



Kancelaria Radecki

Warszawa, 23 grudnia 2021 r.

Pr1



ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako: „ustawa Pzp”, w imieniu Wykonawcy – Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”, „**Nextbike**”) wnoszę odwołanie od:

- czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

- 1) **art. 99 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 2) **art. 99 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech, które nie są proporcjonalne dla celów zamówienia;
- 3) **art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, art. 353¹ i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem;
- 4) **art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp** poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Interes we wniesieniu odwołania

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia



przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkoda ta wynika z faktu, że kwestionowane postanowienia SWZ, w tym nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w niniejszym Postępowaniu oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, naruszenia uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. Warto wskazać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na etapie wnoszenia odwołań wobec treści SWZ/SIWZ przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko, tak np. w wyroku z dnia 31 lipca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1519/15 Izba orzekła, że: *„W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami P.z.p. oferty, zgodnie z art. 29 ust. 2 P.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”*. Należy uznać, że orzecznictwo wypracowane na gruncie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r. poz. 1843) (dalej: „ustawa Pzp 2004”) zachowuje aktualność w stosunku do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Termin

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ specyfikacja warunków zamówienia została opublikowana w dniu 13 grudnia 2021r. W tym samym dniu zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Ogłoszenie o zamówieniu

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 241-635466 w dniu 13 grudnia 2021r.



UZASADNIENIE

I. OPZ, opłaty od użytkowników

1. Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ Opis szczegółowych wymagań (plik nazwany: „1. Opis szczegółowych wymagań_dostępność BOK”) (dalej: „OPZ”) w rozdz. I ust. 3 wskazał: *„Korzystanie z roweru przez użytkowników jest podstawą do naliczania przez Wykonawcę opłat według cennika Wykonawcy określonego w Regulaminie Systemu począwszy od 20:01 min. Pobrane opłaty od użytkowników stanowią przychód Wykonawcy. Na podstawie comiesięcznych zestawień otrzymanych do 5-go dnia każdego miesiąca od Wykonawcy, Jednostka realizująca obciąży Wykonawcę fakturą VAT. Dopuszcza się stosowanie w cenniku opłat abonamentów, ulg i preferencji wg zasad określonych przez Wykonawcę, po uprzednim uzgodnieniu z Jednostką realizującą”.*
2. Tak opisane wymaganie jest wewnętrznie sprzeczne oraz niejasne i nieprecyzyjne. Z jednej strony Zamawiający wskazał, że pobrane opłaty stanowią przychód Wykonawcy, a jednocześnie wskazuje, że obciąży Wykonawcę fakturą VAT. Intencje Zamawiającego nie są wobec tego jasne. Zwłaszcza, że Zamawiający w rozdz. IV ust. 4 pkt 11) OPZ wymaga, aby przekazywane przez Wykonawcę raporty miesięczne zawierały dane: *„przychód lub dochód generowany z wypożyczeń rowerów”.* Analogiczne wymaganie postawiono w rozdz. IV ust. 5 pkt 8) OPZ w stosunku do raportów sezonowych. Skoro Zamawiający wymaga takich informacji, to być może jego intencją jest, aby pobrane od użytkowników opłaty stanowiły przychód Wykonawcy, ale z jakichś względów dochód trafiał do Zamawiającego. Jeśli tak by miało być, to Odwołujący wskazuje, że rozwiązanie takie byłoby bardzo nieprzejrzyste i mogłoby stanowić podstawę do spekulacji.
3. Przedmiotowa kwestia ma niezwykle istotne znaczenie, ponieważ przychody z wypożyczeń są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Ustalenie czyj będą one stanowić przychód będzie rzutować na zwiększenie lub zmniejszenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy należnego od Zamawiającego.
4. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 99 ust. 1, 2, 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.
5. W związku z powyższym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w rozdz. I ust. 3 OPZ poprzez **precyzyjne uregulowanie czyj przychód/dochód stanowią pobrane opłaty od użytkowników i wskazanie z jakiego tytułu wykonawca będzie obciążany fakturą VAT.**

II. OPZ, koszyk

6. Zamawiający w rozdz. II ust. 6 pkt 13) OPZ wymaga w stosunku do roweru: *„koszyk z przodu roweru o pojemności min. 10 litrów i nośności min. 10 kg, aluminiowy, odporny na uszkodzenia,*



przymocowany *na stałe* do przedniej konstrukcji roweru. Ścianki koszyka (z przodu i po bokach) umożliwiające oklejenie lub zamontowanie tabliczek informacyjnych". Przedmiotowe wymaganie jest nieprecyzyjne, ponieważ nie wiadomo, co należy rozumieć przez sformułowanie „na stałe”.

7. W zdecydowanej większości przypadków koszyki są mocowane do rowerów za pomocą śrub antykradzieżowych. W ocenie Wykonawcy takie rozwiązanie powinno zostać uznane za dopuszczalne i ocenione jako spełniające wymaganie Zamawiającego. W przeciwnym razie konieczne byłoby zastosowanie rozwiązań:
 - 1) odlew ramy lub kierownicy i koszyka jako jednego elementu – jest to technicznie możliwe, ale skomplikowane i bardzo drogie rozwiązanie. Dodatkowym minusem takiego rozwiązania, powodującym, że nie powinno być ono stosowane w systemach rowerów publicznych jest fakt, że aluminium do wtryskiwania jest mniej wytrzymałe, niż hutnicze, a w związku z tym taka konstrukcja będzie mniej wytrzymała na warunki użytkowania, w których rowery publiczne są wykorzystywane (intensywnie, przez wielu użytkowników, w zmiennych warunkach atmosferycznych, narażone na mniejsze dbanie o sprzęt, narażone na akty wandalizmu i próby zniszczenia itp.). Innym rozwiązaniem jest wykorzystanie do produkcji ramy/kierownicy zamiast aluminium - tworzyw sztucznych (których nie dopuścił Zamawiający w OPZ). Jest to rozwiązanie optymalniejsze z punktu widzenia ciężkich i zmiennych warunków eksploatacji rowerów publicznych, ramy takie są przy tym lekkie. Ograniczeniem w stosowaniu tego typu rozwiązań, jest cena takiego roweru, który jest bardzo drogi, a w związku z ryzykami i warunkami wykorzystywania rowerów z wypożyczalni publicznych, takie rozwiązanie nie jest stosowane, gdyż generowałoby ogromne koszty serwisowania, naprawiania i uzupełniania tego typu rowerów, które padałyby ofiarami aktów wandalizmu i jeszcze intensywniejszych prób kradzieży. W przypadku uderzenia czy upadku taka rama byłaby też bardziej podatna na ewentualne pęknięcia;
 - 2) wykonanie spawania, a następnie szpachlowanie, szlifowanie i malowanie roweru. Rozwiązanie to rodzi jednak szereg problemów na etapie użytkowania rowerów. W przypadku uszkodzenia koszyka i konieczności jego wymiany lub istotnej naprawy konieczne będzie rozpiłowanie spawów, a następnie spawanie na nowo. To powoduje, że z każdym kolejnym spawaniem materiał ulega osłabieniu. Podobnie, jeśli chceć wykorzystać koszyk zainstalowany na rowerze, który jest uszkodzony i ma być wycofany z użytkowania. Przy tym z każdym kolejnym spawaniem połączenie materiałów będzie wyglądać mniej estetycznie. Jest to rozwiązanie kosztotwórcze i wydłużające proces produkcji rowerów. Rozwiązanie takie nie jest stosowane.
8. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 99 ust. 1, 2, 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.



9. W związku z powyższym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany rozdz. II ust. 6 pkt 13) OPZ poprzez **doprecyzowanie, że poprzez połączenie koszyka na stałe do przedniej konstrukcji roweru Zamawiający rozumie np. użycie śrub antykradzieżowych.**

III. OPZ, liczba stojaków

10. Zamawiający w rozdz. III ust. 1 OPZ postawił wymaganie: *„Wykonawca zapewni wyposażenie stacji rowerowych odpowiednie do zaoferowanego modelu funkcjonowania Systemu, w tym: panele informacyjne, odpowiednią liczbę stojaków rowerowych zapewniającą prawidłowe funkcjonowanie systemu RPR. Jeżeli liczba stojaków rowerowych na stacjach, okaże się zbyt mała, to Wykonawca uzupełni je w terminie do 30 dni od daty otrzymania od Jednostki realizującej informacji o niedoborze stojaków. Wykonawca uzupełni stacje rowerowe o niezbędną liczbę stojaków na własny koszt i własnym staraniem. Zamawiający określa, że do celów sporządzenia oferty należy przyjąć, następującą proporcję:*
- 1) *oferowana liczba rowerów 100%,*
 - 2) *oferowana liczba stojaków rowerowych na stacjach, stanowiąca min. 120% liczby rowerów”.*
11. Stojaki rowerowe są elementem zamawianej infrastruktury i **Zamawiający powinien w sposób precyzyjny określić ich liczbę, czego zaniechał. Rzecz w tym, że wykonawca kalkulując swoją ofertę musi wziąć pod uwagę wszystkie koszty, a te w tym przypadku będą zależeć od decyzji Zamawiającego, opartej o arbitralną ocenę.** Opis przedmiotu zamówienia powinien opierać się na konkretnych i jednoznacznych wymaganiach, weryfikowalnych w sposób obiektywny. Wykonawca koszty musi zbilansować z przychodami. Co oczywiste w zależności od wymaganej liczby stojaków wykonawca uzyska różnej wielkości koszt, co może nie pozwolić mu zbilansować go z przychodami. **Ponadto różni wykonawcy mogą założyć różną liczbę stojaków, co doprowadzi do nieporównywalności ofert. Problem w tym, że wymaganie to jest zupełnie dowolne i nieograniczone żadnymi limitami. Nie wiadomo jakie będą kryteria oceny, że liczba stojaków jest zbyt mała.** Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia w ofercie ryczałtowych kosztów utrzymania systemu, które zależą od liczby infrastruktury, która zależy w tym przypadku zależy od uznania Zamawiającego.
12. Przede wszystkim liczba stojaków na stacjach rowerowych, w praktycznie każdym systemie roweru publicznego, okresowo okazuje się zbyt mała. Chodzi o sytuację, gdy chcemy mieć możliwość oparcia o stojak rowerowy każdego roweru, który użytkownik chce pozostawić na stacji. Zjawiskiem zupełnie normalnym jest, że w każdym systemie rowerowym są stacje, które zwłaszcza o określonych porach dnia są „oblegane”, ponieważ znajdują się one w lokalizacjach, gdzie znajdują się węzły przesiadkowe lub duże zagęszczenie punktów użyteczności publicznej. Użytkownicy systemu, którzy rano jadą do pracy masowo oddają rowery na tego typu stacjach. A z drugiej strony te stacje, które znajdują się tam, gdzie są



zlokalizowane osiedla mieszkaniowe, o tej porze dnia – rano zazwyczaj cechują się większą liczbą wolnych stojaków, ponieważ rowery przemieszają się właśnie w kierunku węzłów przesiadkowych i centrów biznesowych. Z kolei w godzinach popołudniowych, w związku z powrotami użytkowników z pracy mamy doczynienia z odwrotną relacją.

13. Co więcej, z natury rzeczy w praktycznie każdym systemie rowerowym obserwujemy prawidłowość, że znajduje się grupa stacji, na których występuje bardzo duży ruch (centra miast) i grupa stacji, na których ruch jest relatywnie mały (peryferia miast). Duże znaczenie ma także rozlokowanie stacji na terenie danego miasta i ich usytuowanie względem siebie. W tym kontekście należy zauważyć, że to Zamawiający określa orientacyjnie lokalizację stacji rowerowych na etapie realizacji zamówienia. OPZ nie zawiera wskazania lokalizacji, co dodatkowo uniemożliwia wykonawcom zaprognozowanie „zachowania systemu”.
14. Trzeba również zasygnalizować, że Zamawiający chce kupić rowery 4 generacji. Rowery te są używane w systemach, gdzie wykorzystywane są stojaki pasywne - zwykłe profile stalowe, bez elementów ruchomych, tj. elektrozamków. Elektrozamki znajdują się bowiem w samym rowerze, dlatego do zakończenia jego wypożyczenia nie jest konieczne posiadanie stojaka rowerowego z elektrozamkiem. W rowerach 3 generacji (brak komputera pokładowego) też nie jest do warunek konieczny, tym niemniej zakończenie wypożyczenia, co do zasady, oparte jest właśnie na pozostawieniu roweru w stojaku rowerowym z elektrozamkiem (przykład: Veturilo w Warszawie). Dlatego zważywszy na rodzaj zakupywanego w Postępowaniu systemu rowerowego, ocena czy stojaków rowerowych jest zbyt mało może być oparta tylko i wyłącznie o subiektywną ocenę. Każdy rower może być oddany na stacji za pomocą komputera pokładowego i nie wymaga stojaka, ponieważ posiada nóżkę do jego podparcia.
15. Zatem zawsze istnieje ryzyko, że na stacji rowerowej będzie zbyt mało stojaków w subiektywnej ocenie osoby/osób podejmujących w tym względzie decyzje. Wyjątkiem jest tylko taka sytuacja, że na każdej stacji będzie tyle samo stojaków, co wszystkich rowerów w systemie. Ale w takiej sytuacji wykonawca zamiast 60 stojaków (min. 120% liczby rowerów o czym stanowi rozdz. III ust. 1 OPZ) musiałby dostarczyć 200 stojaków. Jest to kolosalna różnica w wycenie oferty i ryzyko, którego zaakceptowania nie można oczekiwać od wykonawców. Wykonawcy przecież konkurują ceną, a budżet Zamawiającego także jest ograniczony.
16. Opisana specyfikacja działania systemu rowerowego powoduje, że działanie danego systemu zawsze oparte jest o pewnego rodzaju kompromis pomiędzy wydatkami, wygodą użytkownika i estetyką danego systemu rowerowego. Określenie tego kompromisu należy do Zamawiającego. Wykonawca nie może być obarczany niechęcią, brakiem wiedzy lub niezdecydowaniem Zamawiającego w tym zakresie. Zawsze część stacji będzie ulegać przepełnieniu o określonych porach dnia (oczywiście nie chodzi o każdy dzień działania systemu, ale o prawidłowość, która będzie występować). Zawsze będzie brakować stojaków na niektórych stacjach o określonych porach dnia. Takie sytuacje są niwelowane poprzez



nałożenie na wykonawcę obowiązku zarządzania systemem i dokonywania relokacji rowerów w określony sposób. Zamawiający przewidział taki obowiązek w § 4 ust. 9 załącznika nr 2 do SWZ – projekt umowy (dalej: „Projekt umowy”): „W przypadku nierównomiernego rozmieszczenia rowerów, - wynikającego z bieżącej eksploatacji systemu RPR, Wykonawca ma obowiązek dokonywać relokacji rowerów pomiędzy stacjami nie rzadziej niż raz na dobę”. Następnie system jest w tym względzie parametryzowany poprzez odpowiednie zróżnicowanie liczby stojaków na poszczególnych stacjach, co także w tym Postępowaniu przewidziano w rozdz. III ust. 2 OPZ: „Liczba stojaków na poszczególnych stacjach może być zróżnicowana zależnie od zapotrzebowania klientów na rowery. W terminie określonym w Umowie Wykonawca przedstawi Jednostce realizującej projekt stacji rowerowych z określeniem liczby stojaków rowerowych, celem akceptacji”.

17. Warto wskazać, że powszechną praktyką innych Zamawiających na tego rodzaju przedmiot zamówienia jest określanie w dokumentacji przetargowej konkretnej liczby stojaków rowerowych.
18. Opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący nie uwzględnia wymagań i okoliczności mających fundamentalny wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto rażąco narusza równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz znacznie przekracza zasadę swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem. Kwestionowane wymaganie narusza art. 99 ust. 1, 2, 4 ustawy Pzp, art. 353¹ i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.
19. W związku z powyższym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany rozdz. III ust. 1 OPZ poprzez **usunięcie konieczności uzupełnienia przez wykonawcę liczby stojaków na stacjach rowerowych, jeśli ich liczba okaże się zbyt mała lub zakup dodatkowej puli stojaków rowerowych w ramach prawa opcji, z precyzyjnym określeniem zasad skorzystania z niego.**

IV. OPZ, stacje rowerowe

20. Zamawiający opisał wymagania co do stacji rowerowych, lecz są one nieprecyzyjne:
 - 1) w rozdz. III ust. 6 OPZ wskazał: „Stacje rowerowe będą zlokalizowane na terenach utwardzonych”. Wymaganie to opisuje jedynie cechę stacji rowerowych, ale nie wskazuje kto jest odpowiedzialny za jej osiągnięcie. Takie postanowienie jest niejednoznaczne, ponieważ nie wiadomo, czy Zamawiający wskaże takie lokalizacje, gdzie teren będzie już utwardzony lub sam ten teren utwardzi i wykonawca nie będzie musiał go utwardzać, czy też wykonawca będzie musiał go utwardzić we własnym zakresie. Jeśli wykonawca ma go utwardzić we własnym zakresie to konieczne jest wskazanie na ilu stacjach i w jaki sposób powinno nastąpić owo utwardzenie. Utwardzenie terenu to



znaczny koszt dla wykonawcy, może być wykonane w różny sposób, więc ma ono duże znaczenie dla kalkulacji ceny oferty. Warto też zauważyć, że Jednostka realizująca – Powiatowy Zarząd Dróg w Rawiczu (zgodnie z komparycją Projektu umowy) ma wskazać jedynie orientacyjne miejsce lokalizacji stacji rowerowych, zgodnie z rozdz. III ust. 4 OPZ: „Jednostka realizująca określi lokalizację stacji rowerowych podając ulicę/nr drogi/miejscowość i orientacyjne miejsce na tej ulicy/drodze/w miejscowości. Wykonawca będzie musiał na mapie poglądowej nanieść lokalizacje poszczególnych stacji rowerowych określając ich numery i nazwy stacji dla potrzeb Systemu, schematyczną lokalizację stojaków i ich liczbę na poszczególnych stacjach, lokalizację panelu informacyjnego. Jednostka realizująca zobowiązuje się do współpracy w tym zakresie i uczestniczenia w objeździe z Wykonawcą w celu uzgodnienia miejsc lokalizacji stacji. [...]”. Skoro nie są znane na ten moment lokalizacje stacji, a na etapie realizacji zamówienia strona zamawiająca skaże jedynie orientacyjne lokalizacje, to tym bardziej nie można zakładać, że Zamawiający zobowiązał się do wskazania lokalizacji z utwardzonym już terenem;

- 2) w § 2 pkt 4) Projektu umowy Zamawiający zawarł definicję stacji rowerowej: „Stacja rowerowa – utwardzony teren wyznaczony przez Jednostkę realizującą, na którym zlokalizowane są **wiaty**, stojaki rowerowe, rowery i panel informacyjny”. Zgodnie z tą definicją elementem stacji rowerowej jest wiata. Jednakże Zamawiający nie opisał w OPZ żadnych wymagań względem wiaty. Wiaty mogą być postawione na bardzo różne sposoby i z różnych materiałów, więc określenie wymagań w stosunku do nich ma bardzo istotne znaczenie dla kalkulacji wynagrodzenia i terminów realizacji zamówienia.

21. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 99 ust. 1, 2, 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

22. W związku z powyższym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany:

- 1) w rozdz. III ust. 6 poprzez **wskazanie czy wykonawca musi utwardzić teren pod stacje rowerowe, na ilu stacjach i w jaki sposób powinno nastąpić owo utwardzenie;**
- 2) w § 2 pkt 4) Projektu umowy poprzez **wykreślenie z definicji stacji rowerowej wiat albo precyzyjne określenie wymagań względem wiat w OPZ (konstrukcja, materiały, projekt itd.).**

V. Okres funkcjonowania systemu

23. Zamawiający w § 5 pkt 3) Projektu umowy Zamawiający wskazał: „Zamawiający **dopuszcza** możliwość funkcjonowania systemu RPR także w pozostałych miesiącach roku kalendarzowego objętego okresem obowiązywania Umowy, bez możliwości żądania przez Wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia od Jednostki realizującej z tego tytułu”.

24. Postanowienie to jest nieprecyzyjne, ponieważ nie określono:



- 1) czy wydłużenie funkcjonowania systemu może nastąpić na wniosek wykonawcy czy także może nastąpić na wniosek Zamawiającego;
 - 2) jeśli wniosek w tym względzie może złożyć Zamawiający, to czy wykonawca takim wnioskiem jest związany;
 - 3) maksymalnego okresu, w którym system mógłby funkcjonować poza miesiącami roku kalendarzowego objętego okresem obowiązywania Umowy;
 - 4) liczby rowerów, która powinna być dostępna w systemie;
 - 5) terminu, w jakim taki wniosek powinien być złożony przez Zamawiającego, aby był skuteczny.
25. System ma funkcjonować zgodnie z pkt 6.2 SWZ w latach 2022 – 2027: od 1 marca do 30 listopada każdego roku. Kwestionowane postanowienie dotyczy zatem tzw. okresu zimowego, kiedy systemu roweru publicznego, co do zasady, nie udostępniają rowerów użytkownikom. Jest to okres, który jest okresem mniejszego zainteresowania wypożyczeniami rowerów. Dodatkowo operowanie systemem w tym okresie jest utrudnione ze względu na warunki klimatyczne i w sytuacji, jeżeli infrastruktura miejska nie jest do tego przygotowana (m.in. odśnieżanie dróg rowerowych), większość systemów rowerowych w Polsce w tym okresie nie udostępnia rowerów użytkownikom.
26. Obsługa systemu wymaga zaangażowania osób do relokacji rowerów i warsztacie do ich napraw. Usługi relokacji i napraw generują określone, znaczne koszty i wymagają oddelegowania określonych zasobów osobowych i sprzętowych. Konieczność wykonywania tych czynności generuje po stronie wykonawcy znaczne koszty. Nawet przy bardzo małym zainteresowaniu wypożyczeniami wykonawca musi przecież utrzymywać minimalny zasób osobowy, sprzętowy i zapewnić ruch warsztatu. Ponadto, postanowienie to w związku z jego ogólnikowością stanowi pole do nadużyć. Warunki realizacji zamówienia powinny być precyzyjnie określone w dokumentacji przetargowej, bez jakichkolwiek domysłów czego oczekuje Zamawiający lub jak może postąpić Zamawiający w związku z postanowieniami dającymi mu dowolność w kształtowaniu wymagań już na etapie realizacji zamówienia.
27. Wykonawca, jeśli zmuszony by był do realizacji zamówienia w tzw. sezonie zimowym, to musiałby też odpowiednio wcześniej uprzedzony przez Zamawiającego o takiej okoliczności – jeśli Zamawiający mógłby złożyć taki wiążący wniosek. W ocenie Odwołującego rozsądy termin na złożenie takiego wniosku to każdorazowo 31.10.2021r., czyli na miesiąc przed zakończeniem nominalnego okresu funkcjonowania systemu.
28. **Wreszcie należy wskazać, że wykonawca nie powinien być zmuszony do realizacji zamówienia bez dodatkowego wynagrodzenia, ponieważ funkcjonowanie systemu rowerowego w sezonie zimowym generuje istotne koszty z tym związane. Co więcej, konieczność ewentualnej wyceny tych kosztów jest niemożliwa, skoro nie są określone zasady funkcjonowania systemu w okresie zimowym, na które wskazał powyżej Odwołujący. Konieczność takiej wyceny jest bezpodstawna również z tego punktu**



widzenia, że wykonawcy musieliby wycenić usługę, która być może nie byłaby świadczona.

29. Opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący nie uwzględnia wymagań i okoliczności mających fundamentalny wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto rażąco narusza równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz znacznie przekracza zasadę swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem. Kwestionowane wymaganie narusza art. 99 ust. 1, 2, 4 ustawy Pzp, art. 353¹ i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.
30. **W związku z powyższym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 5 pkt 3) Projektu umowy poprzez doprecyzowanie:**
- 1) czy wydłużenie funkcjonowania systemu może nastąpić na wniosek wykonawcy czy także może nastąpić na wniosek Zamawiającego;
 - 2) jeśli wniosek w tym względzie może złożyć Zamawiający, to wymagana jest **zgoda** wykonawcy;
 - 3) a jeśli wniosek w tym względzie może złożyć Zamawiający i wykonawca związany jest tym wnioskiem, to określenie:
 - a) maksymalnego okresu, w którym system mógłby funkcjonować poza miesiącami roku kalendarzowego objętego okresem obowiązywania Umowy;
 - b) liczby rowerów, która powinna być dostępna w systemie;
 - c) terminu w jakim taki wniosek powinien być złożony przez Zamawiającego, aby był skuteczny, z zastrzeżeniem, że każdorazowo nie później niż do 31 października;
 - d) że wykonawcy będzie przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie określone w formularzu oferty.

VI. Akceptacja roweru

31. Zamawiający zastrzegł dla siebie udział w wykonaniu roweru i uprawnienie do akceptacji roweru:
- 1) pkt 4.1 pkt 1 ppkt 1) SWZ (str. 3): *Zakres zamówienia obejmuje: „wykonanie w uzgodnieniu z Zamawiającym wzoru roweru spełniającego podstawowe wymagania Zamawiającego”;*
 - 2) § 5 ust. 5 pkt 3) Projektu umowy: *„zaprezentowanie wzorcowego roweru do akceptacji Jednostkę realizującą nie później niż 14 dni od daty zawarcia Umowy. Jednostka realizująca w terminie 3 dni od daty dostarczenia wzorcowego roweru dokona jego akceptacji lub zgłosi uwagi i zastrzeżenia. Akceptacji **nie będzie podlegała część graficzna**, którą należy uzgodnić z Jednostką realizującą w innym trybie. W przypadku zgłoszenia przez Jednostkę realizującą uwagi i zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania wymaganych zmian i poprawek w*



terminie wskazanym przez Jednostkę realizującą. Potwierdzeniem akceptacji wzorcowego roweru przez Jednostkę realizującą jest podpisanie odpowiedniego protokołu”.

32. Zważywszy na przyjęty przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia (o czym szerzej w odrębnym zarzucie) nie ma możliwości projektowania roweru z udziałem Zamawiającego. Taki udział musiałby być ponadto precyzyjnie opisany, aby wykonawca mógł także wycenić koszt takiego procesu. Rola Zamawiającego powinna się ograniczać do akceptacji roweru pod kątem spełniania wymagań opisanych w dokumentach zamówienia.
33. Zamawiający w pkt 4.1 pkt 1 ppkt 1) SWZ posługuje się pojęciem **„podstawowych wymagań”**, co również jest **niejednoznaczne i nie jest wiadomo co ono konkretnie oznacza**. Istotne powinny być tylko i wyłącznie wymagania określone w dokumentach zamówienia, w szczególności OPZ i to ono powinny być jedynym punktem odniesienia w procesie uzgadniania projektów i akceptacji roweru.
34. Zamawiający w § 5 ust. 5 pkt 3) Projektu umowy zastrzegł sobie możliwość wnoszenia uwag i zastrzeżeń bez określenia ich zakresu, co w połączeniu z treścią pkt 4.1 pkt 1 ppkt 1) SWZ sugeruje bardzo szeroki ich zakres. Tak szeroko opisane uprawnienie Zamawiającego do wnoszenia uwag, w zasadzie powoduje, że Zamawiający na nowo może konstruować swoje wymagania. Dla wykonawcy wiążące byłyby zatem podczas realizacji zamówienia nie tylko wymagania postawione w dokumentacji przetargowej, lecz także (a może przede wszystkim) uwagi i zastrzeżenia Zamawiającego poza dokumentami zamówienia. Postanowienia te sugerują, że Zamawiający zmierza do sytuacji, którą sam celnie opisał w cytowanym powyżej wymaganiu **„wykonanie w uzgodnieniu z Zamawiającym wzoru roweru spełniającego podstawowe wymagania Zamawiającego”**. Warto zauważyć, że podstawowe wymagania Zamawiającego nie zostały zdefiniowane, a Zamawiający zrezygnował z najprostszego sposobu określenia wymagania tj. aby rower spełniał wymagania postawione w dokumentach zamówienia.
35. Wykonawca składając ofertę opiera ją na swoim zamyśle i koncepcji realizacji zamówienia. Czyni to oczywiście w oparciu o wymagania SWZ, ale oprócz tych wymagań pozostaje szereg kwestii nieuregulowanych, których sposób realizacji powinien być domeną wykonawcy. Skoro nie zostały uregulowane, to nie mają one istotnego znaczenia dla Zamawiającego. Nie można zaakceptować sytuacji, że dopiero na etapie realizacji zamówienia Zamawiający, w sposób wiążący dla wykonawcy, będzie dążył do opisanie swoich wymagań. Zwłaszcza, że nowo postawione wymagania mogą być sprzeczne z przyjętą przez wykonawcę koncepcją realizacji zamówienia. **Za tą koncepcją kryje się kalkulacja cenowa do niej zwymiarowana. Dlatego też wykonawca nie powinien być zmuszany do realizacji zamówienia w sposób inny, niż przez niego zaplanowany i wyceniony.** Za tak szerokim wymaganiem Zamawiającego kryje się ryzyko, którego absolutnie nie można wycenić.
36. **Nieprecyzyjne jest także pojęcie „części graficznej” w § 5 ust. 5 pkt 3) Projektu umowy.** Pojęcie to nie zostało nigdzie zdefiniowane, ani nie określono wymagań o charakterze



„graficznym”. Wiadomym jest tylko, że należy ją uzgodnić z Jednostką realizującą w innym trybie, który także nie został określony. W ocenie Odwołującego, owa część graficzna może oznaczać jedynie elementy identyfikacji roweru, projektu w postaci naklejek na rower. Jeśli miała by ona oznaczać coś więcej, to mielibyśmy do czynienia z ingerencją Zamawiającego w konstrukcję roweru, co świadczyłoby o projektowaniu roweru, a byłoby niemożliwe choćby ze względu na termin realizacji zamówienia. Po zaprojektowaniu roweru należałoby wykonać szereg testów, żeby ocenić wytrzymałość nowej konstrukcji i móc zlecić jego produkcję. Tymczasem termin realizacji zamówienia wymusza konieczność zaoferowania gotowego produktu, który może być jedynie sparametryzowany w niewielkim zakresie.

37. Kwestionowane postanowienia mogą świadczyć o tym, że w ocenie Zamawiającego istotne dla niego kwestie pozostają nieuregulowane w SWZ. Trzeba wskazać, że nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. **Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ** (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015, KIO 897/15).
38. Takie wymaganie stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, art. 353¹ i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiającą dokonanie wyceny przedmiotu oferty, w sposób naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem.
39. **Wobec powyższego wnosimy o nakazie Zamawiającemu zmiany:**
- 1) pkt 4.1 pkt 1 ppkt 1) SWZ (str. 3) i nadanie mu treści: *Zakres zamówienia obejmuje: „wykonanie wzoru roweru spełniającego wymagania określone w dokumentacji postępowania, który podlega w tym względzie akceptacji Zamawiającego”,*
 - 2) § 5 ust. 5 pkt 3) Projektu umowy i nadanie mu treści: *„zaprezentowanie wzorcowego roweru do akceptacji Jednostkę realizującą nie później niż 14 dni od daty zawarcia Umowy. Akceptacja będzie dotyczyć tylko i wyłącznie spełniania wymagań opisanych w dokumentach zamówienia. Jednostka realizująca w terminie 3 dni od daty dostarczenia wzorcowego roweru dokona jego akceptacji lub zgłosi uwagi i zastrzeżenia. Akceptacji nie będzie podlegała część graficzna (naklejki na rower), którą należy uzgodnić z Jednostką realizującą w innym trybie. W przypadku zgłoszenia przez Jednostkę realizującą uwag i zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany*



jest do dokonania wymaganych zmian i poprawek w terminie wskazanym przez Jednostkę realizującą. Potwierdzeniem akceptacji wzorcowego roweru przez Jednostkę realizującą jest podpisanie odpowiedniego protokołu”.

VII. Termin realizacji

40. Zgodnie z § 5 ust. 5 Projektu umowy Zamawiający wymaga terminu realizacji:

„Wykonawca zobowiązany jest udostępnić system RPR dla użytkowników, zgodnie z nzw. terminami:

- 1) dostawa 50 rowerów oraz min. 4 stacji: **do dnia 20.02.2022 r.**,
- 2) usługa utrzymania systemu w latach 2022 – 2027: **od 1 marca do 30 listopada każdego roku** obowiązywania Umowy”.

Jednocześnie Zamawiający w § 5 ust. 5 Projektu umowy wskazał terminy pośrednie realizacji zamówienia:

„Określa się terminy dotyczące przygotowania Systemu RPR:

- 1) zorganizowanie i wyposażenie kompletnego Systemu RPR nie później niż 7 dni przed dniem uruchomienia Systemu,
- 2) przedłożenie projektu stacji rowerowych i założeń do projektu strony internetowej nie później niż 21 dni przed **1 marca 2022 roku**. Jednostka realizująca w terminie do 3 dni od dnia dostarczenia dokumentów wniesie uwagi do ich treści lub je zaakceptuje,
- 3) zaprezentowanie wzorcowego roweru do akceptacji Jednostkę realizującą nie później niż 14 dni od daty zawarcia Umowy. Jednostka realizująca w terminie 3 dni od daty dostarczenia wzorcowego roweru dokona jego akceptacji lub zgłosi uwagi i zastrzeżenia. Akceptacji nie będzie podlegała część graficzna, którą należy uzgodnić z Jednostką realizującą w innym trybie. W przypadku zgłoszenia przez Jednostkę realizującą uwag i zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania wymaganych zmian i poprawek w terminie wskazanym przez Jednostkę realizującą. Potwierdzeniem akceptacji wzorcowego roweru przez Jednostkę realizującą jest podpisanie odpowiedniego protokołu,
- 4) przedłożenie projektu Regulaminu Systemu nie później niż 14 dni od daty zawarcia Umowy,
- 5) zgłoszenie i wykonanie testowego rozruchu systemu RPR nie później niż 3 dni przed dniem udostępnienia Systemu jego użytkownikom. W przypadku zgłoszenia przez Jednostkę realizującą uwag i zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania wymaganych zmian i poprawek w terminie wskazanym przez Jednostkę realizującą. Za datę odbioru uważa się datę odbioru poprawionego, wolnego od wad Przedmiotu Umowy”.

41. Zamawiający wymaga zatem uruchomienia systemu w dniu 1 marca 2022r., a do dnia 20.02.2022r. wymaga dostarczenia rowerów i stacji rowerowych. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 11.01.2022r. **Zatem do terminu uruchomienia systemu pozostanie jedynie 40 dni – zgodnie z pkt 6.2 ppkt 1) SWZ uruchomienie systemu wymagane jest do dnia 20.02.2022r.** Co istotne, w tym czasie musi przecież zostać jeszcze zakończona procedura przetargowa (badanie i ocena ofert, wezwanie do złożenia



dokumentów przez wykonawcę najwyżej ocenionego itd.). Przebieg procedury o udzielenie zamówienia jest nieprzewidywalny i możliwe, że zostanie ona zakończona w ciągu np. 2 tygodni (np. jeśli będzie tylko jedna oferta), ale równie dobrze może ona trwać kilka miesięcy.

42. **Termin realizacji zamówienie nie powinien być określony datą dzienną, lecz jako liczba dni liczona od daty zawarcia umowy.** Wówczas ma charakter obiektywny, a okres przeznaczony na realizację zamówienia jest od początku konkretnie określony i pozbawiony spekulacyjnego charakteru. Przy aktualnej regulacji Zamawiającego okres, który pozostaje na realizację zamówienia będzie zależeć w dużej mierze także od zdarzeń na które wykonawca nie ma żadnego wpływu, jak właśnie przebieg procedury przetargowej. **Zatem termin zawarcia umowy może przypadać już po terminie przewidzianym na uruchomienie systemu i udostępnienie go użytkownikom, tj. po 1.03.2022r.** W świetle powyższego można mieć zasadne wątpliwości, czy w ogóle w terminie do 1.03.2022r. zostanie zawarta umowa. Jeśli zostałoby złożone odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej będzie to bardzo prawdopodobne. W każdym razie wykonawca nie powinien być obarczany tego rodzaju ryzykiem i to pod sankcją zapłaty bardzo wysokiej kary umownej (§ 13 ust. 1 pkt 2) Projektu umowy).
43. Po zawarciu umowy, zanim wykonawca uruchomi system, konieczne jest dokonanie szeregu **uzgodnień z Zamawiającym**, opisanych w cytowanym powyżej § 5 ust. 5 Projektu umowy. **Co niezmiennie istotne, zanim dojdzie do dostawy rowerów i pozostałych elementów konieczne jest dochowanie opisanej w umowie procedury uzgodnień i zachowanie etapowości działań, gdzie dokonanie pewnych czynności jest uwarunkowane od zakończenia innych.** W szczególności trzeba uwzględnić termin na zaprezentowanie wzorcowego roweru do akceptacji Jednostki realizującej nie później niż 14 dni od daty zawarcia Umowy oraz termin na wyrażanie akceptacji lub zgłoszenie uwag i poprawek. Zatem sama procedura akceptacji Zamawiającego wymaga interakcji, która oczywiście może odbywać się szybciej, niż terminy umowne, lecz wymaga ona dodatkowego czasu. Długość jej trwania będzie zależeć także od tego, jakiego rodzaju uwagi będzie mógł zgłaszać Zamawiający (co jest objęte odrębnym zarzutem).
44. **Tymczasem nie można założyć, że nie będzie uwag – wręcz przeciwnie Zamawiający może mieć uwagi, ponieważ otrzyma nowy produkt, którego wcześniej nie opiniował.** W tym kontekście warto podać następujące przykładowe aspekty:
- 1) dokumentacja przetargowa nie zawiera wielu szczegółów związanych z realizacją zamówienia. Weźmy pod uwagę choćby sam regulamin i cennik usług – Zamawiający stworzył jedynie ogólne ramy określił jedynie wysokości dwóch opłaty, a może ich być kilkanaście. Pozostaje szereg kwestii, które wymagają uregulowania od początku. W niniejszym Postępowaniu wykonawca może przedstawić do akceptacji Zamawiającego cennik zawierający dodatkowe pozycje. Uzgodnienie tylko tego dokumentu może wymagać kilkukrotnych iteracji. Jest to kwestia bardzo istotna, ponieważ na wynagrodzenie wykonawcy składają się (prawdopodobnie) przychody od



użytkowników systemu – „Pobrane opłaty od użytkowników stanowią przychód Wykonawcy” (rozdz. I pkt 3 OPZ). Zatem jest to istotny element modelu biznesowego. Do absolutnych wyjątków należą sytuacje, gdy zamawiający nie mają żadnych uwag do przesłanych projektów poszczególnych elementów systemu. Dokumenty te zawierają w dużej mierze materię, która nie była regulowana w dokumentach zamówienia i dlatego zgłaszane uwagi stanowią odzwierciedlenie niezwerbalizowanych preferencji zamawiającego. W opisanych okolicznościach, zgłoszone uwagi wcale nie muszą wynikać z okoliczności leżących po stronie wykonawcy – praktycznie we wszystkich przypadkach są one odzwierciedleniem innej wizji/koncepcji zamawiającego. Dlatego też należy założyć, że projekty dokumentów trafiają przynajmniej dwukrotnie do akceptacji Zamawiającego, a w przypadku zgłoszenia uwag, jak sam Zamawiający wskazuje w § 5 ust. 5 pkt 3) Projektu umowy: „[...] W przypadku zgłoszenia przez Jednostkę realizującą uwag i zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania wymaganych zmian i poprawek w terminie wskazanym przez Jednostkę realizującą [...]”. **W ocenie Wykonawcy termin na przygotowanie projektów powinien wynosić łącznie 14 dni (co zakłada 2-krotne złożenie projektów i 1-krotne zgłoszenie uwag).** Trzeba jeszcze raz zwrócić uwagę, że projekty, jak choćby przykładowo cennik, zawierają także materię pozostawioną poza regulacją SWZ, co implikuje, że ewentualne uwagi czy akceptacja Zamawiającego jest kwestią zupełnie nie przewidywalną, niezależną od wykonawcy, który dochowując najwyższej staranności i tak nie jest w stanie przewidzieć preferencji Zamawiającego. Tak krótkie terminy nie dają możliwości dokonania uzgodnień i jest to ryzyko, którego wykonawca ponosić nie powinien;

- 2) zgodnie z § 5 ust. 5 pkt 3) Projektu umowy: „zaprezentowanie wzorcowego roweru do akceptacji Jednostkę realizującą nie później niż 14 dni od daty zawarcia Umowy. Jednostka realizująca w terminie 3 dni od daty dostarczenia wzorcowego roweru dokona jego akceptacji lub zgłosi uwagi i zastrzeżenia. Akceptacji nie będzie podlegała część graficzna, którą należy uzgodnić z Jednostką realizującą w innym trybie [...]”. Jeśli część graficzna ma obejmować zmianę koloru ramy, kierownicy, obręczy, kosza i pozostałych elementów, to jest to niezwykle czasochłonna czynność. Należy wziąć pod uwagę, że każdy z dostawców stosuje typową dla siebie kolorystykę rowerów i akcesoriów. Sama zmiana koloru rowerów to ok. 3-4 tygodni (zakładając, że wykonawca je już posiada). Z doświadczenia wykonawcy wynika, że proces demontażu gotowego koła, oddania obręczy do malowania oraz złożenia kół w całość przy ilości 50 rowerów wynosi ponad 2 tygodnie;

45. Ponadto przed ustawieniem stacji rowerowych/totemu informacyjnego oraz stojaków na rowery wykonawca musi uzyskać następujące zgody (zgodnie z § 4 ust. 7 pkt 1 i 2) wzoru umowy):

- zgodę plastyka miejskiego;
- zgodę na zajęcie terenu;
- zgodę na zajęcie pasa drogowego, o ile stacja znajdować się będzie na pasie drogowym,



- ewentualnie także zgodę konserwatora zabytków.

Wszystkie powyższe zgody należy uzyskać przed uruchomieniem systemu rowerowego. Zgodnie art. 35 §3 i 3a KPA, organy odpowiedzialne za wydanie powyższych zgód/pozwoleń mają **30 dni na ich rozpatrzenie**. Co więcej, może zająć konieczność odwołania się od wydanej decyzji. **Należy ponadto podkreślić, że co oczywiste wykonawca nie może zakończyć procesu produkcji rowerów, stojaków rowerowych i totemów informacyjnych przed uzyskaniem wszelkich zgód.**

46. Reasumując, łącznie potrzebny jest następujący czas na dostarczenie systemu, którym można by zacząć zarządzać: 14 dni (przygotowanie projektów) + 3 dni (czas na akceptację Zamawiającego) + 30 dni (procedura administracyjna) + 30 dni (czas na realizację, w tym wyprodukowanie sprzętu po uzyskaniu wszelkich zgód) = 77 dni. Po dostarczeniu systemu powinien nastąpić rozruch testowy – dodatkowe 7 dni. Czyli razem 84 dni. Termin ten jest możliwy do dochowania jedynie przez wykonawcę, który był przygotowany do realizacji zamówienia przed jego wszczęciem. Zatem ustanowienie tak krótkiego terminu stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, bowiem wykonawca składając ofertę musi założyć konieczność zapłaty kar umownych z powodu niedotrzymania terminu realizacji zamówienia.
47. Niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, Zamawiający powinien **tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa**. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert.
48. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 353¹ i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem.
49. **Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia, tak, aby termin realizacji zamówienia w zakresie dostawy rowerów, stacji rowerowych i uruchomienia systemu w 2022r. był określony nie datą dzienną, lecz poprzez wskazanie liczby dni kalendarzowych na poziomie minimum 84 dni.**

VIII. Podsumowanie



50. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 1 poprzez zaniechanie jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wyjaśniono powyżej mają one fundamentalny wpływ na wycenę oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. **Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka.** Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015, KIO 897/15)
51. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem także art. 99 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie za pomocą cech, które nie są proporcjonalne dla celów zamówienia. Ustawa Pzp zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający powinien podczas dokonywania tego opisu wskazać tylko te jego cechy, które mają dla niego znaczenie kluczowe i istotnie są uzasadnione celem prowadzonego postępowania. Swoboda zamawiającego w precyzowaniu swoich wymagań ograniczona jest bowiem w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interesy Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej zaś nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć więc na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06).
52. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ustawodawca sankcjonuje samo już zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez zamawiającego, a co za tym idzie osłabia ciężar dowodowy, który obciążałby wykonawcę chcącego kwestionować z tego powodu czynności dokonane przez zamawiającego. Ponieważ art. 29 ust. 2 p.z.p. posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza to, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą



konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1630/12). Należy zauważyć, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp posługuje się tym samym sformułowaniem („mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”), co art. 29 ust. 2 ustawy Pzp 2004. W związku z powyższym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tego przepisu należy uznać za aktualne.

53. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ wymagania Zamawiającego preferują konkretnego producenta/wykonawcę oraz nie są obiektywnie uzasadnione. Powyższe uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty przez Odwołującego się i innych producentów/dostawców. Odwołujący się podkreśla, że preferujące konkretnego wykonawcę parametry nie mają funkcjonalnego uzasadnienia, a pozostawienie tych rozwiązań nie będzie miało wpływu na potrzebne Zamawiającemu wartości użytkowe przedmiotu zamówienia, natomiast jedynym ich skutkiem będzie ograniczenie konkurencji.
54. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony [...]. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2014 r. (V CSK 322/13) odwołanie do się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15).
55. Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, zamawiający powinien **tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa**. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. **Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę** (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05).



56. Zasadą stosowaną dotychczas w drodze analogii, a od wejścia w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. postulowaną w sposób bezpośredni w ramach przepisów ustawy Pzp, jest zasada proporcjonalności, kładąca nacisk na **adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia**. Zgodnie z tą zasadą, jeżeli cel regulacji można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2184/13) z zasady proporcjonalności wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a wynikającymi z niej ciężarami czy niedogodnościami. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. I-12169, gdzie wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

Zważywszy na opisane naruszenia wniesienie odwołania jest konieczne i uzasadnione.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo dla wraz z dowodem dokonania opłaty skarbowej
2. Odpis KRS
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania