozostają jego własnością. Wszelkie koszty związane z uruchomieniem sieci sprzedaży w szczególności z: produkcją lub zakupem biletomatów, uzyskaniem wszelkich pozwoleń i podłączeniem do zasilania, transmisją danych, obsługą płatności przez agenta rozliczeniowego, zabezpieczeniem zapasu gotówki w celu obsługi płatności, pełnego serwisu urządzeń i obsługą reklamacji ponosi dystrybutor.

Zgodnie z założeniami przyjętymi przez zamawiającego, aktualny system biletowy będzie funkcjonował równolegle do nowego Systemu przez okres do 2 lat. W okresie tym, ZTM będzie współpracował z zainteresowanymi podmiotami na dotychczasowych zasadach systemu otwartego. Oznacza to, jak słusznie zauważa odwołujący, że przychody uzyskane ze sprzedaży biletów w starym systemie działającym w okresie przejściowym, nie będą rozliczane w ramach nowego Systemu i nie będą stanowiły podstawy dla ustalania zmiennej części wynagrodzenia wykonawcy z którym zawarto umowę. Tym niemniej, z uwagi na wprowadzenie nowych intuicyjnych kanałów sprzedaży online w nowym Systemie, sprzedaż biletów dotychczas dystrybuowanych w kanale sprzedaży, jakim są biletomaty stacjonarne, sukcesywnie będzie przechodziła do innych kanałów, w szczególności tych rozliczanych w ramach NSB.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca w ramach nowego Systemu nie będzie organizował ani utrzymywał sieci biletomatów, a w konsekwencji nie otrzyma z tego tytułu wynagrodzenia. Należy mu się wynagrodzenie wyłącznie za sprzedaż w opracowanych i utrzymywanych przez niego kanałach sprzedaży przewidzianych w ramach nowego Systemu. Co więcej, po okresie przejściowym sieć biletomatów stacjonarnych będzie ograniczana i będzie musiała zostać przystosowana do funkcjonowania we współpracy z NSB, co wiąże się dodatkowymi kosztami, które będą musieli

ponieść obecni dystrybutorzy, aby móc w dalszym ciągu obsługiwać ten kanał sprzedaży. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której kanał sprzedaży za pośrednictwem biletomatów, z uwagi na wygodniejsze rozwiązania online przewidziane w NSB, będzie naturalnie wygasał.

Zamawiający wskazał, że rozumowanie, zgodnie z którym, dochody ze sprzedaży biletów w aktualnie istniejących biletomatach nie są rozliczane w ramach nowego Systemu wprost potwierdzają postanowienia Umowy:
- zgodnie z pkt 25 definicji pojęć używanych w Umowie określonych na jej początku (dalej Definicje), Opłata zmienna to zmienny składnik wynagrodzenia ustalany jako % wartości brutto sprzedanych Biletów w miesiącu rozliczeniowym. Współczynnik służący dla wyliczenia Opłaty zmiennej wynika z oferty złożonej przez Wykonawcę.
- zgodnie z § 23 ust. 3 Umowy na wynagrodzenie Wykonawcy składa się Opłata Stała Serwisowa oraz Opłata zmienna ustalana jako % wartości nominalnej sprzedanych Biletów w danym miesiącu.
- zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy, Wykonawca w ramach realizacji Przedmiotu zamówienia opisanego w Rozdziale 3 OPZ, zaprojektuje oraz wdroży i uruchomi System, a także będzie świadczył w okresie określonym w Umowie m.in. Usługi sprzedaży (…)
- zgodnie z § 16 pkt 1 Umowy, w ramach świadczenia Usługi sprzedaży do zadań Wykonawcy, w trakcie trwania Umowy należeć będzie m.in. zapewnienie stałej sprzedaży Biletów zgodnych z Taryfą przewozową w Kanałach sprzedaży.
- zgodnie z pkt 14 Definicji „Kanały sprzedaży" zostały zdefiniowane jako kanały sprzedaży Biletów, obsługiwane przez System w szczególności Portal pasażera, Kasowniki, Aplikacja mobilna własna i Sieć sprzedaży Biletów z kodem 2D uruchomiona przez Wykonawcę.

Zamawiający podkreślił, że zestawienie wskazanych postanowień umownych, jak zauważa sam Odwołujący, jednoznacznie potwierdza, iż w przypadku wyboru wykonawcy, który jednocześnie dystrybuuje bilety w aktualnym systemie, przychody ze sprzedaży biletów w starym systemie nie będą rozliczane w ramach nowego Systemu.

Zamawiający wskazał ponadto, że takie ukształtowanie warunków umowy, jak również współpracy z potencjalnymi wykonawcami, nie może stanowić naruszenia zasad uczciwej konkurencji określonych w art. 16 ustawy P.z.p. oraz zasad opisu przedmiotu zamówienia określonych w art. 99 ustawy P.z.p. Jak już wskazano, poza ogólnikowym stwierdzeniem, iż „takie ujęcie tych postanowień w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje tych wykonawców, którzy obecnie dysponują przede wszystkim biletomatami zewnętrznymi", Odwołujący nie wskazuje, w jaki sposób naruszono zasady uczciwej konkurencji i na czym ma polegać uprzywilejowanie podmiotów posiadających aktualnie sieć biletomatów.

Zamawiający zaznaczył, że w przedstawionym kontekście, wymóg zastosowania okresu przejściowego, w którym równolegle funkcjonuje stary i nowy system biletowy jest podyktowany przede wszystkim koniecznością zapewnienia łagodnego przejścia użytkowników do NSB oraz koniecznością zapoznania pasażerów z nowym Systemem biletowym, który swoimi założeniami znacząco odbiega od aktualnego. W NSB zmianie ulega całkowicie sposób wnoszenia opłat za przejazd, w szczególności bilety kartonikowe oraz karty miejskie ładowane w punktach obsługi lub biletomatach zastąpione zostaną zakupem biletów bezpośrednio w kasownikach zainstalowanych w pojazdach i na stacjach metra, online w portalu internetowym lub w aplikacjach mobilnych oraz możliwością identyfikacji i weryfikacji zakupionych biletów za pomocą kart płatniczych. Zastosowanie okresu przejściowego ma szczególne znaczenie z punktu widzenia osób niezaznajomionych z nowoczesnymi technologiami lub wykluczonych cyfrowo. Zamawiający nadmienił, iż w okresie tym wyłoniony wykonawca Systemu zgodnie z Umową będzie zobowiązany do przeprowadzenia intensywnych działań o charakterze informacyjno-edukacyjnym promocji nowych kanałów sprzedaży, co zamawiający będzie istotnie wspierał. Jednocześnie charakter nowego Systemu, spowoduje, iż dotychczasowe kanały sprzedaży, takie jak sprzedaż biletów w biletomatach lub stacjonarnych punktach sprzedaży zostaną docelowo ograniczone. Nowy System zapewniał będzie możliwość zakupu biletów online, bezpośrednio w kasowniku w pojeździe, w aplikacji mobilnej bez konieczności udania się przed podróżą z nośnikiem do punktu obsługi lub biletomatu w celu jego fizycznego zakodowania lub wydruku biletu kartonikowego. Po okresie przejściowych w pojazdach WTP i na stacjach metra będą funkcjonowały tylko kasowniki wykonawcy, które naturalnie przejmą istotną cześć sprzedaży biletów.

Zamawiający wskazał, że statystyki sprzedaży wskazują, iż coraz większą popularność zdobywają bilety elektroniczne kupowane w aplikacjach mobilnych – tą drogą w 2023 roku pasażerowie kupili ponad 40 mln biletów, najwięcej ze wszystkich kanałów sprzedaży. Należy zatem założyć, że po uzyskaniu pełnej sprawności NSB, sprzedaż biletów elektronicznych będzie stanowić 70% – 80% całkowitej sprzedaży. Co szczególnie istotne dane te są ogólnodostępne i publikowane przez ZTM na stronach internetowych. Wskazane okolicznościświadczą, że sprzedaż biletów w obecnych kanałach będzie się zmniejszać na korzyść nowych kanałów, uruchomionych przez wykonawcę w NSB.

Zamawiający podkreślił, że sformułował swoje wymagania w sposób przemyślany, kompleksowy, a nadto proporcjonalny. Zasada proporcjonalności jest dyrektywą, zgodnie z którą zamawiający powinien podejmować w postępowaniu działania adekwatne do osiągnięcia założonego celu, a zastosowane przez niego środki powinny być

najbardziej odpowiednie, tj. nieograniczające w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawców do postępowania (wyrok z dnia 12 września 2023 r. KIO 2527/23).

W ocenie zamawiającego odwołujący formułując wskazany zarzut nie tyle dostrzega nieuprawnione uprzywilejowanie innych wykonawców co próbuje wpłynąć na sposób sformułowania warunków udzielenia zamówienia w celu wzmocnienia własnej pozycji względem innych oferentów posiadających sieć biletomatów stacjonarnych w aktualnym systemie biletowym. W tym kontekście nie sposób uznać za uzasadnione twierdzenia odwołującego, jakoby podmioty posiadające sieć biletomatów stacjonarnych były w nieuprawniony sposób uprzywilejowane. Fakt posiadania przez oferentów innych, dodatkowych źródeł przychodów, nawet zbliżonych do przedmiotu zamówienia, nie obliguje zamawiającego do podejmowania działań zmierzających do wyrównywania szans względem pozostałych podmiotów. Zgłoszenie do udziału w postępowaniu przez podmioty działające w danej branży jest oczywiste – zamawiający poszukuje bowiem wykonawców posiadających doświadczenie i zasoby pozwalające na rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie sytuacja, w której inni oferenci nakładem znacznych sił i środków stworzyli sieci dystrybucji biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych, nie rodzi po ich stronie nieuczciwej przewagi. Przyjęcie za słuszną argumentacji odwołującego, prowadziłoby do nieuzasadnionego różnicowania sytuacji oferentów, z uwagi na kryteria niezwiązane z przedmiotem zamówienia. W skrajnym przypadku wiązałoby się to z koniecznością przyjęcia absurdalnego stanowiska, iż każda dodatkowa aktywność ekonomiczna po stronie oferentów przynosząca przychody, może być rozpatrywana jako nieuczciwa przewaga konkurencyjna. Konstatacja taka prowadziłaby do niemożliwych do zaakceptowania wniosków zmierzających do ograniczenia rozwoju gospodarczego i konieczności poszukiwania oferentów o identycznej sytuacji ekonomicznej co w praktyce należy uznać za niemożliwe.

Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, iż ze względu na charakter aktualnie funkcjonującego modelu w ramach którego organizowana jest sieć sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych, gdzie ZTM zawiera umowy w tym zakresie z każdym zainteresowanym podmiotem spełniającym minimalne wymagania, nie ma i nie było przeszkód, aby odwołujący zawarł z zamawiającym taką umowę i zorganizował własną sieć biletomatów. Co więcej, brak inwestycji w tym zakresie może być rozpatrywany jako przewaga ekonomiczna Odwołującego, który podczas gdy inni oferenci czynili znaczne nakłady na rozwój sieci biletomatów, miał możliwość skumulowania kapitału, który może posłużyć mu teraz do realizacji nowego Systemu. Również z uwagi na profil swojej działalności odwołujący posiada inne przewagi konkurencyjne, które w sytuacji przyjęcia za prawidłową jego interpretacji przepisów ustawy P.z.p., musiałyby zostać uwzględnione w warunkach postępowania. Czynnikiem takim mógłby być chociażby koszt zapewnienia łączności bezprzewodowej urządzeń peryferyjnych z Systemem – członkiem konsorcjum jest operator sieci komórkowej, który może zapewnić łączność na preferencyjnych zasadach. Wskazane okoliczności są przykładami naturalnych różnic pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego na wolnym rynku, które podobnie jak fakt posiadania sieci biletomatów stacjonarnych, w żaden sposób nie budują nieuczciwej czy też nieuprawnionej przewagi konkurencyjnej, wymagającej interwencji zamawiającego.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący w sposób nieprawidłowy interpretuje zasady uczciwej konkurencji wynikające z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. Ukształtowanie warunków postępowania w zakresie ustalania wysokości zmiennej części wynagrodzenia, zostało bowiem dokonane w sposób uwzględniający uzasadnione potrzeby zamawiającego. Różnice w sytuacji ekonomicznej oraz w zakresie działalności poszczególnych oferentów i wynikające z nich przewagi nie mogą być czynnikiem wpływającym na ukształtowanie warunków postępowania, bowiem żaden z oferentów występujących w postępowaniu nie posiada na danym rynku sprzedaży biletów pozycji, która mogłaby zostać uznana za dominującą. Każdy z oferentów posiada pewne przewagi konkurencyjne, które są jednak naturalną konsekwencją funkcjonowania wolnego rynku i decyzji biznesowych podejmowanych przez jego uczestników. Nie sposób również dostrzec, aby zamawiający sformułował wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w sposób faworyzujący któregokolwiek z wykonawców. Co więcej, postulowane przez odwołującego włączenie do rozliczeń w nowym Systemie również sprzedaży starych biletów w biletomatach prowadziłoby do zróżnicowania sytuacji oferentów, bowiem już na starcie nowego Systemu podstawa dla ustalania wynagrodzenia zmiennego byłaby inna w przypadku podmiotów posiadających sieć biletomatów, a inna dla podmiotów nieposiadających takiej sieci.

Zamawiający stwierdził, że w kontekście przedstawionej argumentacji, zarzut 1a zarówno w pierwszej, jak i drugiej części, należy rozpatrzyć również w kontekście wniosków odwołującego o zmianę w dokumentacji postępowania. W pierwszej kolejności odwołujący wnosi o włączenie do nowego Systemu dochodów ze sprzedaży biletów w biletomatach i punktach obsługi pasażera. Jest to całkowicie nieuzasadnione – sprzedaż w biletomatach będzie obsługiwana na podstawie odrębnych umów, zaś sprzedaż z POP jest obsługiwana bezpośrednio przez zamawiającego. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw, aby zmienne wynagrodzenie wykonawcy było ustalane w oparciu o sprzedaż spoza Sytemu, która nie jest organizowana jego kosztem i staraniem. W dalszej kolejności, wniosek o przedstawienie przez zamawiającego szczegółowych prognoz sprzedaży jako podstawy ustalania wynagrodzenia, z przyczyn wskazanych w niniejszym punkcie również należy uznać za nielogiczny i nieuzasadniony. W przedstawionym

kontekście zarzut 1a pozostaje nie tylko nieuzasadniony, ale również pozbawiony logiki.

W odniesieniu do kwestii konieczności przeprowadzenia przez zamawiającego predykcji przychodów z podziałem na poszczególne kanały sprzedaży zamawiający wskazał, iż każda taka prognoza mogłaby być kwestionowana przez oferentów. Predykcja sprzedaży, a w szczególności zachowań pasażerów wiąże się bowiem z przyjęciem pewnych założeń, które w zależności od stosowanej metodologii mogą różnie wpływać na uzyskiwane wyniki. Każdy model ekonomiczny czy też prognoza ma zatem charakter niepewny, a przyjęcie ich za wiążącą podstawę ustalania przez wykonawców wartości oferty, mogłoby stanowić nieuprawnione ograniczenie możliwości swobodnego kształtowania oferty przez wykonawców, jak również zostać zakwestionowane na podstawie art. 99 ustawy P.z.p. Prognozowanie kosztów oraz rentowności przedsięwzięcia pozostaje w sferze obowiązków wykonawców, którzy jako profesjonalni uczestnicy obrotu, ponoszą ryzyko gospodarcze swoich decyzji biznesowych. Tymczasem odwołujący, domagając się przedstawienia przez zamawiającego szczegółowego oszacowania przyszłych zysków, w istocie wymaga przekazania mu niemal gotowego biznesplanu, pozostawiając sobie jedynie oszacowanie ewentualnych kosztów i proste zestawienie ich z przekazanymi danymi w zakresie przychodów. Nie sposób zgodzić się z tak określonym podziałem ról. Zamawiający bowiem, jako jednostka budżetowa gminy nie prowadzi działalności gospodarczej – to wykonawca jako podmiot rynkowy winien posiadać wiedzę, doświadczenie oraz zasoby pozwalające na ocenę rentowności przedsięwzięcia objętego postępowaniem, na którą składa się nie tylko ocena kosztów, ale przede wszystkim przewidywanych przychodów projektu. W przedstawionym kontekście nie sposób uznać za uzasadnioną argumentację o konieczności przedstawienia szczegółowych prognoz w zakresie sprzedaży.

Niezależnie od powyższego zamawiający podkreślił, iż łączna wielkość sprzedaży biletów w roku 2023 wskazana przez zamawiającego w dokumentacji postępowania stanowi przede wszystkim podstawę dla ustalenia maksymalnej wielkości części stałej wynagrodzenia wykonawcy. W zakresie części zmiennej, określonej jako % od wartości sprzedaży w nowym Systemie, uczestnicy mają pełną dowolność. Wartość sprzedaży w roku 2023 podana przez zamawiającego ma w tym zakresie charakter jedynie pomocniczy. Zamawiający nie stawia żadnych przeszkód, aby szacując wartość oferty w części wynagrodzenia zmiennego wykonawcy korzystali z innych danych, w szczególności własnych analiz lub ogólnodostępnych szczegółowych danych dotyczących sprzedaży biletów publikowanych np. przez zamawiającego w formie biuletynu na stronach internetowych pod adresem https://www.ztm.waw.pl/raporty-roczne-ztm/. Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby zamawiający działający zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. mógł wymagać od uczestników postępowania oparcia swych szacunków w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia na konkretnych, wskazanych przez niego danych. Taki sposób postępowania wyłączałby po stronie wykonawcy cały potencjał jego wiedzy i doświadczenia, pozwalający na przedstawienie optymalnej kosztowo oferty, co w konsekwencji niweczyłoby podstawowy cel zamówień publicznych jakim jest efektywność kosztowa.

Zamawiający podkreślił, iż wprowadzenie nowego Systemu biletowego, będzie powodowało stopniowy zanik pewnych kanałów sprzedaży, w szczególności np. biletomaty mobilne. Warto wskazać, że ponad 21% sprzedanych w 2023 roku biletów zostanie przekierowane do innych kanałów sprzedaży wykonawcy, dostępnych w NSB. Jak opisywano wyżej, NSB zakłada przede wszystkim sprzedaż biletów online za pośrednictwem portalu internetowego, kasowników w pojazdach oraz w aplikacji mobilnej. Wskazane rozwiązania eliminują konieczność obecności pasażera przy biletomacie lub w okienku punktu obsługi pasażera celem doładowania karty lub zakupu biletu na innym nośniku. W obliczu zupełnie nowych rozwiązań zastosowanych w NSB nie sposób przewidzieć, jak będzie rozkładała się sprzedaż w poszczególnych kanałach. Jednakże zmiana systemu biletowego nie powinna wpłynąć na zmniejszenie liczby pasażerów transportu publicznego oraz łącznej wartości sprzedanych biletów. W ocenie zamawiającego należy założyć, iż wprowadzenie nowego, prostego i intuicyjnego systemu biletowego, będzie skutkowało przynajmniej utrzymaniem dotychczasowej liczby, a potencjalnie może wpłynąć na zwiększenie liczby pasażerów, co będzie stanowiło wymierną korzyść dla wykonawcy Systemu. W tym kontekście przyjęty przez zamawiającego model, w którym wysokość stałej części wynagrodzenia obliczanych na podstawie danych dotyczących ogólnej sprzedaży biletów, należy uznać za logiczny, celowy i proporcjonalny. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż wynagrodzenie wykonawcy Systemu jest uzależnione od globalnej sprzedaży bez różnicowania na poszczególne kanały, tym samym rozbicie danych sprzedażowych nie znajduje uzasadnienia z punktu widzenia przedmiotu zamówienia.

W ocenie zamawiającego postulowane przez odwołującego zmiany w zakresie wskazania podstawy ustalania wynagrodzenia zmiennego nie mają uzasadnienia, zaś przyjęty przez zamawiającego model nie stanowi naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 lub opisu przedmiotu zamówienia określonych w art. 99 ustawy P.z.p. Z uwagi na powyższe zarzut w tym zakresie należy uznać za nieuzasadniony, co skutkuje koniecznością jego oddalenia.

Zarzut 2a – organizacja dodatkowej sieci sprzedaży

Zamawiający oświadczył, że w związku z zarzutem 2a dokonuje modyfikacji OPZ poprzez:

1.Dodanie do słownika pojęć w Rozdziale 2 OPZ definicji Sieci sprzedaży Biletów z kodem 2D, w brzmieniu jak

poniżej:

Sieć sprzedaży Biletów z kodem 2D – ogólnodostępne punkty handlowe lub usługowe, obsługiwane przez osoby fizyczne, w których wykonawca zapewni możliwość zakupu Biletów z kodem 2D. Punkty, o których mowa powyżej muszą umożliwiać zakup Biletów z kodem 2D, przez co najmniej 40 godzin w ciągu tygodnia. Punkty sprzedaży winne być rozlokowane w co najmniej 2 lokalizacjach w każdej dzielnicy m.st. Warszawy.

2.Modyfikację definicji pojęcia Bilet z kodem 2D w słowniku pojęć w Rozdziale 2 OPZ, zmieniając jego dotychczasowe brzmienie:

Bilet z kodem 2D - Wydruk z kodem 2D, drukowany przez Biletomat Mobilny, Biletomat Stacjonarny lub opcjonalnie wydawany Pasażerowi w POP

poprzez nadanie mu nowego brzmienia (zmiany zaznaczono podkreśleniem):

Bilet z kodem 2D - Wydruk z kodem 2D, drukowany przez Biletomat Mobilny, Biletomat Stacjonarny, opcjonalnie wydawany Pasażerowi w POP lub w Sieci sprzedaży Biletów z kodem 2D.

3.Modyfikację definicji pojęcia Usługi sprzedaży w słowniku pojęć w Rozdziale 2 OPZ, zmieniając jego dotychczasowe brzmienie:

Usługi sprzedaży - Wszystkie czynności Wykonawcy związane ze sprzedażą Biletów na zasadach określonych w Taryfie przewozowej, w Kanałach sprzedaży w szczególności:

• Sprzedaż Biletów,

• Utrzymanie Sieci sprzedaży biletów,

• Obsługa realizacji transakcji płatniczych przy użyciu Czytników Kontrolerskich,

• Obsługa reklamacji dotyczących sprzedaży prowadzonej przez Wykonawcę w Kanałach sprzedaży,

• Prowadzenie wraz z zarządzaniem i administrowaniem, obsługi płatności kart płatniczych, wpłat od Pasażerów i depozytów (o ile takie wystąpią), utrzymanie certyfikowanej infrastruktury do obsługi transakcji realizowanych z użyciem instrumentów płatniczych.

poprzez nadanie mu nowego brzmienia (zmiany zaznaczono podkreśleniem):

Usługi sprzedaży - Wszystkie czynności Wykonawcy związane ze sprzedażą Biletów na zasadach określonych w Taryfie przewozowej, w Kanałach sprzedaży w szczególności:

• Sprzedaż Biletów,

• Utrzymanie Sieci sprzedaży Biletów z kodem 2D,

• Obsługa realizacji transakcji płatniczych przy użyciu Czytników Kontrolerskich,

• Obsługa reklamacji dotyczących sprzedaży prowadzonej przez Wykonawcę w Kanałach sprzedaży,

• Prowadzenie wraz z zarządzaniem i administrowaniem, obsługi płatności kart płatniczych, wpłat od Pasażerów i depozytów (o ile takie wystąpią), utrzymanie certyfikowanej infrastruktury do obsługi transakcji realizowanych z użyciem instrumentów płatniczych.

4.Zmiana punktu 12 w Rozdziale 3.3 OPZ., jak poniżej:

Dotychczasowe brzmienie:

12. Uruchomienie sieci sprzedaży biletów z kodem 2D w min. 50 punktach usługowych zlokalizowanych na terenie działania ZTM. Lokalizacja punktów usługowych musi być zaakceptowana przez ZTM.

zostaje zastąpione (zmiany zaznaczono podkreśleniem):

12. Uruchomienie Sieci sprzedaży Biletów z kodem 2D w min. 50 punktach handlowych lub usługowych zlokalizowanych na terenie działania ZTM. Wykonawca zobowiązany będzie do poinformowania ZTM o planowanych lokalizacjach uruchamianych punktów.

5. Zmianę brzmienia pkt. 3 w rozdziale 5.3. OPZ na nowe, jak poniżej:

Dotychczasowe brzmienie:

3. W sieci sprzedaży punktów usługowych utworzonych przez Wykonawcę

zostaje zastąpione (zmiany zaznaczono podkreśleniem):

3. W Sieci sprzedaży Biletów z kodem 2D.

6.Zmianę brzmienia pkt. 16.2 ppkt. 2) w rozdziale 16 OPZ na nowe, jak poniżej:

Dotychczasowe brzmienie:

2) Utrzymanie sieci sprzedaży biletów z kodem 2D w min. 50 punktach usługowych zlokalizowanych na terenie działania ZTM. Lokalizacja punktów usługowych musi być zaakceptowana przez ZTM.

zostaje zastąpione (zmiany zaznaczono podkreśleniem):

2) Utrzymanie Sieci sprzedaży Biletów z kodem 2D w min. 50 punktach handlowych lub usługowych zlokalizowanych na terenie działania ZTM. Wykonawca zobowiązany będzie do poinformowania ZTM o planowanych lokalizacjach uruchamianych punktów.

Zamawiający dokonuje modyfikacji wzoru Umowy poprzez:

1.Dodanie do słownika definicji, po pozycji 53, pozycji 54 w brzmieniu jak poniżej:

54. Sieć sprzedaży Biletów z kodem 2D – ogólnodostępne punkty handlowe lub usługowe, obsługiwane przez osoby fizyczne, w których wykonawca zapewni możliwość zakupu Biletów z kodem 2D. Punkty, o których mowa powyżej muszą umożliwiać zakup Biletów z kodem 2D, przez co najmniej 40 godzin w ciągu tygodnia. Punkty sprzedaży winne być rozlokowane w co najmniej 2 lokalizacjach w każdej dzielnicy m.st. Warszawy.

2.Modyfikację definicji Usługi sprzedaży poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia:

49. Usługa sprzedaży – wszystkie czynności Wykonawcy związane ze sprzedażą Biletów na zasadach określonych w Taryfie przewozowej, w Kanałach sprzedaży w szczególności:

• Sprzedaż Biletów,

• Utrzymanie Sieci sprzedaży Biletów

• Obsługa realizacji transakcji płatniczych przy użyciu Czytników Kontrolerskich,

• Obsługa reklamacji dotyczących sprzedaży prowadzonej przez Wykonawcę w Kanałach sprzedaży,

• Prowadzenie wraz z zarządzaniem i administrowaniem, obsługi płatności kart płatniczych, wpłat od Pasażerów i depozytów (o ile takie wystąpią), utrzymanie certyfikowanej infrastruktury do obsługi transakcji realizowanych z użyciem instrumentów płatniczych.

nowym o brzmieniem (zmiany zaznaczono podkreśleniem):

49. Usługa sprzedaży – wszystkie czynności Wykonawcy związane ze sprzedażą Biletów na zasadach określonych w Taryfie przewozowej, w Kanałach sprzedaży w szczególności:

• Sprzedaż Biletów,

• Utrzymanie Sieci sprzedaży Biletów <u>z kodem 2D,</u>

• Obsługa realizacji transakcji płatniczych przy użyciu Czytników Kontrolerskich,

• Obsługa reklamacji dotyczących sprzedaży prowadzonej przez Wykonawcę w Kanałach sprzedaży,

• Prowadzenie wraz z zarządzaniem i administrowaniem, obsługi płatności kart płatniczych, wpłat od Pasażerów i depozytów (o ile takie wystąpią), utrzymanie certyfikowanej infrastruktury do obsługi transakcji realizowanych z użyciem instrumentów płatniczych.

Zamawiający wyjaśnił, że zarówno przed wprowadzoną zmianą nie wymagał, jak również, uwzględniając wskazane powyżej zmiany, nie oczekuje budowy dodatkowej sieci punktów sprzedaży od podstaw, włącznie z wynajmem i organizacją pomieszczeń na terenie m.st. Warszawy - co zdaje się przyjął odwołujący. Wymóg zawarty w dokumentacji postępowania w przedmiotowym zakresie jest ogólny, a jego realizacja będzie możliwa chociażby poprzez zapewnienie sprzedaży Biletów z kodem 2D w punktach usługowych lub handlowych takich jak kioski, sklepy czy punkty usytuowane na terenie galerii handlowych, dworców itp. Z uwagi na fakt, iż Bilety z kodem 2D stanowią niejako pomost pomiędzy starym a nowym system biletowym zamawiający uznał, że możliwość ich zakupu w sposób stacjonarny, będzie szczególnie celowa z punktu widzenia przyzwyczajeń pasażerów zwłaszcza niezaznajomionych z nowoczesnymi technologiami.

Niezależnie od powyższego, w celu uniknięcia wątpliwości, zamawiający dokonał modyfikacji dokumentacji postępowania w zakresie OPZ i wzoru Umowy, zgodnie z którą wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia sprzedaży Biletów z kodem 2D, nie zaś utworzenia odrębnej, nowej sieci sprzedaży. Wprowadzone zmiany zakładają minimalne wymagania dotyczące Sieci sprzedaży Biletów z kodem 2D. W aktualnym brzmieniu zamawiający wymaga organizacji punktów bez formułowania dodatkowych wymagań w zakresie oznaczenia, wielkości powierzchni, wyposażenia - pozostawiając te kwestie do decyzji wykonawcy. Z uwagi na powyższe zmiany w OPZ oraz we wzorze Umowy, zamawiający ocenił zarzut jako bezprzedmiotowy.

Zarzut 2e – testy penetracyjne

W ocenie zamawiającego zarzut jest niezasadny.

Zamawiający podniósł, że przedmiotem postępowania jest wdrożenie przez wykonawcę Systemu biletowego za pośrednictwem, którego pasażerowie publicznego transportu zbiorowego będą wnosić opłaty za przejazd środkami komunikacji miejskiej w Warszawie. System ma zatem umożliwiać obsługę przepływów pieniężnych z tytułu sprzedaży biletów, kontrolę i weryfikację nabytych przez pasażerów uprawnień do przejazdu, nakładanie opłat za przejazd bez ważnego biletu oraz identyfikację pasażerów w celu obsługi wskazanych wyżej funkcjonalności. System będzie zatem obejmował przetwarzanie danych osobowych oraz procesowanie płatności, których łączna suma w roku 2023 sięgnęła miliarda złotych, które docelowo w znaczącej części jako środki publiczne trafią do budżetu m.st. Warszawy. W przedstawionym kontekście bezpieczeństwo Systemu ma kluczowe znaczenie dla zamawiającego.

Testy penetracyjne, stanowią element weryfikacji poziomu zastosowanych zabezpieczeń przed nieautoryzowanym dostępem do Systemu i jako takie stanowią standardowy element projektów informatycznych. Nie sposób zatem przyjąć, iż przeprowadzenie wskazanych testów jest wymogiem nieproporcjonalnym, zwłaszcza w obliczu uwarunkowań wskazanych powyżej.

Jednocześnie ogólnie przyjętą praktyką rynkową jest powierzanie wykonania takich testów podmiotom niezależnym od wykonawcy systemu. Celem takiego rozwiązania jest wykonanie testów bez szczegółowej znajomości architektury systemu przy użyciu narzędzi i metod wykorzystywanych przez potencjalnych sprawców naruszeń.

Z uwagi na charakter wskazanego wymogu, zamawiający nie był obiektywnie w stanie sprecyzować wymogów w tym zakresie, bowiem metodyka prowadzenia testów i narzędzia wykorzystywane do ich przeprowadzenia są niejawne. Zresztą ewentualne uszczegółowienie tego wymogu stanowiłoby ograniczenie skuteczności testów czyniąc je pozornymi. Wykonawca znając bowiem zakres testowania, mógłby wykonać zabezpieczenia skoncentrowane tylko na odparciu opisanego w dokumentacji postępowania ataku, pomijając inne możliwości uzyskania nieuprawnionego dostępu do Systemu.

Niezależność podmiotu wykonującego testy należy rozumieć literalnie jako niepowiązanie kapitałowe lub osobowe z wykonawcą i niezaangażowanie testującego w realizację przedmiotu zamówienia. W tym zakresie również sformułowania dokumentacji postępowania są jasne. Samo zawarcie umowy z wykonawcą testów, o ile jej treść nie będzie wpływała np. na zakres testowania czy wynik testów, nie może być uznana za czynnik wyłączający jego niezależność. Nie sposób jednak w dokumentacji postępowania przewidzieć wszystkie okoliczności związanych z uwarunkowaniami umownymi lub powiązaniami, które mogłyby zostać opisane. Z uwagi na powyższe, aktualne sformułowanie OPZ w przedmiotowym zakresie należy uznać za jasne i proporcjonalne, zaś wniosek o jego zmianę za nieuzasadniony.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia nie jest co do zasady dostawa Systemu, a świadczenie usług w zakresie dystrybucji biletów za pośrednictwem systemu spełniającego wymogi Zamawiającego, wśród których wyróżnić należy bezpieczeństwo danych. Właścicielem Systemu w czasie trwania Umowy pozostaje wykonawca. W świetle powyższego, ze względów organizacyjnych i prawnych trudno wyobrazić sobie, że Zamawiający zleca przeprowadzenie testów penetracyjnych nienależącego do niego systemu informatycznego.

Zarzut 2 i – dotyczący procesu zmiany personelu

W ocenie zamawiającego zarzut jest nieuzasadniony.

Zamawiający wskazał, że zgodnie § 5 ust. 1 Umowy „Wykonawca do realizacji Przedmiotu zamówienia wskazuje osoby wymienione w załączniku nr 4 oświadczając, iż posiadają one wiedzę i doświadczenie, o którym mowa w załączniku nr 4 do Umowy. Wykonawca dołoży starań, aby w celu realizacji Przedmiotu zamówienia pracowała ze strony Wykonawcy stała grupa specjalistów (“Personel Kluczowy”)”. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do Umowy w skład Personelu Kluczowego wchodzą: 1) Kierownik Projektu, 2) Kierownik zespołu analityków, 3) Kierownik zespołu architektów, 4) Kierownik zespołu wdrożeniowego, 5) Kierownik zespołu instalacyjnego Sprzętu, 6) Kierownik zespołu testowego, 7) Kierownik zespołu szkoleniowego, 8) Kierownik zespołu ds. marketingu. Dla każdej z tych osób Zamawiający opisał minimalny zakres obowiązków wykonywanych w trakcie realizacji umowy, a także wymóg odnośnie kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia.

Zamawiający zaznaczył, że lista zadań przypisanych poszczególnym członkom Personelu Kluczowego, kierującym pracami poszczególnych pionów realizacyjnych, jasno wskazuje, iż z punktu widzenia zarówno zamawiającego jak i wykonawcy, osoby te (nazwane wprost w ust. 1 § 5 Umowy „stałą grupą specjalistów”) mają strategiczne znaczenie dla pomyślnej realizacji zamówienia. Omawiany wymóg nie stanowi nieuprawnionego wykorzystywania przewagi przez zamawiającego jako „gospodarza postępowania”, wręcz przeciwnie – jest wyrazem jego dbałości o to, by mógł mieć stały, realny wpływ na przebieg realizacji zamówienia poprzez nadzór nad doborem specjalistów dopuszczonych do kluczowych zadań objętych zamówieniem na każdym jego etapie. Niemożność kontrolowania i aprobowania zmian w Personelu Kluczowym spowodowałaby de facto utratę przez Zamawiającego nadzoru nad realizacją umowy. Podobną argumentację przedstawiono w wyroku KIO z dnia 12 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3306/20.

Zamawiający wskazał, że uprzednia zgoda zamawiającego na skład Personelu Kluczowego, jak i późniejsza, na dokonywanie w nim zmian oznacza, że zamawiający chce – jako racjonalny inwestor - zweryfikować doświadczenie danej osoby, dążąc przy tym, by wykonawca ustanowił trwały i – w miarę możliwości - niezmienny zespół specjalistów. Przedmiotowy wymóg jest uzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego i umożliwia mu faktyczną ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia w obszarach szczególnie skomplikowanych.

W ocenie zamawiającego chybiony jest zarzut odwołującego o nadmiarowości ww. wymogu. Zamawiający przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1988/20.

W ocenie zamawiającego niezrozumiałe pozostają argumenty odwołującego odnośnie tego, że powodem zmiany składu osobowego może być rezygnacja samego pracownika czy zakończenie umowy cywilnoprawnej, czego zamawiający miał nie wziąć pod uwagę. Wręcz przeciwnie, sposób formułowania postanowień § 5 ust. 6 umowy („W przypadku wystąpienia konieczności zmiany składu Personelu Kluczowego […]”) jednoznacznie wskazuje, iż zamawiający liczy się z możliwością, iż wykonawca może nie dysponować stałym składem Personelu Kluczowego

przez cały okres obowiązywania umowy, bez względu na przyczynę zaistniałej zmiany. Nie jest intencją zamawiającego ingerowanie w sprawy kadrowe wykonawcy. Jedyne, czego od niego wymaga w tym zakresie, to należyta staranność w zapewnieniu fachowca nie ustępującego kompetencjami poprzednikowi, a także rzetelne informowanie o kwestiach mogących mieć wpływ na ten aspekt realizacji umowy. Zamawiający musi mieć pewność, iż wykonawca, mimo utraty (bez względu na przyczynę) swojego kluczowego przedstawiciela, będzie w stanie kontynuować realizację zamówienia w sposób gwarantujący należyte jej wykonanie. Naturalną konsekwencją powyższego jest wymóg przedstawienia przez wykonawcę zamawiającemu pisemnego wniosku z propozycją zmiany, uzasadnieniem oraz informacjami dotyczącymi nowej osoby.

Odnosząc się do zarzutu nieproporcjonalności omawianego wymogu, zamawiający wskazał, że przeczy mu przede wszystkim fakt, iż zamawiający nie wprowadził bezwzględnego zakazu w zakresie zmiany Personelu Kluczowego. Poza tym projekt umowy zapewnia dużą elastyczność wykonawcy w przypadku nieobecności członka Personelu Kluczowego trwającej do 14 dni (np. w przypadku urlopu). W takiej sytuacji bowiem wykonawca może zastąpić każdą osobę z Personelu Kluczowego inną osobą, o kompetencjach nie niższych niż osoba zastępowana, po uprzednim uzgodnieniu terminu nieobecności z zamawiającym (§ 5 ust. 7 umowy). Projektowane postanowienia umowne wychodzą też naprzeciw niemożliwej do przewidzenia nieobecności którejkolwiek osoby z Personelu Kluczowego, trwającej dłużej niż 7 Dni. W takim przypadku, zgodnie z § 5 ust.8 umowy wykonawca, nie później niż 7-go dnia nieobecności członka Personelu Kluczowego, na własny koszt, zapewni na czas jego nieobecności zastępstwo w postaci osoby posiadającej taki sam albo wyższy poziom kwalifikacji i doświadczenia jak osoba zastępowana. Wykonawca zobowiązany jest pisemnie poinformować zamawiającego o konieczności zastępstwa oraz przedstawić kwalifikacje i doświadczenie zastępcy. W takiej sytuacji zamawiający ma prawo żądania zmiany przedstawionej osoby zastępcy w trybie natychmiastowym, jednak samo ustanowienie zastępcy w obu omawianych przypadkach (§ 5 ust. 7 i 8 umowy) nie wymaga przeprowadzenia procedury uzgadniania, kwestionowanej przez wykonawcę.

Zamawiający podkreślił, iż przewidziane w projekcie umowy uprawnienie zamawiającego do wyrażenia braku zgody nie jest uprawnieniem o charakterze arbitralnym, pozostawiającym wykonawcę w niewiedzy co do motywów odmowy. Zamawiający swój brak zgody ma obowiązek każdorazowo uzasadnić na piśmie (§ 5 ust. 6 umowy), podobnie żądanie przez zamawiającego zmiany każdej z osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego uwarunkowane jest uprzednim zawiadomieniem wykonawcy o negatywnej ocenie pracy danej osoby (§ 5 ust. 9 umowy).

Zarzut 4 – ogólna podstawa naliczania kar

W ocenie zamawiającego zarzut jest nieuzasadniony.

Zamawiający wskazał, że kara umowna jest konstrukcją prawa cywilnego stanowiącą w głównej mierze substytut odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Mechanizm naliczania kary umownej zakłada uprawnienie do żądania zapłaty określonej kwoty pieniędzy w przypadku zaistnienia konkretnej okoliczności bez konieczności dodatkowego dowodzenia w zakresie poniesionej szkody. Takie ukształtowanie kary umownej jest zatem zupełnie oderwane od intencji strony uprawnionej do naliczenia kary (w tym przypadku zamawiającego). Z uwagi na powyższe wskazany zarzut należy uznać za całkowicie chybiony.

Zamawiający zauważył, że niezależnie od powyższego, orzecznictwo sądów cywilnych jednoznacznie przypisuje karze umownej oprócz wspomnianej funkcji kompensacyjnej, również inne funkcje w szczególności stymulacyjną zmierzającą do zapewnienia należytego wykonywania postanowień umowy przez stronę zobowiązaną do zapłaty kar umownych. W obliczu powyższego, wykonawca planujący rzetelnie wykonać zobowiązania wynikające z umowy, nie powinien kalkulować prawdopodobieństwa zaistnienia kar umownych w kontekście intencji zamawiającego, lecz raczej obiektywnej możliwości wykonania nałożonych na niego obowiązków.

W ocenie zamawiającego sformułowanie zarzutu w zakresie dowolności naliczenia kar umownych, świadczy o braku znajomości po stronie odwołującego podstawowych zasad funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych, jak również regulacji zawartych w ustawie P.z.p. Zamawiający wskazał, ze jako jednostka budżetowa m.st. Warszawy jest zaliczany do sektora finansów publicznych. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jak również ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zamawiający jest zobligowany, o ile okaże się to zasadne, do naliczenia i dochodzenia należności cywilnoprawnych przysługujących jednostce, w tym kar umownych. Nie można tu zatem mówić o jakiejkolwiek dowolności. Zasadność naliczenia kar należy oceniać z punktu widzenia przepisów prawa w szczególności ustawy P.z.p. oraz K.c. Nie każde bowiem niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień umowy będzie uprawniało zamawiającego do naliczenia kar umownych. Mając na uwadze przepis art. 433 ustawy P.z.p., jak również orzecznictwo sądów cywilnych w zakresie zastosowania również wobec odpowiedzialności z tytułu kar umownych, przesłanki egzoneracyjnej określonych w art. 471 K.c., zamawiający może naliczyć karę umowną tylko gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynika z okoliczności zawinionych przez wykonawcę. Skoro zatem zamawiający nie w każdym przypadku naruszenia obowiązków umownych może naliczyć kary, to należało uwzględnić to w brzmieniu § 28

ust. 5 umowy, który sformułowano jako możliwość naliczenia kar. Nie przeczą temu sformułowania użyte w innych jednostkach redakcyjnych, gdzie zamawiający odwołuje się do zwłoki, a więc zawinionego opóźnienia lub do okoliczności leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie zamawiającego nie sposób również zgodzić się z tezą odwołującego, iż kara umowna określona w § 28 ust. 5 umowy dotyczy niesprecyzowanych zobowiązań. Projekt umowy przedstawiony przez zamawiającego w sposób szczegółowy opisuje proces realizacji przedmiotu zamówienia oraz prawa i obowiązki stron. Wykonanie najistotniejszy elementów umowy zostało zabezpieczone poprzez zastrzeżenie kar umownych przewidzianych w § 28 ust. 4 umowy. Odrębna regulacja w tym zakresie służy ustanowieniu swego rodzaju gradacji obowiązków poprzez wysokość sankcji przewidzianych za ich zawinione niewykonanie. Jak wskazano obowiązki wymienione w § 28 ust. 4 mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Szczegółowość projektu umowy nie nastręcza żadnych trudności w identyfikacji innych, niewymienionych w ust. 4 obowiązków wykonawcy. Zamawiający podkreślił, iż pozostałe zobowiązania określone w umowie, dla których nie przewidziano konkretnych sankcji, winny zostać również rzetelnie wykonane przez wykonawcę. Z uwagi na powyższe zamawiający przewidział dla takich obowiązków odrębną, zbiorczą kategorię kar umownych. Taki zabieg legislacyjny jest jak najbardziej uzasadniony, ułatwia bowiem odbiór umowy. Zastosowanie kazuistycznego wyliczenia wszelkich obowiązków, zamiast zastosowania klauzuli ogólnej, byłoby *de facto* powtórzeniem wszystkich zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy i uregulowanych w niej wcześniej.

W ocenie zamawiającego wskazany zarzut, nie znajduje również racjonalnego uzasadnienia z punktu widzenia rzetelnego wykonawcy, który kalkulując ofertę winien uwzględniać konieczność wykonania wszystkich obowiązków wynikających z umowy, nie zaś opłacalność ich niewykonania przez pryzmat wysokości kar umownych.

Zamawiający stwierdził, że nie sposób również uznać za zasadne twierdzenia odwołującego jakoby kara umowna określona w § 28 ust. 5 umowy czy też inne kary umowne przewidziane w § 28 miały charakter jednostronny, czym naruszona została równowaga stron a w konsekwencji zachodzi sprzeczność postanowień umowy z naturą stosunku prawnego. Charakter przedmiotu zamówienia przesądza o tym, że to po stronie wykonawcy leży konieczność zaprojektowania, wdrożenia oraz świadczenia usług za pośrednictwem Systemu. Obowiązki zamawiającego ograniczają się właściwie do terminowej zapłaty wynagrodzenia przewidzianego w umowie. Przy tak sformułowanych obowiązkach stron trudno kształtować symetrycznie równoważne kary umowne należne wykonawcy od zamawiającego. Brak ekwiwalentności w tym zakresie wynika bowiem z natury umowy i nie może być traktowany jako nieuprawniony. Zamawiający wskazał, przepisy K.c. wyłączają możliwość zastrzeżenia kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań pieniężnych. W takim wypadku uprawnionemu z mocy prawa tj. bez konieczności formułowania dodatkowych postanowień umownych, przysługują odsetki.

W ocenie zamawiającego nie sposób również mówić o rażącym wygórowaniu kar umownych. Zgodnie z art. 8 ustawy P.z.p. w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w kwestiach nieuregulowanych, zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 484 § 1 K.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z uwagi na oderwanie kary umownej od wysokości poniesionej szkody, nie sposób *a priori* mówić o rażącym wygórowaniu kar. Dopiero *post factum*, jeśli kara umowna okaże się w konkretnym przypadku rażąco wygórowana, np. nieadekwatna do poniesionej szkody, zobowiązany do jej zapłacenia może domagać się zgodnie z art. 484 § 2 K.c. jej miarkowania w ramach postępowania sądowego. Jak wskazuje orzecznictwo sądów powszechnych katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. Niewątpliwie miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2021 r. V CSKP 17/21. W świetle rozważań Sądu Najwyższego zawartych w uzasadnieniu do wskazanego orzeczenia, należy wskazać, iż ustalenie, że kara umowna ma charakter rażąco wygórowany, może nastąpić jedynie w konkretnych zmaterializowanych okolicznościach na podstawie wielu czynników. W tym kontekście nie sposób zawczasu ocenić, czy kara umowna ma charakter rażąco wygórowany. Ocena taka będzie możliwa dopiero w konkretnych okolicznościach, post factum przez sąd działający na podstawie stosownego wniosku wykonawcy.

Mając na uwadze wskazaną powyżej argumentację zamawiający stwierdził, że kara umowna zastrzeżona w § 28 ust. 5 umowy nie została sformułowana w sposób sprzeczny z przepisami ustawy P.z.p. lub K.c. oraz znajduje pełne uzasadnienie z punktu widzenia racjonalnych potrzeb zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu umowy. Tym samym zarzut naruszenia art. 16 pkt 1,2 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353 (1) oraz art. 483 § 1 oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. należy uznać za niezasadny.

Zarzut 5 – limit kar umownych

W odpowiedzi na wskazany zarzut zamawiający oświadczył, ze dokonał zmiany § 28 ust. 9 umowy.

Dotychczasowe brzmienie:

9. Łączna wysokość kar umownych przewidzianych w ust 2-5, a naliczonych przez Zamawiającego, z wyłączeniem kary umownej przewidzianej w ust. 6 i 7, nie może przekroczyć 25% kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy. Kary umowne określone w ust. 6 i 7 naliczane są niezależnie od limitu wskazanego w zdaniu pierwszym.

zostaje zastąpione (zmiany zaznaczono podkreśleniem):

9. Łączna wysokość kar umownych przewidzianych w ust. 2-6, a naliczonych przez Zamawiającego, z wyłączeniem kary umownej przewidzianej w ust. 6 i 7, nie może przekroczyć 25% kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy. Kary umowne określone w ust. 6 i 7 naliczane są niezależnie od limitu wskazanego w zdaniu pierwszym.

Zamawiający wskazał, że w wyniku zmiany, limitem kar wskazanym w § 28 ust. 9 umowy objęto również karę umowna określoną w § 28 ust. 6 umowy. W konsekwencji dla wszystkich kar umownych określonych w umowie ustanowiono limity zgodnie z dyspozycją art. 436 pkt 3 ustawy P.z.p. Z uwagi na powyższe wskazany zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy.

Zarzut 6d – dotyczący dostosowania Systemu

W ocenie zamawiającego zarzut jest nieuzasadniony.

Zamawiający stwierdził, że w pierwszej kolejności ponownie przywołać należy cytowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu nie jest wystarczające dla skutecznego sformułowania zarzutu, który może zostać uwzględniony przez Izbę. Uzasadnienie dla przedmiotowego zarzutu nie wskazuje żadnych konkretów pozwalających na zestawienie stanowiska odwołującego z normami ustawy P.z.p. i ocenę ich ewentualnego naruszenia. Już tylko z tych powodów zarzut nie może zostać uwzględniony.

Niezależnie od powyższego, zamawiający podkreślił, iż System, za pośrednictwem którego wykonawca będzie świadczył usługi w zakresie sprzedaży biletów, w okresie obowiązywania umowy pozostaje jego własnością. Jednocześnie oczywistym jest, iż podstawowym obowiązkiem wyłonionego wykonawcy będzie świadczenie usługi w sposób zgodny z przepisami prawa. Ewentualna konieczność modyfikacji Systemu i dostosowania go do zmian prawa związanych z funkcjonowaniem systemów informatycznych, w związku z charakterem Umowy, w naturalny sposób obciąża zatem wykonawcę. W Systemie należy upatrywać narzędzie, za pomocą którego wykonawca ma świadczyć usługę na rzecz zamawiającego. Wykorzystanie do świadczenia usługi narzędzia niezgodnego z wymogami obowiązującego prawa będzie naruszeniem podstawowych obowiązków umownych. W tych okolicznościach trudno przyjąć za dopuszczalny podział ryzyka, w którym na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za prawidłowe funkcjonowanie narzędzia, za pomocą którego usługa jest mu świadczona.

Zamawiający podkreślił, że udzielając zamówienia w zakresie NSB nie uzyskuje wyłączności w zakresie stworzonego przez wykonawcę Systemu. Świadczy o tym chociażby ukształtowanie postanowień umowy w zakresie praw autorskich, gdzie zamawiający uzyskuje niewyłączną licencję na korzystanie z Systemu. Zgodnie z postulatami wyrażonymi na etapie dialogu konkurencyjnego, wszyscy uczestnicy na bazie doświadczeń w budowie Systemu na potrzeby świadczenia usługi dla zamawiającego, będą chcieli stworzyć produkt, który będzie oferowany innym podmiotom, a co za tym idzie, będą czerpać z tego wymierne korzyści. W tym kontekście przerzucenie jakiegokolwiek ryzyka związanego z dostosowaniem systemu do zmieniających się wymogów prawa na zamawiającego nie może zostać uznane za dopuszczalne.

W ocenie zamawiającego zgodność Systemu, za pomocą którego wykonawca będzie świadczył usługę, z wymogami prawa w czasie trwania umowy jest kluczowym obowiązkiem wykonawcy. Z uwagi na charakter przedmiotu umowy oraz przyjętą praktykę rynkową, ryzyko w przedmiotowym zakresie winno obciążać wykonawcę, co czyni wskazany zarzut nieuzasadnionym.

Zarzut 6 e – dotyczący ograniczenia roszczeń dotyczących z licencji określonego w § 12 ust. 17 i 18

W ocenie zamawiającego zarzut jest nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego, jakoby postanowienia § 12 ust. 17 i 18 naruszały równowagę stron umowy, zamawiający podkreślił, iż stworzenie Systemu będzie wiązało się w głównej mierze z pozyskaniem odpowiedniego sprzętu teleinformatycznego, w szczególności urządzeń funkcjonujących w ramach Systemu, tj. kasowniki i walidatory, zamontowane we wszystkich pojazdach Warszawskiego Transportu Publicznego i bramkach metra (łącznie ponad 14 800 urządzeń), urządzeń kontrolerskich oraz innego sprzętu niezbędnego do funkcjonowania Systemu takiego jak komputery, serwery. Ewentualna wycena fizycznych elementów Systemu nie powinna nastręczać większych problemów oraz wątpliwości. Doświadczenie życiowe wskazuje również, iż rynek umożliwia niezależną weryfikację takiej wyceny.

W ocenie zamawiającego zupełnie inna sytuacja występuje w zakresie wyceny wartości niematerialnych i prawnych, takich jak udzielone licencje czy też szerzej, wartość praw autorskich czy korzystania z oprogramowania. W

tym zakresie doświadczenie podpowiada, iż oszacowanie wartości takich elementów nie będzie proste do zweryfikowania. Sytuacja doznaje dalszych komplikacji, gdy ewentualnej ocenie wartości podlega system prototypowy, powstający na potrzeby szczególne projektu zgodny ze skonkretyzowanymi wymogami. W tym przypadku obiektywna wycena wartości niematerialnych i prawnych, możliwa do przyjęcia przez obie strony, może okazać się niemożliwa, chociażby z uwagi na brak podmiotów oferujących usługi w tym zakresie. Wskazane uwarunkowania rodzą po stronie zamawiającego niemożliwe do oszacowania ryzyko kierowania do niego roszczeń, a po stronie wykonawcy szeroką możliwość formułowania roszczeń z tytułu naruszenia praw autorskich. Zgodnie z art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych uprawniony, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, może żądać od osoby, która naruszyła te prawa nie tylko naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych lub poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu, ale również wydania uzyskanych korzyści.

Zamawiający podkreślił, że jako jednostka samorządu terytorialnego, działa na podstawie i w granicach prawa. W tym kontekście nie sposób wyobrazić sobie, aby zamawiający celowo dokonał naruszenia praw autorskich. Nietrudno jednak przewidzieć skrajną sytuację, w której wykonawca w obliczu sporu i możliwości rozwiązania lub odstąpienia od umowy próbuje wywrzeć na zamawiającym presję formułując roszczenia z tytułu naruszenia praw autorskich o wartości wykraczającej poza rzeczywistą wartość Systemu.

Zamawiający wskazał, że w celu zapobieżenia wykorzystaniu tego typu środków zamawiający, działając z dbałością o efektywne wydatkowanie środków publicznych oraz celowe zabezpieczenie słusznego interesu jednostki sektora finansów publicznych, wprowadził wskazane ograniczenie co do wartości ewentualnych roszczeń z tytułu udzielonych licencji. W przedstawionym kontekście nie sposób przyjąć, iż wprowadzone w umowie ograniczenie odpowiedzialności ma charakter nieadekwatny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że wskazany mechanizm znajduje pełne oparcie w przepisach obowiązującego prawa tj. w art. 473 § 1 K.c. *a contrario* oraz art. 458 (9) Kodeksu postępowania cywilnego.

Zamawiający wskazał, że System, za pośrednictwem którego wykonawca będzie świadczył usługi w zakresie sprzedaży biletów, w okresie obowiązywania umowy pozostaje jego własnością. Zamawiający udzielając zamówienia w zakresie NSB nie uzyskuje wyłączności w zakresie stworzonego przez wykonawcę Systemu. Wykonawca na bazie doświadczeń w budowie Systemu na potrzeby świadczenia usługi dla zamawiającego stworzy produkt, który będzie oferowany innym podmiotom, co w konsekwencji przysporzy mu wymierne korzyści.

Zamawiający stwierdził, ze w okolicznościach, w których – niejako z udziałem zamawiającego w odpowiedzi na zidentyfikowane przez niego wymogi oraz przy jego współdziałaniu, powstaje produkt, który wykonawca będzie oferował na rynku innym podmiotom, czerpiąc z tego dodatkowe korzyści w przyszłości – nie sposób również uznać, iż wprowadzone ograniczenie będzie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Taki zarzut mógłby się zaktualizować jedynie w przypadku, gdyby koszty ponoszone przez wykonawcę mogły być zrekompensowane jedynie w świadczeniach oferowanych przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że w zakresie ustalenia wartości limitu roszczeń z tytułu licencji, skorzystał z doświadczenia podmiotów zewnętrznych, świadczących na jego rzecz usługi doradztwa w ramach prowadzonego postępowania. Przyjmując szacowaną wartość wynagrodzenia wykonawcy obejmującą nie tylko zaprojektowanie i wdrożenie Systemu, ale również jego obsługę przez okres 10 lat, wartość licencji przyjęta przez zamawiającego będzie opisywana wielomilionową kwotą. Jest to znacząca wartość, która w ocenie zamawiającego powinna pokryć nakłady związane z pracami programistycznymi oraz pozyskaniem licencji zewnętrznych.

W ocenie zamawiającego wprowadzone ograniczenie należy uznać za celowe z punktu widzenia racjonalnych potrzeb zamawiającego zaś jego zakres za proporcjonalny w stosunku do uwarunkowań rynkowych i potencjalnych uzasadnionych roszczeń wykonawcy. Nadto regulacje zawarte w § 12 ust. 17 i 18 umowy należy uznać za zgodne przepisami prawa w tym ustawy P.z.p. W przedstawionym kontekście wskazany zarzut należy znać za nieuzasadniony.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty:

„Zarzut 1b – dotyczący parametrów sterownika kasowników", „Zarzut 1c – dotyczący wymogu integracji z systemem SYSTEmEGC", „Zarzut 1d – dotyczący zawarcia porozumień gwarancyjnych", „Zarzut 1e – dotyczący przygotowania kompleksowej strategii marketingowej", „Zarzut 1f – dotyczący realizacji kampanii informacyjno-edukacyjnej i promocyjnej", „Zarzut 1g – dotyczący wymagań w zakresie produkcji materiałów marketingowych", „Zarzut 1h – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1i – dotyczący założeń elementów kampanii w obszarze 2", „Zarzut 1j – dotyczący raportów z kampanii", „Zarzut 2b – zwymiarowanie Systemu", „Zarzut 2c – integracja systemu z zewnętrznymi systemami", „Zarzut 2d – wymaganie standardu PCI -DSS", „Zarzut 2f - dotyczący demontażu i zwrotu poprzednich urządzeń", „Zarzut 2f – dotyczący dokumentacji migracji środowiska pomiędzy usługami chmurowymi",

„Zarzut 2g – dotyczący migracji Systemu do nieznanego środowiska", „Zarzut 2h – dotyczący Poziomów SLA", „Zarzut 3a – dotyczący Planu Projektu", „Zarzut nr 5 – naruszenie art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z art. 353(1) kc oraz art. 5 kc w zw. z 8 ust. 1 Ustawy", „Zarzut 6a – dotyczący ewaluacji efektywności", „Zarzut 6b – dotyczący Planu naprawczego", „Zarzut 6c – dotyczący aktualizacji zdeponowanego kodu źródłowego"
podlegają umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.
Do okoliczności objętych dyspozycją wskazanego przepisu należy sytuacja, w której zamawiający zmodyfikował treść dokumentów postępowania, której dotyczą zarzuty odwołania. Wówczas spór staje się bezprzedmiotowy, jako że podstawa faktyczna zarzutu przestaje istnieć.
W pozostałym zakresie odwołanie jest bezpodstawne i podlega oddaleniu.
W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.
Izba uznała za nieuzasadniony zarzut nr 1 – naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. - zarzut 1a dotyczący ustalenia wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy - Opłata zmienna.
Okolicznością bezsporną w postępowaniu jest fakt, że zamawiający będzie wypłacał wynagrodzenie Wykonawcy w modelu: Wynagrodzenie miesięczne w trakcie działania Systemu ze składowymi: Opłata stała serwisowa + Opłata zmienna, ustalana jako % wartości brutto sprzedanych biletów w miesiącu rozliczeniowym (wliczona w niej stawka Operatora płatności), co wynika z punktu 3.4 OPZ.
Z powyższego wynika, że zamawiający przewidział wynagrodzenie miesięczne w formie modelu mieszanego, uwzględniającego stały element wynagrodzenia oraz element zmienny, uzależniony od wartości sprzedanych biletów. W ocenie Izby taki model wynagrodzenia nie narusza przepisów ustawy P.z.p. wskazanych przez odwołującego jako podstawa prawna zarzutu.
Odwołujący podniósł, że: po pierwsze, nie wiadomo, co wchodzi w zakres określenia sprzedanych biletów¸ za które przysługuje ww. wynagrodzenie, po drugie, na jakiej podstawie wykonawcy mają oszacować przewidywane przychody ze sprzedaży biletów (ale także koszty), biorąc pod uwagę bardzo ubogi zakres danych udostępnionych w tym zakresie przez zamawiającego.
Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Jeśli chodzi o pierwszą podnoszoną przez odwołującego wątpliwość, określenie sprzedanych biletów należy interpretować na podstawie zawartych w dokumentach postepowania definicji. I tak, zgodnie z pkt. 2 OPZ:
Bilety - jednorazowe, czasowe, krótkookresowe oraz długookresowe bilety komunikacji miejskiej, lub inne uprawnienia określone w Taryfie przewozowej lub regulacjach wydawanych prze organy m.st. Warszawy.
Kanały sprzedaży – Kanały sprzedaży Biletów, obsługiwane przez System w szczególności Portal pasażera, Kasowniki, Aplikacja mobilna własna i punkty usługowe uruchomione przez Wykonawcę.
Usługa sprzedaży - Wszystkie czynności Wykonawcy związane ze sprzedażą Biletów na zasadach określonych w Taryfie przewozowej, w Kanałach sprzedaży w szczególności:
- Sprzedaż Biletów,
- Utrzymanie sieci sprzedaży Biletów,
- Obsługa realizacji transakcji płatniczych przy użyciu Czytników Kontrolerskich,
- Obsługa reklamacji dotyczących sprzedaży prowadzonej przez Wykonawcę w Kanałach sprzedaży,
- Prowadzenie wraz z zarządzaniem i administrowaniem, obsługi płatności kart płatniczych, wpłat od Pasażerów i depozytów (o ile takie wystąpią), utrzymanie certyfikowanej infrastruktury do obsługi transakcji realizowanych z użyciem instrumentów płatniczych.
Z powyższego wynika, że określenie „sprzedaż biletów" jest węższe niż „Usługa sprzedaży" jako że wchodzi on w zakres tejże usługi. Potwierdzeniem powyższego jest treść § 16 „Usługi sprzedaży" wzoru umowy, który w pkt. 1 stanowi, iż:
„W ramach świadczenia Usługi sprzedaży do zadań Wykonawcy, w trakcie trwania Umowy należeć będą:
1) Zapewnienie stałej sprzedaży Biletów zgodnych z Taryfą przewozową w Kanałach sprzedaży".
Tym samym nie ulega wątpliwości, że pod pojęciem „sprzedaży biletów" w rozumieniu definicji zawartych w dokumentach przedmiotowego postępowania należy rozumieć wykonaną w ramach Kanału sprzedaży usługę polegającą na wydaniu nabywcy biletu uprawniającego do przejazdu komunikacją miejską w zamian za zapłaconą cenę. Pozostałe usługi wymienione w definicji „Usługi sprzedaży", w tym sprzedaż biletów w innych kanałach niż wymienione w definicji „Kanałów sprzedaży" nie stanowią „sprzedaży biletów" w rozumieniu pkt. 3.4. OPZ.
Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż takie ujęcie w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje tych wykonawców, którzy obecnie dysponują przede wszystkim biletomatami zewnętrznymi i którzy czerpią i będą czerpać

stały zysk ze sprzedaży biletów w ramach Warszawskiego Transportu Publicznego, która to sprzedaż będzie także obsługiwana przez System. Istota opłaty zmiennej przewidzianej w pkt. 3.4 OPZ polega na naliczeniu wynagrodzenia w zależności od wyników sprzedaży. Model ten premiuje zatem te podmioty, które będą osiągać lepsze rezultaty w zakresie sprzedaży biletów i jest formą wynagradzania za lepsze wyniki. Z drugiej strony model ten wymaga od wykonawców większego i skuteczniejszego zaangażowania w realizację usługi, co nierzadko wiąże się z poczynieniem istotnych nakładów finansowych. Jednocześnie model taki zorientowany jest na konkurencję pomiędzy podmiotami realizującymi usługę sprzedaży biletów. Żądanie odwołującego, by opłata zmienna była naliczana od wartości biletów sprzedanych poza Kanałami sprzedaży wypacza zatem istotę wynagrodzenia prowizyjnego i może być czynnikiem zniechęcającym do podejmowania aktywności mającej zwiększyć konkurencyjność danego podmiotu w obszarze prowadzonej przez niego działalności.

Uzasadnieniem dla żądania odwołującego nie jest również okoliczność, że System ma obsługiwać również „zewnętrzne" kanały sprzedaży. Z treści rozdziału 10 pkt 10.7 OPZ wynika, że obsługa zewnętrznych kanałów sprzedaży dotyczy wyłącznie czynności związanych z raportowaniem, co nie ma bezpośredniego wpływu na sprzedaż biletów. Nie mniej istotna jest okoliczność, że za realizację usługi w zakresie raportowania wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie w ramach stałej opłaty serwisowe (§ 23 ust. 2 wzoru umowy).

Odnosząc się do stanowiska, że podmioty posiadające infrastrukturę dedykowaną do sprzedaży biletów, tj. sieć biletomatów, znajdują się w uprzywilejowanej sytuacji wobec tych, którzy takiej infrastruktury nie posiadają, Izba wskazuje, że prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób stawia niektórych wykonawców w uprzywilejowanej pozycji a niektórym wykonawcom uniemożliwia w ogóle złożenie oferty. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu lub ich uprzywilejowania bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Izba nie stwierdziła istnienia tego rodzaju okoliczności w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie przekazał wykonawcom szczegółowych danych dotyczących planowej sprzedaży na przestrzeni najbliższego roku, pięciu czy dziesięciu lat, czy chociażby estymacji zmian ilościowych / wartościowych w zakresie sprzedaży biletów w poszczególnych kanałach, nowych taryf MTT/PaYG czy też planów rozwoju sprzedaży w nowych kanałach sprzedaży. Zamawiający ograniczył się do jednej wartości – łącznej sprzedaży biletów w 2023 r. W ocenie odwołującego nie pozwala to realnie ocenić ofert poszczególnych wykonawców w postępowaniu.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający udostępnił wszystkie dane historyczne, jakie posiadał, w tym wartość sprzedaży biletów za 2023 rok i lata poprzednie, ogółem oraz w podziale na strukturę ilościową, wartościową i według kanałów sprzedaży. Dane te winny stanowić dla wykonawców podstawę do wyceny oferty.

Podkreślenia wymaga, że sprzedaż biletów poprzez określone kanały sprzedaży, zarówno te wchodzące w skład Systemu, jak i zewnętrzne, uzależniona będzie od preferencji użytkowników. Preferencje te z kolei uwarunkowane są różnymi okolicznościami, w tym dostępnością i intuicyjnością kanałów, przyzwyczajeniem, wiekiem, wykształceniem itp. Wydaje się zasadne, iż na wykonawcach, którzy będą realizować usługę sprzedaży biletów i otrzymywać z tego tytułu wynagrodzenie, będzie ciążył obowiązek oceny, które z kanałów sprzedaży będą cieszyć się większym zainteresowaniem konsumentów, a które mniejszym. Wykonawca dysponuje tu szeregiem mechanizmów pozwalających na badanie i ustalenie takich preferencji. Wskazać należy, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również realizacja kampanii informacyjno-edukacyjnej i promocyjnej (pkt 22 OPZ). Popularność takiego czy innego kanału sprzedaży zależy zatem również od skuteczności kampanii, przy czym za skuteczność tę odpowiada w całości wykonawca. Przerzucenie na zamawiającego obowiązku wskazania szczegółowych informacji w zakresie sprzedaży biletów w poszczególnych kanałach sprzedaży na przestrzeni całego wieloletniego okresu obowiązywania umowy w sytuacji, w której sprzedaż ta będzie wynikała w dużej mierze z czynności, za które odpowiedzialny będzie wykonawca, należy uznać za nieracjonalne i nieskuteczne.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut nr 2 – naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt. 3 ustawy P.z.p. – Zarzut 2a – zarzut dotyczący uruchomienia dodatkowej sieci sprzedaży biletów.

Odwołujący oparł zarzut na dwóch argumentach. Po pierwsze podniósł, iż zamawiający nie wskazał jakichkolwiek wymaganych w tym zakresie parametrów ani wytycznych, którymi mają kierować się wykonawcy przy tworzeniu punktów sprzedaży biletów, a zamawiający przy udzielaniu zgody. Po drugie – w ocenie odwołującego wymóg utworzenia i utrzymywania sieci sprzedaży biletów z kodem 2D obejmującej co najmniej 50 punktów sprzedaży jest w tym postępowaniu całkowicie zbędny i nadmiarowy. Zamawiający posiada własną sieć stacjonarnych punktów, w których dokonuje sprzedaży biletów i obsługi pasażerów.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 stycznia 2025 roku zamawiający poinformował o dokonaniu modyfikacji

SWZ, w której uszczegółowił wymagania w zakresie punktów sprzedaży biletów. Odwołujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2025 roku przyznał, iż zamawiający uwzględnił żądanie sformułowane przez odwołującego w zakresie tej części zarzutu. Tym samym orzekanie w tym zakresie stało się zbędne, jako że odpadła podstawa faktyczna tej części zarzutu.

Odwołujący na posiedzeniu podtrzymał natomiast zarzut odnoszący się do nadmiarowości i zbędności wymagania. W ocenie Izby zarzut i podniesiona jako jego uzasadnienie argumentacja nie zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zarzut stanowi ingerencję w uprawnienie zamawiającego do określenia przedmiotowego i podmiotowego zakresu zamówienia oraz celu, jaki zamierza on osiągnąć. Ani wykonawcom, ani organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy P.z.p. nie przysługuje uprawnienie do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, obowiązany jest natomiast przestrzegać zasad określonych w art. 16 ustawy P.z.p., tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i proporcjonalności.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego zasad określonych w art. 16 ustawy P.z.p. Jedyny właściwie argument, jaki podniósł odwołujący w celu uzasadnienia zarzutu to okoliczność, że zamawiający posiada własną sieć stacjonarnych punktów, w których dokonuje sprzedaży biletów i obsługi pasażerów. Odwołujący nie wykazał natomiast, że sieć ta w pełni zaspokaja potrzeby zamawiającego i że zamawiający nie jest uprawniony do wymagania uruchomienia dodatkowej sieci sprzedaży biletów.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut 2e, dotyczący testów penetracyjnych.

Argumentacja odwołującego sprowadza się do wykazania, że powołanie niezależnego zespołu opłacanego przez wykonawcę przeczy niezależności, ponieważ ewentualnie powołany przez wykonawcę zespół będzie zawsze w jakiejś mierze uzależniony od płatnika za usługę, którą wyświadczy. Podmiot taki działa zgodnie z wytycznymi podmiotu płacącego i na jego zlecenie. W ocenie odwołującego w ogóle nie sprecyzowano, w jaki sposób w takim przypadku wykonawcy mają zapewnić niezależność.

W ocenie Izby zarzut stanowi ingerencję w uprawnienie zamawiającego do określenia własnych potrzeb w zakresie przedmiotu zamówienia. W sytuacji, w której zamawiający oczekuje wykonania testów penetracyjnych przez podmiot niezależny od wykonawcy, obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie uczestnictwa takiego podmiotu. Jest to jeden z elementów przedmiotu zamówienia, który wykonawca – przyjmując zamówienie – obowiązany jest zrealizować. U podstaw argumentacji odwołującego leży natomiast założenie, że podmiot taki, który winien być profesjonalistą w dziedzinie, w której prowadzi działalność, wykona usługę z naruszeniem obowiązku zachowania należytej staranności określonej w art. 355 Kodeksu cywilnego. Prowadzi to do kuriozalnej sytuacji, w której odwołujący dokonuje oceny rzetelności i fachowości nieograniczonego kręgu podmiotów świadczących usługi wykonywania testów penetracyjnych. W ocenie Izby odwołujący winien dokonać oceny zakwestionowanego wymogu pod kątem możliwości jego wykonania ze swej strony, nie zaś zakładać *a priori,* że wymóg ten nie jest możliwy do zrealizowania.

Izba uznała za nieuzasadniony Zarzut 2i dotyczący procesu zmiany Personelu.

Argumentacja odwołującego sprowadza się do twierdzenia, iż zamawiający treścią § 5 ust. 5 – 10 wzoru umowy usiłuje ingerować w autonomiczne decyzje pracowników w zakresie kontynuowania pracy u wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby rozumowanie odwołującego obarczone jest błędem. Analiza treści § 5 ust. 6 wzoru umowy wskazuje, że intencją zamawiającego nie jest zapewnienie sobie wpływu na decyzje członków personelu w zakresie ich zatrudnienia u wykonawcy, ale możliwości weryfikacji kwalifikacji pracowników, którzy będą mieli zastąpić pracowników, którzy z pewnych względów nie będą chcieli lub nie będą mogli kontynuować pracy. Świadczą o tym sformułowania „W przypadku wystąpienia konieczności zmiany składu Personelu Kluczowego", „Wykonawca przedstawi Zamawiającemu (…) propozycję zmiany wraz z uzasadnieniem oraz informacjami dotyczącymi nowej osoby", „Brak odpowiedzi w powyższym terminie ze strony Zamawiającego będzie uznawany za zgodę na zaproponowaną przez Wykonawcę osobę".

Jednocześnie Izba podkreśla, że procedura dotycząca wyrażenia zgody na zmianę personelu dotyczy wyłącznie zmiany składu Personelu Kluczowego, czyli jedynie kilku osób spośród całego personelu wykonawcy. Co istotne, są to osoby, wobec których zamawiający sfomułował szereg wymogów w zakresie ich wykształcenia i doświadczenia, wskazanych w załączniku nr 4 do umowy. Konieczność zapewnienia, by przedmiot umowy przez czas jej trwania realizowany był przez osoby legitymujące się wymaganym wykształceniem i doświadczeniem, nie budzi wątpliwości Izby. Tym samym nie można odmówić zamawiającemu uprawnienia do weryfikacji kwalifikacji osób mających zastąpić członków Personelu Kluczowego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353 (1) oraz art. 483 § 1 oraz art. 5 K.c. w zw. z 8 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z § 28 ust. 5 umowy:

„Niezależnie od kar umownych przewidzianych powyżej Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kar z tytułu naruszenia przez Wykonawcę jakiegokolwiek ze zobowiązań określonych w Umowie co do którego nie określono odrębnie kary umownej – w wysokości 5 000,00 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy przypadek."

W ocenie odwołującego przedmiotowe postanowienie jest oczywiście wadliwe łącznie z dwóch powodów:

1) zamawiający może naliczyć wskazane kary umowne, jednak nie jest do ich naliczenia zobowiązany, co powoduje, że wykonawcy – nie dysponując wiedzą co do faktycznych intencji zamawiającego – nie są w stanie ocenić rzeczywistego prawdopodobieństwa ich naliczenia ani na etapie przed złożeniem oferty, ani tym bardziej na etapie realizacji umowy;

2) omawiane kary umowne mogą być przez zamawiającego naliczone z tytułu naruszenia przez wykonawcę bliżej niesprecyzowanych zobowiązań określonych w umowie – poza tymi, które zostały skonkretyzowane w § 28 ust. 2, 3 i 4 umowy.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, że zamawiający jest uprawniony, a nie obowiązany naliczyć kary umowne wskazane w § 28 ust. 5 umowy, Izba wskazuje zakwestionowane przez odwołującego postanowienie umowne nie narusza wskazanych jako podstawa prawna zarzutu przepisów prawnych. I tak, zgodnie z art. 353^1 K.c. 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. Zgodnie zaś z art. 483 § 1 K.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z kolei, w myśl art. 5 K.c., 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.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, w jaki sposób zamawiający konstruując treść § 28 ust. 5 umowy naruszył wskazane wyżej przepisy. Z analizy ich treści nie wynika, że zamawiający obowiązany jest zredagować postanowienia umowne w taki sposób, który bezwzględnie nakazuje mu naliczenie kar umownych w określonych sytuacjach. Izba wskazuje, że art. 483 § 1 K.c. przedstawia jedynie ramy prawne samej instytucji kar umownych, pozostawiając stronom umowy swobodę w kształtowaniu postanowień dotyczących kar umownych. Oczywiście w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postanowienia dotyczące kar umownych muszą być również zgodne z przepisami ustawy P.z.p. oraz innymi przepisami, do stosowania których zamawiający jest obowiązany, w tym ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych i ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odwołujący nie zarzucił naruszenia przepisów zawartych we wskazanych wyżej aktach prawnych, za wyjątkiem naruszenia art. 16 ustawy P.z.p., niemniej jednak w tym zakresie nie wskazał żadnej argumentacji.

Odwołujący nie wykazał także, na czym miałoby polegać naruszenie art. 353^1 i 5 K.c., które to przepisy nie odnoszą się s*tricte* do kar umownych.

Jedyny argument, jaki wskazał odwołujący, to ten, iż wykonawcy nie są w stanie ocenić rzeczywistego prawdopodobieństwa ich naliczenia ani na etapie przed złożeniem oferty, ani tym bardziej na etapie realizacji umowy.

Argument ten jest o tyle nieuzasadniony, że wystąpienie okoliczności, które powodują naliczenie kar umownych, jest na etapie zawarcia umowy zawsze okolicznością przyszłą i niepewną, bez względu na fakt, czy postanowienia dotyczące kar umownych zredagowane są w sposób nakazujący bezwzględne naliczenie kar, czy też jedynie przewidują możliwość ich naliczenia. Niepewność wystąpienia takich sytuacji zwiększa się w przypadku umów wieloletnich, a taka umowa ma być zawarta w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wykazał również, w jaki sposób niemożność oceny rzeczywistego prawdopodobieństwa naliczenia kar narusza jego interes w postępowaniu. Nie wiadomo zatem, czy chodzi o niemożność wyliczenia prawidłowej ceny oferty, czy też o jakiś inny aspekt. Niezależnie od powyższego w ocenie Izby sytuacja, w której wykonawca może nie być zobowiązany do zapłaty kary umownej jest dla niego bardziej korzystna niż w przypadku, gdy kara taka obciąża go bezwzględnie. Jeżeli odwołujący prezentuje odmienne stanowisko, winien je wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby kary umowne mogą być przez zamawiającego naliczone z tytułu naruszenia przez wykonawcę bliżej niesprecyzowanych zobowiązań określonych w umowie.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w treści wzoru umowy w § 28 ust. 2-4, 6 i 7 określił w sposób szczegółowy okoliczności, zaistnienie których będzie skutkowało naliczeniem kary umownej. Okoliczności te referują do poszczególnych obowiązków wykonawcy określonych we wzorze umowy. Oczywistym jest zatem, że kara umowna, o której mowa w § 28 ust. 5 wzoru umowy, będzie miała zastosowanie do tych zobowiązań wykonawcy, które zostały wskazane w umowie i które nie zostały wymienione w innych postanowieniach dotyczących kar umownych.

Odwołujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2025 roku oświadczył, że podtrzymuje

zarzut nr 5 – naruszenia art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 353^1 oraz art. 5 k.c. w zw. z 8 ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo jego zmodyfikowania przez zamawiającego. Podniósł, że zamawiający, dokonując modyfikacji § 28 ust. 9 umowy, nie wykonał tego w sposób prawidłowy, albowiem jednocześnie uwzględnił karę umowną przewidzianą w ust. 6 i dokonał jej wyłączenia w łącznej wysokości kar.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że pierwotna treść § 28 ust. 9 umowy brzmiała:

„Łączna wysokość kar umownych przewidzianych w ust 2-5, a naliczonych przez Zamawiającego, z wyłączeniem kary umownej przewidzianej w ust. 6 i 7, nie może przekroczyć 25% kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy. Kary umowne określone w ust. 6 i 7 naliczane są niezależnie od limitu wskazanego w zdaniu pierwszym."

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 stycznia 2025 roku zamawiający poinformował, że dotychczasowy § 28 ust. 9 wzoru umowy otrzymuje brzmienie:

„9. Łączna wysokość kar umownych przewidzianych w ust. 2-6, a naliczonych przez Zamawiającego, z wyłączeniem kary umownej przewidzianej w ust. 6 i 7, nie może przekroczyć 25% kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy. Kary umowne określone w ust. 6 i 7 naliczane są niezależnie od limitu wskazanego w zdaniu pierwszym."

Jednocześnie w treści odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, iż „W wyniku zmiany, limitem kar wskazanym w § 28 ust. 9 Umowy objęto również karę umowna określoną w § 28 ust. 6 Umowy. W konsekwencji dla wszystkich kar umownych określonych w Umowie ustanowiono limity zgodnie z dyspozycją art. 436 pkt 3 Pzp." Ponadto na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2025 toku stwierdził, że sformułowanie dotyczące wyłączenia kary umownej przewidzianej w ust. 6 jest oczywistą omyłką pisarską. W dniu 17 stycznia 2025 roku zamawiający dokonał modyfikacji treści § 28 ust. 9 wzoru umowy, nadając mu brzmienie:

„9. Łączna wysokość kar umownych przewidzianych w ust. 2-6, a naliczonych przez Zamawiającego, z wyłączeniem kary umownej przewidzianej w ust. 7, nie może przekroczyć 25% kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 23 ust. 1 Umowy. Kara umowna określona w ust. 7 naliczana jest niezależnie od limitu wskazanego w zdaniu pierwszym."

Wskazując na powyższe Izba uznała, że zarzut podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., albowiem postępowanie w przedmiocie jego rozstrzygnięcia stało się zbędne. Zaskarżona przez odwołującego treść § 23 ust. 9 umowy przestała istnieć w wyniku dokonanej przez zamawiającego modyfikacji SWZ, zatem odpadła faktyczna podstawa rozstrzygnięcia.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut 6d, dotyczący dostosowania Systemu.

W ramach wskazanego zarzutu odwołujący zaskarżył treść § 10 pkt 10 umowy, zgodnie z którym:

„W ramach realizacji Przedmiotu zamówienia, niezależnie od obowiązków szczegółowo określonych w Umowie oraz OPZ, Wykonawca będzie zobowiązany w szczególności do:

(…)

10) Dostosowania Systemu do wymogów prawa ustanowionych w trakcie trwania Umowy."

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odwołujący nie objął zakresem zarzutu treści pkt. 18 OPZ, zgodnie z którym:

„Udostępnione rozwiązanie będzie zgodne z obowiązującym prawem, a w szczególności z następującymi przepisami prawa i ich aktualizacjami (jeżeli takie zostaną wprowadzone w trakcie realizacji projektu w okresie jego wdrażania lub utrzymania):" (*tu zamawiający wskazał akty prawne)*

Zaskarżenie jedynie treści § 10 pkt 10 umowy, bez jednoczesnego zaskarżenia treści pkt. 18 OPZ, należy uznać za niecelowe. Obowiązek dostosowania Systemu do zmieniających się przepisów prawnych wynika bowiem również z pkt. 18 OPZ.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że nie do pomyślenia jest sytuacja, w której jakiekolwiek zamówienie publiczne jest realizowane niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi. Wykonywanie przedmiotu umowy w sposób niezgodny z prawem stanowi naruszenie obowiązków wynikających z postanowień umownych.

Izba podkreśla, że w sytuacji, w której właścicielem i użytkownikiem Systemu pozostaje wykonawca realizujący umowę, oczywistym jest, że to na nim ciąży obowiązek zapewnienia, że System jest zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi. Podniesiony w tym zakresie zarzut jest o tyle niezrozumiały, że odwołujący, kwestionując obowiązek dostosowania przez wykonawcę Systemu do zmieniających się przepisów prawnych, nie wskazuje, kto i w jaki sposób miałby zapewnić, że System, przez cały okres jego eksploatowania, odpowiada prawu. Nie wydaje się racjonalne ani logiczne nakładanie tego obowiązku na jakikolwiek inny podmiot poza wykonawcą realizującym przedmiot umowy. Jeżeli natomiast odwołujący prezentowałby stanowisko, iż za czynności związane z dostosowaniem Systemu, należy mu się dodatkowe wynagrodzenie, to w żaden sposób tego nie wyartykułował. Odwołujący wniósł jedynie o wykreślenie w § 10 umowy punktu 10, co w związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia nie zasługuje na

uwzględnienie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut 6e dotyczący ograniczenia roszczeń dotyczących licencji.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 458^9 § 1 K.p.c. strony mogą się umówić o wyłączenie określonych dowodów w postępowaniu w sprawie z określonego stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy (umowa dowodowa). Tym samym stwierdzić należy, że zastosowanie przez zamawiającego instytucji umowy dowodowej na wypadek sporu dotyczącego łącznej wartości licencji udzielonych lub zapewnionych zgodnie z umową znajduje umocowanie we wskazanym przepisie prawnym.

Z analizy uzasadnienia zarzutu wynika, że odwołujący kwestionuje wyłącznie ustaloną przez zamawiającego wartość licencji na poziomie 3% wartości kontraktu. Pozostałe argumenty opierają się wyłącznie na podnoszeniu, że zaskarżone postanowienie stanowi zbyt duże ryzyko dla wykonawców, niemniej jednak odwołujący – poza ogólnymi twierdzeniami – w żaden sposób nie uzasadnia tego ryzyka. Jednocześnie odwołujący nie wykazuje, dlaczego – w jego przekonaniu – ustalona przez zamawiającego wartość licencji jest niewłaściwa. Odwołujący nie próbuje nawet uprawdopodobnić wartości licencji, jaka w jego przekonaniu byłaby adekwatna dla przedmiotowego kontraktu. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W sytuacji, w której odwołujący zaniechał inicjatywy dowodowej, a poprzestał wyłącznie na ogólnych i gołosłownych stwierdzeniach, Izba uznała, że rozpoznawany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:……