

WYROK

Warszawa, dnia 24 września 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2025 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2025 roku przez wykonawcę:

A.ASECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku (KIO 3338/25)

B."SII SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Warszawie (KIO 3340/25)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego INNOBALTICA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdańsku

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego ASECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku (KIO 3340/25)

orzeka:

KIO 3338/25

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania jako:

- a) nr 1 pkt 3 ppkt 3 dotyczący postanowienia zawartego w rozdziale 2 pkt 8 zdanie drugie w Załączniku nr 4 do OPZ oraz w rozdziale 2 pkt 2.5 zdanie drugie w Załączniku nr 10 do SWZ; nr 5 oraz nr 6 w zakresie zarzutu odnoszącego się do § 15 ust. 2 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych
- b) nr 1 pkt 3 ppkt 1, 2 i 5, nr 2 lit. b oraz nr 6 w pozostałym zakresie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych;
- c) nr 1 pkt 4, nr 3 oraz nr 4 na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2 lit. a i lit. c w uzasadnieniu odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści § 15 ust. 2 pkt 3 projektowanych postanowień umowy poprzez zastrzeżenie kary umownej za każdy dzień zwłoki w usunięciu błędu.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego INNOBALTICA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdańsku i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2. zasądza od zamawiającego INNOBALTICA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedziby w Gdańsku na rzecz wykonawcy ASECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku kwotę 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 3340/25

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych:

- a) w punkcie 2 *petitum* odwołania na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych;
- b) w punktach od 3 do 11 *petitum* odwołania na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie 1 *petitum* odwołania.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę "SII SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Warszawie i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

Zamawiający INNOBALTICA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Eksploracja Systemu FALA”, nr referencyjny: ZP/09/2025.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2025 r. pod numerem: 495495-2025.

KIO 3338/25

W postępowaniu tym wykonawca ASSECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 8 sierpnia 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego z dnia 28 marca 2025 roku polegającej na wadliwym, tj. niezgodnym z ustawą Pzp sformułowaniu specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Zarzut nr 1 – naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk;
- 2) Zarzut nr 2 – naruszenie art. 433 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie w § 15 ust. 2 pkt 1 lit. a), c), d) oraz pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, bez jednoczesnego wskazania na uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia – co pozostaje w sprzeczności z unormowaniem wynikającym z art. 433 pkt 1 PZP;
- 3) Zarzut nr 3 – naruszenie art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3 oraz art. 16 w zw. z art. 433 pkt 1 i art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 58 Kodeksu cywilnego, art. 5 Kodeksu cywilnego i art. 627 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego z uwagi na ustanowienie rażąco wygórowanych kar umownych;
- 4) Zarzut nr 4 – naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzroście wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.
- 5) Zarzut nr 5 – naruszenie art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 58 Kodeksu cywilnego w związku z art. 106i ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2025 r. poz. 775) – poprzez zastrzeżenie w umowie dla Zamawiającego uprawnienia do wydłużenia terminu odbioru przedmiotu umowy skutkując po stronie wykonawcy naruszeniem przepisów regulujących termin wystawienia faktury.
- 6) Zarzut nr 6 – naruszenie 99 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez wprowadzenie do umowy podwójnego karanie wykonawcy za to samo zdarzenie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) modyfikacji SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu,
- 2) jeśli to konieczne, modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu,
- 3) przedłużeniu terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Ustawodawca w art. 433 PZP wprowadził do porządku prawnego zakaz umieszczania w postanowieniach umownych klauzul rażąco naruszających interesy wykonawców. Przepis ten wyznacza zarazem granicę swobody kształtowania treści i celu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez podmiot o silniejszej pozycji (zamawiającego publicznego). Odwołujący zwrócił uwagę, że stosowanie klauzul abuzywnych (także wykraczających poza katalog wskazany w art. 433 PZP) negatywnie wpływa na efektywność wydatkowania środków publicznych, powoduje podwyższenie cen ofertowych w celu uwzględnienia nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk przenoszonych na wykonawców, a także wpływa na rezygnację potencjalnych podmiotów z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, co zmniejsza konkurencyjność tych postępowań. Z tych względów wprowadzanie przez zamawiających do treści jednostronnie kształtowanych umów klauzul sprzecznych z zasadami słuszności kontraktowej, rażąco naruszających interes wykonawców lub nieproporcjonalnych, należy uznać za działanie w istocie sprzeczne z interesem publicznym.

W ocenie Odwołującego sposób zredagowania §15 ust. 2 pkt 3 lit. a)-c) Załącznika nr 5 do SWZ wskazuje jednoznacznie na naruszenie art. 433 pkt 1 PZP przez Zamawiającego, ponieważ przewidziano, że określone w §15 ust. 2 pkt 3 lit. a)-c) kary umowne będą liczone za „opóźnienie”, a nie za „zwłokę”, a Zamawiający w SWZ nie wykazał, że jest to uzasadnienie okolicznościami lub zakresem zamówienia. Takie działania są zakazane przez wymieniony przepis PZP. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 551/23 oraz tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 331/12.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) zastąpienia w Załączniku 5 do SWZ w jego §15 dotychczasowego ust. 2 pkt. 3) następującą treścią:

„3) za zwłokę w usunięciu błędów:

a) w wysokości 6 000 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w usunięciu Błędu Krytycznego w Czasie Naprawy przewidzianym dla tej kategorii błędów,

b) w wysokości 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w usunięciu Błędu Ważnego w Czasie Naprawy przewidzianym dla tej kategorii błędów,

c) w wysokości 200 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Błędu Podstawowego w Czasie Naprawy przewidzianym dla tej kategorii błędów, których definicje i czasy napraw zdefiniowano w Załączniku 7 do OPZ – SLA.”

Izba pominęła argumentację Odwołującego dotyczącą zarzutów: nr 1 pkt 3 ppkt 1, 2, 3, 4, 5, nr 2 lit. b, nr 3, nr 4, nr 5 i nr 6 uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

Pismem z dnia 15 września 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego wskazując, że uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr 1 podpunkt 3), dotyczący postanowienia zawarte w rozdziale 2 pkt 8 zdanie drugie w Załączniku nr 4 do OPZ, oraz w rozdziale 2 pkt 2.5 zdanie drugie w Załączniku nr 10 do SWZ;

- zarzutu nr 6 – w zakresie zarzutu odnoszącego się do § 15 ust. 2 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ (wzór umowy).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

KIO 3340/25

W postępowaniu tym wykonawca "SII SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 8 sierpnia 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego oraz zaniechań, mających miejsce w ramach prowadzonego postępowania, tj. wobec dokonania niepełnego opisu przedmiotu zamówienia, bez ujęcia szczegółowych informacji koniecznych do opracowania oferty i kalkulacji wynagrodzenia, w tym ustalenia sposobu realizacji przedmiotu zamówienia pod względem terminowym, organizacyjnym oraz zobowiązaniowym w sposób naruszający uczciwą konkurencję, jak również naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy w sposób niepełny, nieprzejrzysty i niejednoznaczny, uniemożliwiający sporządzenie oferty, realizację przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie ryzyk kontraktowych, naruszający zasady współżycia społecznego oraz dobre obyczaje, w tym sprzeczny z zasadami związanymi z ustalaniem kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy w sposób niezwiązany z przedmiotem umowy oraz naruszający wprost regulacje ustawy Pzp.

Przedmiotem odwołania jest również ustalenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, brak wprowadzenia tzw. „bufora czasowego” dla innych wykonawców, poza Asseco Data Systems S.A., związanego z przystąpieniem do realizacji usługi utrzymaniowej, w tym brak dopuszczenia możliwości składania ofert wariantowych (równoważnych) w zakresie sposobu realizacji usługi utrzymaniowej w przedmiocie eksploatacji systemu FALA.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp na skutek wprowadzenia jedynie 30 dniowego terminu składania ofert (publikacja ogłoszenia

29.07.2025 r. termin składania ofert 25.08.2025 r.), braku wprowadzenia dla wszystkich pozostałych, poza Asseco Data Systems S.A., wykonawców okresu przygotowawczego do realizacji usługi utrzymaniowej na poziomie co najmniej 8 miesięcy z wyłączeniem stosowania w tym czasie sankcji umownych (kar umownych, odstąpienia od umowy), jak również naruszenia ww. przepisu na skutek braku możliwości składania ofert wariantowych (w zakresie prawa do zastąpienia określonych modułów aplikacji modułami wykonawcy zamiast oczekiwania dokonywania ich modyfikacji), braku uznania jako równoważnego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia (wariantowość) możliwości zastąpienia określonych modułów aplikacji modułami autorskimi wykonawcy zamiast modyfikacji istniejących modułów, braku dookreślenia i sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia (a więc przekazania na równych zasadach informacji o przedmiocie zamówienia) oraz wprowadzenia podkryteriów oceny ofert (cena za zamówienie podstawowe 55%, cena za opcję 40%) nie gwarantujących porównywalności ofert i tym samym naruszających zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Naruszenie powyższych zasad wystąpiło również w związku z brakiem wyłączenia, dla innych niż Asseco Data Systems S.A. wykonawców, sankcji umownych w tzw. okresie buforowym, gdyż świadczenie usługi powinno zostać poprzedzone minimum 8 - miesięcznym okresem wstępnym w celu przygotowania się pozostałych wykonawców do świadczenia usługi (zapoznanie się z architekturą systemu, jego właściwościami, mocnymi i słabymi punktami, w tym zagwarantowania przez Zamawiającego współpracy z jego autorem – Asseco Data Systems S.A. oraz operatorem płatności, w tym przez zaniechanie przejęcia przez Zamawiającego funkcji operatora płatności). Jednocześnie wykonawcy - poza Asseco Data System S.A. nie są w stanie w sposób należyty zrealizować świadczenia oraz przystąpić do jego realizacji po podpisaniu umowy, zaś brak tzw. bufora czasowego uniemożliwia pozostałym wykonawcom należyte spełnienia świadczenia.

2)art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jednocześnie może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów przez określenie w opisie przedmiotu zamówienia (zał. nr 10 do SWZ – OPZ), że:

IV. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA. PRAWO OPCJI

5) Opcja modyfikacji Systemu w zakresie Operatora Płatności - prace rozwojowe umożliwiające mechanizmom oraz architekturze Systemu współpracę z każdym Agentem Rozliczeniowym i każdym Operatorem Płatności będącymi podwykonawcami Wykonawcy lub wybranymi przez Zamawiającego – dokładnie opisane w pkt. 3.5.5. OPZ - załącznik nr 10 do SWZ.

- a więc przez dopuszczenie do modyfikacji systemu w zakresie operatora płatności tylko w ramach prawa opcji (a więc zakresu, którego realizacja jest niepewna i zależna od uznaniowości Zamawiającego), co powoduje, że nie ujęcie tej możliwości w ramach zakresu podstawowego pozbawia innych wykonawców (poza Asseco Data Systems S.A.) możliwości otwarcia systemu (a tym samym pozbawi innych wykonawców możliwości samej realizacji przedmiotu zamówienia), co stawia w uprzywilejowanej pozycji Asseco Data Systems S.A. dyskryminując wszystkich pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.

3)art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jednocześnie prowadzi do uprzywilejowania Asseco Data Systems S.A. oraz wyeliminowania pozostałych wykonawców na skutek braku określenia czasu niezbędnego na przejęcie świadczenia usługi (tzw. okresu buforowego – dla zrealizowania tzw. handover), gdzie w treści Rozdziału V SWZ brak jest ustalenia terminu na przejęcie realizacji usługi celem zapoznania się przez pozostałych wykonawców z architekturą systemu, jego właściwościami, mocnymi i słabymi stronami, opisu i dokumentacji API, tj. modułów programowych i sprzętowych w zakresie których jest w posiadaniu Zamawiający oraz opracowaniem modułów umożliwiających rozpoczęcie usługi utrzymaniowej - co powoduje de facto, że tylko Asseco Data Systems S.A. jest w stanie od dnia podpisania umowy rozpocząć realizację usługi utrzymaniowej (eksploatację systemu FALA);

4)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i niejednoznaczny w zakresie:

- Instrukcji operatorów;
- Instrukcji administratora (opis instalacji, konfiguracji);
- Dokumentacji API;
- Opisu funkcjonalności;
- Braku dokumentacji opisującej zależności i przepływy pomiędzy modułami systemu;
- Braku dokumentacji API służącego do integracji z oprogramowaniem zewnętrznym (kontrolery, kasowniki, POK, pojazdy, itd.)
- co uniemożliwia identyfikację świadczenia, ustalenie obowiązków wykonawcy, ogranicza konkurencję (stawia w

uprzywilejowanej pozycji Asseco Data Systems S.A.) uniemożliwiająca pozostałym wykonawcom sporządzenie oferty, należyłą wycenę świadczenia oraz w konsekwencji należyłą realizację umowy;

- 5)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i niejednoznaczny w zakresie: brak w OPZ dokumentacji umożliwiającej rzetelną eksploatację systemu wraz z zapewnieniem, że nie będzie ona zmieniana (zaś w przypadku zmian, Wykonawca musi mieć prawo do rekompensaty za dodatkowe koszty z tym związane) - co uniemożliwia identyfikację świadczenia, ustalenie obowiązków wykonawcy, ogranicza konkurencję (stawia w uprzywilejowanej pozycji Asseco Data Systems S.A.) uniemożliwiająca pozostałym wykonawcom sporządzenie oferty, należyłą wycenę świadczenia oraz w konsekwencji należyłą realizację umowy;
- 6)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i niejednoznaczny w zakresie: Zamawiający określił otwarty katalog wymagań w treści pkt 3.2.5 Zarządzanie kopią zapasową i ciągłość działania systemu i systemów pomocniczych, gdzie zostało wskazane: „Zamawiający zastrzega sobie, że czynności realizowane przez Wykonawcę w ramach powyższych procedur nie są pełnym zbiorem czynności, które powinien wykonywać Wykonawca. Wykonawca jako profesjonalny podmiot powinien wiedzieć jakie czynności powinien wykonywać celem utrzymania ciągłości działania systemów.” OPZ (zał. nr 10 do SWZ) pkt 3.2.5 i tym samym Zamawiający wymaga żeby wykonawca, jako profesjonalny podmiot samodzielnie zidentyfikował i ustalił co, poza wymienionymi czynnościami, musi być wykonywane i będzie tego wymagał w ramach umowy - co uniemożliwia identyfikację świadczenia, ustalenie obowiązków wykonawcy i tym samym nie gwarantuje porównywalności ofert, uniemożliwiająca należyłą wycenę świadczenia oraz w konsekwencji należyłą realizację umowy;
- 7)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, jest niejednoznaczny i nieprecyzyjny na skutek ujęcia wymagań w zakresie bliżej niesprecyzowanej integracji systemu FALA z systemem roweru miejskiego - co uniemożliwia sporządzenie oferty, należyłą wycenę świadczenia wykonawcy oraz w konsekwencji należyte spełnienie świadczenia wynikającego z umowy;
- 8)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, jest niejednoznaczny i nieprecyzyjny na skutek braku sprecyzowania i ujęcia zamkniętej listy systemów, które mają zostać zintegrowane z systemem FALA w ramach obsługi incydentów - co uniemożliwia sporządzenie oferty, należyłą wycenę świadczenia wykonawcy oraz w konsekwencji należyte spełnienie świadczenia wynikającego z umowy;
- 9)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, jest niejednoznaczny i nieprecyzyjny na skutek wprowadzenia wymogu usuwania skutków incydentów (awarii) występujących nie tylko w systemie FALA, lecz także w innych systemach zintegrowanych z tym ostatnim systemem - co uniemożliwia sporządzenie oferty, należyłą wycenę świadczenia wykonawcy oraz w konsekwencji należyte spełnienie świadczenia wynikającego z umowy;
- 10)art. 433 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny stosowanym w związku z odesłaniem zawartym w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie postanowień umownych w zakresie kar umownych z tytułu opóźnienia (§ 15 ust. 2 pkt 3 lit. a), b) i c) projektu umowy), co stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu ustawy Pzp i nie jest uzasadnione jakimikolwiek okolicznościami lub zakresem zamówienia.
- 11)art. 240 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp na skutek określenia w treści SWZ podkryteriów cenowych o różnej wadze (55% i 40%) w ramach tego samego kryterium (cena ofertowa), co może prowadzić do manipulacji postępowaniem (na zasadzie tzw. „inżynierii cenowej”) nie gwarantując porównywalności cenowej ofert i umożliwiając naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ oraz OPZ i postanowień umowy w następujący sposób:

Ad) 1. Wydłużenie terminu składania ofert o 60 dodatkowych dni (co najmniej do dnia 25.10.2025 r.) wraz z zagwarantowaniem wykonawcom możliwości zadawania pytań i składania wniosków o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia do 10 dnia przed terminem składania ofert (a więc do dnia 15.10.2025 r.) z jednoczesnym ustanowieniem co najmniej 8-mio miesięcznego (słownie: ośmiomiesięcznego) okresu buforowego dla wykonawców (poza Asseco Data Systems S.A.) od dnia zawarcia umowy celem zapoznania się z systemem i jego architekturą oraz zastosowanymi rozwiązaniami programistycznymi z zagwarantowaniem przez Zamawiającego wyłączenia stosowania w tym okresie wobec wykonawców sankcji umownych (m.in. kar umownych i sankcji w postaci odstąpienia od umowy) oraz umożliwienia składania przez wykonawców ofert wariantowych (na zasadzie równoważności) obejmujących możliwość zastępowania istniejących modułów oprogramowania oprogramowaniem autorskim innych wykonawców, z

zachowaniem pełnej funkcjonalności istniejącego systemu obok przewidzianej w treści SWZ OPZ modyfikacji istniejących modułów. Sama równoważność tego rozwiązania powinna zostać wprost dopuszczona i szczegółowo opisana przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania – jako równoważny sposób realizacji świadczenia stanowiący rozwiązanie alternatywne do modyfikacji istniejących modułów. W zakresie okresu buforowego alternatywnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu określenia co najmniej 8 miesięcznej karencji dla pozostałych wykonawców (poza Asseco Data Systems S.A.) na zawarcie umowy od dnia uprawomocnienia się decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ad) 2. Ze względu, że modyfikacja systemu w zakresie operatora płatności została ustanowiona tylko w ramach prawa opcji wnosimy o jej przeniesienie do zakresu podstawowego z wykreśleniem tej możliwości z zakresu opcjonalnego (SWZ: pkt IV przeniesienie do podstawowego zakresu; wykreślenie z prawa opcji z jednoczesnym przeniesieniem otwarcia systemu do Zakresu do pkt 3.1. Usługi – załącznik nr 10 do SWZ);

Ad) 3. Wprowadzenia do postanowień umownych rozwiązania obejmującego ustanowienie co najmniej 8 miesięcznego okresu buforowego (handover) dla wykonawców (poza Asseco Data Systems S.A.) od dnia zawarcia umowy celem zapoznania się z systemem i jego architekturą oraz zastosowanymi rozwiązaniami programistycznymi z wyłączeniem stosowania w tym okresie przez Zamawiającego wobec wykonawców sankcji umownych (m.in. kar umownych i sankcji w postaci odstąpienia od umowy) lub realizację alternatywnego żądania ujętego w ramach punktu 1;

Ad) 4. Nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o następujące dokumenty: - Instrukcje operatorów; - Instrukcje administratora (opis instalacji, konfiguracji); - Dokumentacji API (interfejs programowania aplikacji ang. Application Programming Interface - jako zestaw reguł i specyfikacji, które pozwalają różnym aplikacjom komunikować się ze sobą i wymieniać dane; - Opis funkcjonalności systemu; - Dokumentacji opisującej zależności i przepływy pomiędzy modułami systemu - Dokumentacji API służącego do integracji z oprogramowaniem zewnętrznym (kontrolery, kasowniki, POK, pojazdy, itd.)

Ad) 5. Nakazanie Zamawiającemu dostarczenia dokumentacji umożliwiającej rzetelną eksploatację systemu wraz z zapewnieniem, że nie będzie ona zmieniana samoistnie przez Zamawiającego lub na jego wniosek w trakcie realizacji umowy. W przypadku zmian, Wykonawca musi mieć prawo do rekompensaty za dodatkowe koszty z tym związane;

Ad) 6. Nakazanie Zamawiającemu określenia zamkniętego (enumeratywnego) katalogu wymagań w treści pkt 3.2.5 Zarządzanie kopią zapasową i ciągłość działania systemu i systemów pomocniczych OPZ (zał. nr 10 do SWZ);

Ad) 7. Nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z dokumentacji postępowania (w szczególności w treści OPZ) wszystkich wzmianek o integracji systemu FALA z systemami roweru miejskiego;

Ad) 8. Nakazanie Zamawiającemu ujęcia w dokumentacji postępowania listy zintegrowanych systemów z systemem FALA, które podlegają obsłudze incydentów, tj. nakazanie wprowadzenia zamkniętej listy takich systemów.

Ad) 9. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowienia OPZ SWZ (pkt 3.2.3. OPZ - załącznik nr 10 do SWZ wymagającego usuwania skutków incydentów po stronie systemów integrujących się z systemem FALA (tj. systemów zewnętrznych);

Ad) 10. zastąpienia w treści § 15 ust. 2 pkt 3 lit. a), b) oraz c) projektu umowy (zał. nr 5 do SWZ projektowane postanowienia umowy) zwrotu „opóźnienie” zwrotem „zwłoki” oraz nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia projektu umowy w zakresie postanowień odnoszących się do kar umownych o następujący zapis „Określone w niniejszej umowie sankcje w postaci kar umownych nie mogą być stosowane kumulatywnie, tj. jedno zdarzenie nie może powodować naliczenia kar umownych z różnych tytułów”;

Ad) 11. nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert i wprowadzenie jednolitego kryterium cenowego (obejmującego łącznie cenę w zakresie zamówienia podstawowego i zamówienia opcjonalnego) na poziomie 95%.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zarzut nr 1 SWZ (naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców)

W zakresie tego zarzutu Odwołujący wskazał, że jedynym podmiotem mającym pełną wiedzę na temat funkcjonującego systemu FALA jest Asseco Data Systems S.A., co stawia ten podmiot w uprzywilejowanej pozycji wobec wszystkich innych wykonawców. Opracowany system FALA dysponuje ograniczeniami systemowymi w postaci vendor-loców, polegających na głębokim powiązaniu systemu FALA z technologią jednego agenta rozliczeniowego (co uniemożliwia realizację usług przez innych operatorów, uzależniając Odwołującego od jednego podmiotu na rynku ściśle powiązanego z Asseco Data Systems) oraz braku API umożliwiającego podpięcie innych usług bez konieczności modyfikacji kodu źródłowego (do którego pełen dostęp oraz prawa wydaje się posiadać wyłącznie Asseco Data Systems) co powoduje, że realizacja usługi utrzymaniowej przez innych wykonawców od pierwszych dni zawarcia umowy jest niemożliwa przy uwzględnieniu szeregu okoliczności opisanych szczegółowo w ramach zarzutów odwołania. W ocenie Odwołującego tylko i wyłącznie realizacja żądań niniejszego odwołania umożliwi samo ubieganie się o przedmiotowe zamówienie innym wykonawcom. W przeciwnym wypadku w postępowaniu zostanie złożona tylko 1 oferta (Asseco Data

Systems S.A.) – jak miało to miejsce w ramach postępowania oznaczonego numerem ZP/04/2025 TED Numer publikacji ogłoszenia: 201297-2025, Numer wydania Dz.U. S: 62/2025, Data publikacji: 28/03/2025. Z drugiej strony dysponowanie przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. znaczną przewagą konkurencyjną powinno zostać przez Zamawiającego zniwelowane przez dopuszczenie w ramach zamówienia podstawowego otwarcia systemu przez modyfikację systemu w zakresie operatora płatności już na etapie zamówienia podstawowego, umożliwienia składania ofert wariantowych (równoważnych), wydłużenia o minimum 60 dni terminu składania ofert oraz zadawania pytań, na co najmniej 10 dni przed wydłużonym terminem składania ofert oraz wprowadzenia minimum 8 miesięcznego okresu buforowego dla pozostałych wykonawców – celem zapoznania się z architekturą systemu bez ryzyka ponoszenia w tym okresie sankcji umownych.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że uprzywilejowanie wykonawcy Asseco Data Systems S.A. w tym okolicznościach nadal będzie istniało (czego nie da się w całości wyeliminować), gdyż ten wykonawca w cenie ofertowej nie będzie zmuszony ujmować kosztów prac programistycznych dla otwarcia systemu (zniwelowanie istniejących vendor lock-ów) obejmującego konieczność „uwolnienia się” pozostałych wykonawców od konieczności współpracy z jednym agentem rozliczeniowym, jakim jest Polskie e-Płatności Spółka z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. W przeciwnym wypadku jedynym rozwiązaniem dla pozostałych wykonawców, jakie umożliwi im udział w przedmiotowym postępowaniu, będzie złożenie oferty w ramach konsorcjum z obecnym agentem rozliczeniowym jakim jest Polskie e-Płatności Spółka z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Izba pominęła argumentację Odwołującego dotyczącą zarzutów podniesionych w punktach od 2 do 11 w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

Pismem z dnia 2 lipca 2025 r., Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nr 2. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Wykonawca ASSECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutu nr 1 i 3.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Uczestnik postępowania na posiedzeniu z udziałem stron wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w części, tj. wobec uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

KIO 3338/25

Izba pominęła dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem i na posiedzeniu, tj.

- Regulamin T Mobile Polska S.A. – Regulamin Świadczenia Usług Komunikacji Elektronicznej B2B; Regulamin Orange Polska S.A. – Regulamin świadczenia multimedialnych usług Orange; Regulamin Polkomtel Sp. z o.o. – Regulamin Świadczenia Usług Komunikacji Elektronicznej przez Polkomtel Sp. z o.o. dla abonentów; Regulamin P4 Sp. z o.o. – Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych dla abonentów usług mobilnych; Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu ZP/03/2025 z uwagi na umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów, na których potwierdzenie ww. dowody zostały złożone.
- odpowiedź na odwołanie z dnia 29 kwietnia 2025 r. – uznając dowód za nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

KIO 3340/25

Izba pominęła dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem i na posiedzeniu, tj.

- informacja o kwocie na sfinansowanie zamówienia; ogłoszenie o zamówieniu; treść SWZ dla postępowania znak ZP/04/2025; ogłoszenie o zamówienia nr 1; załącznik nr 10 do SWZ dla postępowania 1; informacja z otwarcia ofert z dnia 19 maja 2025r. oraz informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 20 maja 2025 r. dla postępowania nr 1; umowa nr 14/2021 z dnia 14.06.2021 r. – uznając je jako mające wykazać fakty bezsporne.

• korespondencja mejlowa z dnia 17 kwietnia 2025 r. – uznając dowód za nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba pominęła dowód niestanowiący części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożony przez Uczestnika postępowania na posiedzeniu, tj. ogłoszenie o zamówienie dot. utrzymania systemu – uznając dowód za nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot jest eksploatacja Systemu FALA, rozumiana jako utrzymanie ciągłości działania Systemu FALA przy zapewnieniu poziomu SLA gwarantowanego przez wykonawcę i wskazanego w formularzu oferty.

KIO 3338/25

Kwestionowane postanowienia umowy:

§15 ust. 2 pkt 3 lit. a i c Załącznik nr 5 do SWZ

„a) dla przypadku opisanego w Załącznik nr 7 - SLA Rozdział SLA Aplikacyjne: 1) opóźnienie w Czasie Reakcji w przypadku Błędu Krytycznego, 2) opóźnienie w usunięciu Błędu Krytycznego (przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie – oraz przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie w przypadku zastosowania Obejścia - Czas Naprawy w przypadku zastosowania Obejścia) w wysokości 25.000 zł każdy a następnie, w wysokości 10.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, z tym, że karę godzinową za opóźnienie Czasu Reakcji liczy się do momentu rozpoczęcia Czasu Naprawy;

b) dla przypadku opisanego w Załączniku nr 7 Rozdział SLA Aplikacyjne: 1) opóźnienie w Czasie Reakcji w przypadku Błędu Ważnego, 2) opóźnienie w usunięciu Błędu Ważnego (przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie – Czas Naprawy z Oferty Wykonawcy; oraz przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie w przypadku zastosowania Obejścia - Czas Naprawy w przypadku zastosowania Obejścia) w wysokości 10.000 zł każdy a następnie, w wysokości 1.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, z tym, że karę godzinową za opóźnienie Czasu Reakcji liczy się do momentu rozpoczęcia Czasu Naprawy;

c) dla przypadku opisanego w Załączniku nr 7 Rozdział 1 SLA Aplikacyjne: 1) opóźnienie w Czasie Reakcji w przypadku Błędu Podstawowego, 2) opóźnienie w usunięciu Błędu Podstawowego (przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie – Czas Naprawy; oraz przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie w przypadku zastosowania Obejścia - Czas Naprawy w przypadku zastosowania Obejścia) w wysokości 2.000 zł każdy a następnie, w wysokości 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, z tym, że karę godzinową za opóźnienie Czasu Reakcji liczy się do momentu rozpoczęcia Czasu Naprawy;”

Zgodnie z odpowiedzią na odwołanie, Zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia w następujący sposób:

3.z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, Problemu/Błędu: a) dla przypadku opisanego w Załącznik nr 7 - SLA Rozdział SLA Aplikacyjne: 1) opóźnienie w Czasie Reakcji w przypadku Błędu Krytycznego, 2) opóźnienie w usunięciu Błędu Krytycznego (przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie – oraz przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie w przypadku zastosowania Obejścia - Czas Naprawy w przypadku zastosowania Obejścia) w wysokości 10.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, z tym, że karę godzinową za opóźnienie Czasu Reakcji liczy się do momentu rozpoczęcia Czasu Naprawy;

(usunięty)

dla przypadku opisanego w Załączniku nr 7 Rozdział 1 SLA Aplikacyjne: 1) opóźnienie w Czasie Reakcji w przypadku Błędu Podstawowego, 2) opóźnienie w usunięciu Błędu Podstawowego (przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie – Czas Naprawy; oraz przekroczenie dopuszczalnego czasu na usunięcie w przypadku zastosowania Obejścia - Czas Naprawy w przypadku zastosowania Obejścia) w wysokości 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia, z tym, że karę godzinową za opóźnienie Czasu Reakcji liczy się do momentu rozpoczęcia Czasu Naprawy;

KIO 3340/25

Poza sporem było to, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Eksploatacja systemu FALA”, numer referencyjny: ZP/04/2025, w którym to postępowaniu wpłynęła jedna oferta, a mianowicie oferta wykonawcy ASSECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku. Zamawiający oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp unieważnił ww. postępowanie wskazując, że *Do upływu terminu składania ofert wpłynęła jedna oferta, która znacząco przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający pomimo podjęcia odpowiednich działań, nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. (...)*

Poza sporem było to, że ASSECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku wytworzył uruchomił system FALA, a obecnie utrzymuje ciągłość działania systemu.

Zdaniem Odwołującego poza ASSECO DATA SYSTEMS SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku żąd wykonawca nie jest w stanie w sposób należyty zrealizować świadczenie oraz przystąpić do jego realizacji po podpisaniu

umowy, zaś brak tzw. bufora czasowego uniemożliwia pozostałym wykonawcom należyte spełnienia świadczenia.

Izba zważyła, co następuje:

KIO 3338/25

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania jako:

- nr 1 pkt 3 ppkt 3 dotyczący postanowienia zawartego w rozdziale 2 pkt 8 zdanie drugie w Załączniku nr 4 do OPZ oraz w rozdziale 2 pkt 2.5 zdanie drugie w Załączniku nr 10 do SWZ; nr 5 oraz nr 6 w zakresie zarzutu odnoszącego się do § 15 ust. 2 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*
- nr 1 pkt 3 ppkt 1, 2 i 5, nr 2 lit. b oraz nr 6 w pozostałym zakresie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.* Postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe we wskazanym zakresie na skutek czynności podjętych przez Zamawiającego po złożeniu odwołania, tj. modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia, która to modyfikacja odpowiada żądaniom Odwołującego.
- nr 1 pkt 4, nr 3 oraz nr 4 na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp, zgodnie z którym *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: cofnięcia odwołania.*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Art. 433 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.*

Zamawiający dokonał modyfikacji §15 ust. 2 pkt 3 lit. a i c Załącznik nr 5 do SWZ jednak zmianę należało uznać za pozorną i wewnętrznie sprzeczną. Wskazać należy, że *zwłoka* jest opóźnieniem faktycznie zawinionym przez wykonawcę. Z kolei *opóźnienie* to każde niewykonanie zobowiązania niezależnie od tego czy wynika to z zależnych od wykonawcy i zawinionych przyczyn. Zamawiający modyfikując postanowienia umowy w tym zakresie powinien być konsekwentny, skoro przewidział kary umowne za okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność – czyli za *zwłokę*, to nie może w dalszej treści postanowienia używać terminu *za opóźnienie*. Pojęcia te nie są tożsame.

Zamawiający nie wykazał, a nawet nie podjął próby wykazania, że pomimo generalnego zakazu konstruowania postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, w tym konkretnym postępowaniu istnieją podstawy do tego, by takie zastrzeżenie w umowie umieścić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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.

KIO 3340/25

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów podniesionych:

- w punkcie 2 *petitum* odwołania na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*
- w punktach od 3 do 11 *petitum* odwołania na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: cofnięcia odwołania.*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, (...) 3) proporcjonalny.*

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 wyłącznie ze względów formalnych. Rację miał Uczestnik postępowania, że art. 16 ustawy Pzp który określa zasady przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, nie może być podnoszony jako samodzielny zarzut w postępowaniu odwoławczym. Naruszenie ogólnych zasad zawsze wiąże się z naruszeniem konkretnego, innego przepisu konkretyzującego normę prawną. Przypomnieć również należy, że zarzut musi być udowodniony i należyte uzasadniony.

Odwołujący zarzucając naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp wskazał, że Zamawiający wprowadził jedynie 30 dniowy termin składania ofert, nie wprowadził dla wykonawców (oprócz Uczestnika postępowania) okresu przygotowawczego do realizacji umowy, jak również nie dopuścił złożenia ofert wariantowych – nie próbując nawet wykazać, że rzeczywiście doszło do naruszenia określonych przepisów ustawy Pzp.

Istotą podniesionego przez Odwołującego zarzutu było to, że Uczestnik postępowania znajduje się w uprzywilejowanej pozycji wobec pozostałych wykonawców, bowiem jest twórcą systemu oraz realizuje obecnie usługę utrzymaniową. Co do zasady rację miał Odwołujący. Z natury rzeczy podmiot, który jest twórcą systemu a nadto świadczy usługi utrzymaniowe jest w lepszej sytuacji niż inni wykonawcy. Powyższego nie można w sposób automatyczny utożsamiać z naruszeniem przez Zamawiającego fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, a właśnie do tego sprowadzał się zarzut podniesiony w punkcie 1 *petitum* odwołania.

Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący operatora płatności. Z kolei Odwołujący cofnął pozostałe zarzuty, które referowały m.in. do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, w sposób uniemożliwiający identyfikację świadczenia czy też zapoznanie się z architekturą systemu, dokumentacją. Biorąc powyższe pod uwagę, przy takiej konstrukcji odwołania ww. zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do treści specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, w tym do zasady współpracy stron przed rozpoczęciem świadczenia usługi – transferu wiedzy (załącznik nr 8 do OPZ). Inaczej rzecz ujmując, po uwzględnieniu odwołania w zakresie operatora płatności, cofnięciu pozostałych zarzutów jedynym twierdzeniem Odwołującego uzasadniającym zarzut było to, że Uczestnik postępowania jest twórcą systemu i świadczy usługę utrzymaniową. Powyższe nie było jednak wystarczające do uwzględnienia odwołania.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że w trakcie rozprawy Zamawiający deklarował możliwość modyfikacji postanowień specyfikacji w taki sposób, aby inni wykonawcy, zdolni do realizacji zamówienia, mogli realizować usługę w sposób, który nie będzie kolidował z realizacją usługi w zakresie płatności, czy też pozostałych modułów, przez Uczestnika postępowania. Nic nie stoi na przeszkodzie aby taką modyfikację Zamawiający dokonał, wszak to on jest gospodarzem postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....