

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **7 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **21 maja 2021 r.**

przez wykonawcę: **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja Systemu Roweru Metropolitalnego* (nr postępowania OMGGG/DK/01/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w pkt I i II uzasadnienia odwołania jako wniesionych po terminie.**
- 2. Umarza postępowanie w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów zawartych w pkt III, IV, V, VI i VIII uzasadnienia odwołania.**
- 3. Umarza jako bezprzedmiotowe postępowanie w zakresie zarzutu zawartego w pkt VII uzasadnienia odwołania.**
- 4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4365 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot z siedzibą w Gdańsku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja Systemu Roweru Metropolitalnego* (nr postępowania OMGGS/DK/01/2020). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 10 kwietnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_072 pod poz. 172095. Wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 maja 2021 r. Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie {dalej: „Nextbike” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 60e ust. 4 – przez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.
2. Art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez żądanie od wykonawców dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz określenia wymagań co do treści dokumentów w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i nieproporcjonalny.
3. Art. 29 ust. 1 – przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty.
4. Art. 29 ust. 2 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.
5. Art. 60e ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 16 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 – przez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję.

6. Art. 353¹ i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 459) {dalej: „kc”} w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 – przez 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.
7. Art. 7 ust. 1 – przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania zarzuty zostały nazwane, usystematyzowane i rozwinięte w pkt I-VIII, w tym zgłoszono w związku z poszczególnymi zarzutami następujące żądania:

- I. Termin składania ofert – zmiany terminu składania ofert na 21.11.2021 r.
- II. Żądanie zbędnych dokumentów – usunięcia wymagania, aby wraz z Koncepcją funkcjonowania Systemu Roweru Metropolitalnego SRM MEVO {dalej: „Koncepcja”} złożyć: 1) *szczegółową specyfikację nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganiem elektrycznym*, 2) *certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych – odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 - lub równoważne*, 3) *w ramach Koncepcji funkcjonowania wykonawca przekaże 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganiem elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów. Rowery winny być zgodne z warunkami opisu przedmiotu zamówienia odpowiednio art. 2 i 3 OPZ.*
- III. Niejednoznaczne wymagania w stosunku do dokumentów żądanych wraz z Koncepcją – doprecyzowania treści wymagań w stosunku do treści Koncepcji dzięki wskazaniu: 1) czy należy do Koncepcji załączyć „certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm” przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych czy same normy – a jeśli same normy, to nakazanie rezygnacji z żądania załączenia ich do Koncepcji, 2) czy Zamawiający wymaga, aby złożyć jednocześnie zarówno

„certyfikaty zgodności”, jak i „potwierdzenia spełniania określonych norm”, czy wystarczy złożenie tylko jednego z tych dokumentów, 3) wskazaniu, co należy rozumieć przez „potwierdzenie spełniania określonych norm”, wymagań w stosunku do treści tego dokumentu, przez kogo powinien być wystawiony, czy dokument ten może przybrać formę deklaracji zgodności wystawionej przez producenta lub dystrybutora.

- IV. Wynagrodzenie – zmian wzoru umowy oraz formularza cenowego polegających na:
- 1) precyzyjnym uregulowaniu sposobu i zasad płatności wynagrodzenia za uruchomienie SRM MEVO, w szczególności kiedy wykonawca będzie miał prawo do wystawienia faktury (faktur) z tytułu uruchomienia, co ma stanowić podstawę jej (ich) wystawienia, czy płatność będzie jednorazowa czy w ratach, a jeśli w ratach, to ilu i kiedy płatnych,
 - 2) uwzględnieniu w §14 ust. 5, że wykonawcy będzie przysługiwać wynagrodzenie ponad ryczałt także z tytułu „zmiany lokalizacji stacji postoju”, zgodnie z art. 15 OPZ, z tytułu nabycia elementów SRM MEVO, zgodnie z § 2 ust. 5 wzoru umowy,
 - 3) doprecyzowanie w formularzu cenowym, że podana w jego kolumnie „Liczba udostępnianych elementów SRM MEVO” cyfra „1” oznacza konieczność wyceny zbiorczo wszystkich stacji postoju wymagających remontu.
- V. Formularz cenowy – uzupełnienia sposobu obliczenia ceny ofertowej i zmiany treści formularza cenowego tak, aby w sposób precyzyjny wyjaśnić, co konkretnie należy wycenić we wszystkich pozycjach z grupy „A” – „uruchomienie systemu SRM MEVO”, w szczególności co ma podlegać wycenie w ramach „uruchomienia Systemu SRM MEVO” i „udostępnienia” poszczególnych elementów, czy wycenie ma podlegać także ta infrastruktura, którą przekazuje wykonawcy sam Zamawiający, oraz podanie liczby sztuk we wszystkich pozycjach, w których liczba ta nie zależy od woli wykonawcy.
- VI. Nabycie infrastruktury – 1) usunięcia § 2 ust. 5 wzoru umowy lub 2) zmiany § 2 ust. 5 wzoru umowy w następujący sposób: a) *Zamawiający ma prawo złożyć oświadczenie o chęci nabycia infrastruktury najpóźniej na 1 miesiąc przed upływem okresu, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy, b) negocjacje w sprawie warunków jej nabycia, w tym cenowe powinny zakończyć się w terminie 2 tygodni od złożenia oświadczenia o chęci nabycia jej nabycia. Jeśli strony nie dojdą do porozumienia w tym terminie, wówczas wykonawca może swobodnie nią rozporządzić, c) ceny nabycia infrastruktury dostarczonej w ramach opcji i dostarczone później niż zamówienie podstawowe będą ustalane w drodze negocjacji stron, przy czym cena jednostkowa za poszczególne elementy infrastruktury może przekraczać ceny wskazane przez wykonawcę w Formularzu cenowym załączonym do oferty, 3) uwzględnieniu w formularzu cenowym pozycji rozliczeniowych dla nabycia infrastruktury dla zamówienia podstawowego – jeśli Zamawiający chciałby zapewnić sobie limit cenowy nabycia tej infrastruktury.*

- VII. Uzgadnianie projektów – zmiany brzmienie § 4 ust. 4 i 5 wzoru umowy na następujące:
4. *W czasie nie dłuższym niż 15 dni od daty przekazania przez Wykonawcę projektów o których mowa w pkt 1 i 3 Zamawiający ma prawo wnieść uwagi do tych projektów, zgodnie z ust. 5.*
5. *Zamawiający będzie uprawniony do wniesienia uwag w zakresie wad dokumentacji, w zakresie niezgodności z wymogami wynikającymi z dokumentacji przetargowej, dotyczących dokumentacji określającej funkcjonowanie systemu, jego elementów, praw i obowiązków Klientów. W pozostałym zakresie Zamawiający może przedstawiać Wykonawcy niewiążące sugestie.*
- VIII. OPZ – 1) art. 3 lit. e) OPZ – nadanie mu brzmienia: *akumulator za technologii litowo-jonowej lub podobnej, o pojemności użytecznej minimum 600Wh, zabezpieczony w taki sposób, aby jego wymontowanie przez osoby postronne było utrudnione, np. poprzez zastosowanie zamka, 2) art. 3 lit. p) – usunięcia pierwszego zdania w brzmieniu: *poziom elektrycznego wspomaganie napędu winien w odczuwalny sposób wspomagać wysiłek rowerzysty i umożliwiać łatwą i przyjemną jazdę, a system efektywnie wspomagać, również podczas podjeżdżania pod wzniesienia*", 3) art. 3 lit. p) – precyzyjnego opisanie warunków, w których rower ma przejechać 100 km na jednym ładowaniu baterii (średniej prędkości, trybu jazdy i charakterystyki silnika – jazda spokojna, ciągła, lub częste hamowanie i przyspieszanie), wiatru (w którą stronę wieje), czyli oporów, które stwarza, co znacząco wpływa na ich wynik, wagi rowerzysty, wagi bagażu, obrotów rpm (ile razy w ciągu minuty obróci się pedałami), opon, nawierzchni, sezonu (lato, zima), warunków pogodowych, nawierzchni (rodzaj, równość) – jakie siły tarcia występują, przerzutki – jaki bieg, warunki terenowe – nachylenie powierzchni, rodzaj ramy, tryb jazdy – mieszany/ciągły itp., 4) art. 2 lit. a) OPZ – nadanie mu brzmienia: *rower ma być fabrycznie nowy, estetyczny, bez zadrapań, zacieków.**

W odpowiedzi na odwołanie z 22 czerwca 2021 r. Zamawiający w szczególności poinformował o dokonaniu 18 czerwca 2021 r. następujących zmian treści SIWZ w odniesieniu do postanowień objętych powyższymi zarzutami i żądaniami.

- 1) Zarzut naruszenia art. 60e ust. 4 pzp przez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty (zarzut opisany w pkt I uzasadnienia odwołania):
- a) w Formularzu Koncepcji funkcjonowania Systemu Roweru Metropolitalnego SRM MEVO – wykreślono fragment w brzmieniu: *b/ szczegółową specyfikację nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganie elektrycznym. e/ odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN*

ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 – lub równoważne. c/ w ramach koncepcji funkcjonowania przekazuję 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganiem elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem niezbędnymi do uruchomienia i ładowania rowerów. Rowery będą poddane badaniom potwierdzającym spełnienie warunków opisu przedmiotu zamówienia odpowiednio art. 2 i 3 OPZ. d/

b) rozdziałowi 12 ust. 21 SIWZ nadano brzmienie: *Koncepcja winna zawierać również: a/ wykaz podwykonawców z dokładnym zakresem wykonywanych czynności oraz zobowiązania do zawarcia umów na wskazany zakres podwykonawstwa – o ile są znani na etapie składania ofert – patrz Rozdział 4 siwz Informacja o podwykonawcach, ust. 1-6.;*

c) art. 2 lit. a) OPZ nadano brzmienie: *rower ma być fabrycznie nowy, bez zadrapań, zacieków;*

d) w rozdziale 8 ust. 1 SIWZ (odnoszącym się do oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp celem potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp) dodano pkt 3) o treści: *w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego: a/ szczegółową specyfikację nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganiem elektrycznym; b/ certyfikaty zgodności z wymaganymi normami przewidzianymi dla rowerów standardowych i elektrycznych – odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 – lub równoważne. c/ 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganiem elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem niezbędnymi do uruchomienia i ładowania rowerów (niezbędne urządzenia i oprogramowanie: w zakresie umożliwiającym weryfikację przekazanych rowerów w zakresie zgodności z warunkami opisu przedmiotu zamówienia). Rowery winny być zgodne z warunkami opisu przedmiotu zamówienia odpowiednio art. 2 i 3 OPZ. Dokonując weryfikacji w ww. zakresie, Zamawiający posłuży się opinią niezależnego biegłego rzeczoznawcy wyłonionego w odrębnej procedurze. Ww. rowery należy dostarczyć osobiście, kurierem, bądź za pośrednictwem Poczty Polskiej, do siedziby Zamawiającego.*

2) Zarzuty naruszenia art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp przez żądanie od wykonawców dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz określenia wymagań co do treści dokumentów w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i nieproporcjonalny (zarzuty opisane w pkt II i III odwołania)

e) § 4 ust. 1 (pkt 1) Umowy nadano brzmienie: *Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w formie papierowej i elektronicznej w formacie pdf projekty wizualne oznakowania rowerów, Stacji Postoju i Totemów Informacyjnych oraz projekty graficzne Serwisu Internetowego, Aplikacji w terminie do 45 dni od daty zawarcia Umowy*; f) § 4 ust. 4-6 (pkt 4-6) nadano brzmienie: *4. W czasie nie dłuższym niż 15 dni od daty przekazania przez Wykonawcę projektów o których mowa w pkt 1 i 3 Zamawiający ma prawo wnieść uwagi do tych projektów, zgodnie z pkt. 5. 5. Zamawiający będzie uprawniony do wniesienia uwag w zakresie wad projektów, w przypadku ich niezgodności z wymogami wynikającymi z dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego i Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, rowerami przedstawionymi przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, SIWZ (w tym OPZ), Umową, obowiązującymi przepisami bądź normami znajdującymi zastosowanie do Umowy, dotyczących dokumentacji określającej funkcjonowanie systemu, jego elementów, praw i obowiązków Klientów. 6. Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad oraz uwzględnienia uwag Zamawiającego, o których mowa jest w pkt 4 i 5 w terminie 15 dni od przekazania przez Zamawiającego uwag. Wykonawca może zawnioskować o wydłużenie terminu, w przypadku, gdy termin o którym mowa w zdaniu pierwszym jest obiektywnie niemożliwy do dochowania.*

3) Zarzut naruszenia art. 60e ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz pkt 16) pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, art. 29 ust. 1 i 2 pzp przez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję oraz zarzut naruszenia art. 353¹ i art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp przez 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 (zarzuty opisane w pkt IV uzasadnienia odwołania):

a) § 1 pkt 10 Umowy nadano brzmienie: *Okres rozliczeniowy – miesiąc kalendarzowy, po upływie którego Strony uprawnione są do podpisania protokołu odbioru, stanowiącego podstawę do wystawienia następnie przez Wykonawcę faktury na należną część wynagrodzenia z tytułu uruchomienia SRM MEVO oraz należną część*

wynagrodzenia za wykonane w tym miesiącu usługi w zakresie stanowiącego Przedmiot Umowy zarządzania i eksploatacji SRM MEVO, zgodnie z zasadami opisanymi szczegółowo w § 14 Umowy; za niepełny miesiąc kalendarzowy rozliczenie będzie następowało po zakończeniu tego miesiąca”;

b) § 14 ust. 3-8 Umowy nadano brzmienie: 3. Strony zastrzegają, iż pierwsza płatność z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy obejmującego uruchomienie, zarządzanie i eksploatację SRM MEVO nastąpi nie wcześniej niż po uruchomieniu całego SRM MEVO (Etap III), pod warunkiem podpisania przez obie Strony protokołu z wdrożenia Etapu III. 4. Wynagrodzenie określone w ust. 1. uwzględnia wszystkie koszty ponoszone przez Wykonawcę związane z realizacją Przedmiotu Umowy. Wykonawcy nie przysługuje żadna inna forma wynagrodzenia za wyjątkiem wynagrodzenia określonego w ust. 1, prawa do opłat dodatkowych, bonusu o którym mowa w § 11 ust. 1 oraz (w przypadku wystąpienia podstaw dla ich zastosowania) opłat za dokonaną zmianę lokalizacji Stacji Postoju i wynagrodzenia z tytułu nabycia elementów infrastruktury zgodnie z § 2 ust. 2. 5. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 będzie płatne w miesięcznych, równych częściach. Każda część będzie wynosiła 1/72 kwoty wynagrodzenia określonego w ust. 1. Pierwsza część zostanie wypłacona Wykonawcy zgodnie z § 14 ust. 3 po uruchomieniu całego SRM MEVO, pod warunkiem podpisania przez Strony protokołu z wdrożenia Etapu III, zaś kolejne części wypłacane będą Wykonawcy po każdym kolejnym Okresie rozliczeniowym, na podstawie wystawianych przez Wykonawcę faktur VAT. 6. W przypadku, gdy okres świadczenia usługi zarządzania i eksploatacji SRM MEVO przez Wykonawcę nie będzie obejmował pełnego miesiąca kalendarzowego, część wynagrodzenia płatnego Wykonawcy z tytułu uruchomienia, zarządzania i eksploatacji SRM MEVO po zakończeniu takiego miesiąca będzie obliczona proporcjonalnie do okresu świadczenia usługi zarządzania i eksploatacji w tym miesiącu. 7. Kolejne (poza pierwszą) części wynagrodzenia, o których mowa w ust. 5, należnego Wykonawcy z tytułu uruchomienia, zarządzania i eksploatacji SRM MEVO będą wypłacane po zakończeniu kolejnych okresów miesięcznych (Okresów rozliczeniowych) funkcjonowania całego SRM MEVO. 8. Podstawą stwierdzenia prawidłowości wystawionej przez Wykonawcę faktury na daną część wynagrodzenia z tytułu uruchomienia, zarządzania i eksploatacji SRM MEVO będzie podpisany przez Zamawiającego protokół, potwierdzający wykonanie usługi zarządzania i eksploatacji w danym miesiącu oraz zgodność faktury z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa (a w przypadku pierwszej części wynagrodzenia: protokół z wdrożenia Etapu III).

c) Zamawiający dokonał modyfikacji treści Formularza cenowego.

- 4) Zarzut naruszenia art. 60e ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 16 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, art. 29 ust. 1 i 2 pzp przez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję (zarzut opisany w pkt V uzasadnienia odwołania) – modyfikacja treści Formularza cenowego w sposób usuwający wszelkie, nawet ewentualne, wątpliwości czy zastrzeżenia Odwołującego.
- 5) Zarzut naruszenia art. 353¹ i art. 5 kc w związku z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp przez 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 (zarzut opisany w pkt VI uzasadnienia odwołania) – a) § 2 ust. 5 Umowy nadano brzmienie: *Strony wskazują, iż Zamawiający, po upływie okresu, o który mowa w § 2 ust. 1 Umowy, uprawniony będzie do nabycia od Wykonawcy tej części infrastruktury związanej z SRM MEVO (w szczególności Stacji Postoju, Stojaków i Totemów Informacyjnych), która stanowi własność Wykonawcy, na następujących zasadach: a) Zamawiający ma prawo kupić określoną przez siebie część infrastruktury. b) Wykonawca zwolniony będzie z obowiązku demontażu zakupionej infrastruktury (lub jej części) w takim zakresie, w jakim Zamawiający skorzysta z prawa do nabycia. c) Zamawiający będzie uprawniony do złożenia oświadczenia o chęci nabycia infrastruktury związanej z SRM MEVO najpóźniej na 1 miesiąc przed upływem okresu, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy; d) Po złożeniu przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w lit. c), Strony podejmą negocjacje w przedmiocie warunków nabycia infrastruktury, przy czym cena jednostkowa za poszczególne elementy infrastruktury nie przekroczy aktualnych na dzień nabycia cen rynkowych za takie elementy. Negocjacje powinny zakończyć się w terminie 2 tygodni od złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w lit. c). Jeśli Strony nie dojdą do porozumienia w przedmiocie nabycia infrastruktury przez Zamawiającego w tym terminie, wówczas Wykonawca może swobodnie nią rozporządzić. e) f) W przypadku dokonania przez Zamawiającego zakupu infrastruktury zgodnie z postanowieniami niniejszego ustępu, Wykonawca udzieli Zamawiającemu 1-letniej rękojmi na zakupione elementy infrastruktury liczonej od daty dokonania nabycia* b) Zamawiający dokonał modyfikacji treści Formularza cenowego.
- 6) Zarzut naruszenia art. 353¹ i art. 5 kc w związku z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp przez 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 (zarzut opisany w pkt VII uzasadnienia odwołania) – § 4 ust. 4-6 (pkt 4-6) nadano brzmienie: *4. W czasie nie dłuższym niż 15 dni od daty przekazania przez Wykonawcę projektów o których mowa w pkt 1 i 3 Zamawiający ma prawo wnieść uwagi do tych projektów, zgodnie z pkt. 5. 5. Zamawiający będzie uprawniony do wniesienia uwag w zakresie wad projektów, w przypadku ich niezgodności z wymogami wynikającymi z dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego i Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, rowerami przedstawionymi przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, SIWZ (w tym OPZ), Umową, obowiązującymi przepisami bądź normami znajdującymi zastosowanie do Umowy, dotyczących dokumentacji określającej funkcjonowanie systemu, jego elementów, praw i obowiązków Klientów. 6. Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad oraz uwzględnienia uwag Zamawiającego, o których mowa jest w pkt 4 i 5 w terminie 15 dni od przekazania przez Zamawiającego uwag. Wykonawca może zawnioskować o wydłużenie terminu, w przypadku, gdy termin o którym mowa w zdaniu pierwszym jest obiektywnie niemożliwy do dochowania.*

- 7) Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiającą dokonanie wyceny przedmiotu oferty oraz zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut opisany w pkt VIII uzasadnienia odwołania):
- a) art. 2 lit. a) Umowy nadano brzmienie: *rower ma być fabrycznie nowy, bez zadrapań, zacieków;*
 - b) art. 3 lit. e) OPZ nadano brzmienie: *akumulator w technologii litowo-jonowej lub podobnej, o pojemności użytecznej minimum 600Wh, zabezpieczony w taki sposób, aby jego wymontowanie przez osoby postronne było utrudnione, np. poprzez zastosowanie zamka;*
 - c) wykreślono art. 3 lit. p) OPZ.

Na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący oświadczył, co następuje.

Po pierwsze, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutów III-VIII za uwzględnione przez Zamawiającego, więc nie ma w tym zakresie sporu.

Po drugie, że podtrzymuje I i II zarzut, gdyż pomimo dokonanych zmian SIWZ termin złożenia oferty nadal jest zbyt krótki w kontekście podtrzymanego wymagania co do pojemności baterii, a także pomimo zmiany polegającej na odstąpieniu od złożenia wraz z ofertą w ramach koncepcji próbki rowerów i zamiast tego uczynienia z tej próbki dokumentu żądanego na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż nadal oznacza to, że wykonawca musi dysponować egzemplarzami rowerów *de facto* na upływ terminu składania ofert, nie wie bowiem, jak długo Zamawiający będzie badał oferty, a także z uwagi na art. 26 ust. 2f pzp, który uprawnia Zamawiającego do żądania dokumentów na każdym etapie postępowania.

Natomiast Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, gdyż podtrzymane zarzuty dotyczą postanowień opisu przedmiotu zamówienia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które były zawarte już w pierwotnej wersji dokumentacji, przy czym Odwołujący w poprzednim odwołaniu rozpoznawanym w sprawie pod sygn. akt KIO 388/21 nie podniósł zarzutów, że termin składania ofert jest zbyt krótki z uwagi na wymagania dot. rowerów m.in. w zakresie pojemności baterii, a także nie kwestionował jako takiego wymogu przedstawienia w ramach badania oferty egzemplarzy rowerów, które będą później eksploatowane w ramach realizacji zamówienia.

Niezależnie do tego Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie skorzystał z uprawnienia do wniesienia odwołania od zmian SIWZ dokonanych 18 czerwca 2021 r. po wniesieniu odwołania w aktualnie rozpoznawanej sprawie.

W związku z powyższym Zamawiając wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 npzp.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Wraz z zaproszeniem do składania ofert {dalej również: „zaproszenie”} Zamawiający przekazywał wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”}, w tym min. opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} jako załącznik nr 6 do SIWZ.

W pierwotnym zaproszeniu do składania ofert z 26 stycznia 2021 r. Zamawiający określił termin składania ofert na 2 marca 2021 r. Z kolei w zaproszeniu z 11 maja 2021 r. Zamawiający określił termin składania ofert na 25 maja 2021 r., aby 20 maja 2021 r. –

jeszcze przed wniesieniem odwołania – przesunąć go na 8 czerwca 2021 r., a następnie – już po wniesieniu odwołania – na 19 lipca 2021 r.

Wymaganie przedmiotowe, aby rower z napędem wspomaganym elektrycznie był wyposażony w akumulator o użytecznej pojemności minimum 600 Wh było już zawarte w pierwotnym brzmieniu OPZ i nie uległo zmianie.

Już SIWZ przesłana wraz z zaproszeniem z 26 stycznia 2021 r. przewidywała złożenie jako wymaganych elementów treści oferty m.in. a) wykazu podwykonawców z dokładnym zakresem wykonywanych czynności oraz zobowiązania do zawarcia umów na wskazany zakres podwykonawstwa, b) szczegółowej specyfikację nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganie elektrycznym, c) certyfikatów zgodności, potwierdzeń spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych, d) przekazania w ramach koncepcji funkcjonowania systemu dwóch rowerów standardowych oraz dwóch rowerów ze wspomaganie elektrycznym (wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów) spełniających parametry OPZ.

Jednocześnie już wzór umowy załączony do SIWZ przesłanej wraz z zaproszeniem z 26 stycznia 2021 r. przewidywał obowiązek uzgadniania z Zamawiającym projektów wizualnych m.in. rowerów (w § 9 ust. 9 lit. a) oraz uprawnienie Zamawiającego do wnoszenia wiążących uwag nie tylko odnośnie tych projektów czy wad dokumentacji, ale i ostatecznego kształtu SRM MEVO jako takiego (w § 4 ust. 4 i 5), a wykonawcę zamówienia zobowiązywał do uwzględnienia wszystkich uwag i zastrzeżeń Zamawiającego (w § 4 ust. 6), czyli zawierał postanowienia umowne, o których mowa w obecnym odwołaniu.

Zarzut nr I z uzasadnienia obecnego odwołania sprowadza się do zakwestionowania 4-tygodniowego terminu składania ofert jako zbyt krótkiego z uwagi na innowacyjność przedmiotu zamówienia, wyrażającej się m.in. w powyższym wymaganiu odnośnie użytecznej pojemności akumulatora, w sytuacji formalnego wymagania złożenia wraz z ofertą egzemplarzy rowerów z takim akumulatorem, których zaprojektowanie i wyprodukowanie ma zajmować co najmniej pół roku.

Przy czym zaznaczyć należy, że drugi aspekt innowacyjności, na którym oparty był zarzut nr I, tj. wymaganie, aby rowery nie posiadały widocznych łączeń lub spawów, na chwilę orzekania nie mógł już stanowić podstawy zarzutu, gdyż wymaganie to zostało przez Zamawiającego usunięte jako jedna ze zmian SIWZ z 18 czerwca 2021 r.

Ponadto z treści uzasadnienia odwołania wynika, że każdy z tych aspektów innowacyjności przedmiotu zamówienia jest koniecznym, ale i wystarczającym powodem do żądania przedłużenia terminu składania ofert do 28 listopada 2021 r.

Zarzut nr II obecnego odwołania sprowadza się do zakwestionowania wymagania formalnego złożenia wraz z ofertą dokumentów i egzemplarzy rowerów wyszczególnionych w lit. od b) do d) powyżej jako nieuzasadnionego w sytuacji, gdy Zamawiający zastrzegł dla siebie na etapie wykonywania umowy w szerokim zakresie uprawnienie do wiążącego określenia zmian do projektów rowerów zaproponowanych przez wykonawcę.

Poprzednie odwołanie, wniesione 5 lutego 2021 r. wobec SIWZ przesłanej wraz z zaproszeniem z 26 stycznia 2021 r., nie zawierało ani zarzutu wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania ofert, ani zarzutu nadmierności wymagania złożenia wraz z koncepcją egzemplarzy rowerów elektrycznych (odnośnie treści koncepcji zakwestionowano jedynie wymaganie sprecyzowania wszystkich danych odnośnie podwykonawców z lit. a powyżej), pomimo że od początku dla tych ostatnich w OPZ określono parametr użytecznej pojemności akumulatora wynoszącej co najmniej 600 Wh, a wzór umowy już wówczas przewidywał w szerokim zakresie wpływ Zamawiającego na ostateczny kształt systemu po zawarciu umowy w sprawie tego zamówienia.

Reasumując, Izba ustaliła, że choć istotne okoliczności, które legły u podstaw zarzutów nr I i II obecnego odwołania, występowały już przed wniesieniem poprzedniego odwołania, nie zostały wówczas podniesione.

Odwołujący oświadczył na rozprawie do protokołu po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutów nr III-VIII za uwzględnione przez Zamawiającego, gdyż nie ma tym zakresie już przedmiotu sporu.

W odniesieniu do zarzutów nr III, IV, V, VI i VIII z uzasadnienia odwołania Izba ustaliła, że zmiany zacytowane powyżej za odpowiedzią na odwołania stanowią *de facto* uczynienie zadość żądaniom skorelowanym z tymi zarzutami w odwołaniu (również przytoczonymi powyżej).

Wyjątkiem jest tu zarzut nr VII z uzasadnienia odwołania, gdzie wobec pewnych różnic redakcyjnych pomiędzy brzmieniem wnioskowanym w odwołaniu a opisanym w odpowiedzi na odwołanie, Izba ustaliła z ostrożności, że spór w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z

dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Oдноśnie zarzutów nr I i II z uzasadnienia odwołania wskazać należy, że art. 528 pkt 3 npzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w tej ustawie. Przy czym zgodnie z art. 515 ust. 2 npzp pkt 1 odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się z terminie 10 dni od ich zamieszczenia na stronie internetowej. Z kolei według art. 515 ust. 3 pkt 1 npzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jednocześnie z art. 529 npzp wynika, że Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym (ust. 1), z tym że, jeżeli uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w tym posiedzeniu strony (ust. 2).

Wreszcie art. 530 stanowi, że w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę. *A conatratio*, jeżeli zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, sprawa powinna zostać zakończona bez przeprowadzania rozprawy, czyli właśnie na posiedzeniu niejawnym.

Izba stwierdziła, że w ustalonych powyżej okolicznościach okoliczności objęte zarzutami nr I i II z uzasadnienia odwołania mogły i powinny zostać podniesione już w poprzednim odwołaniu, w terminie 10 dni od udostępnienia przez Zamawiającego na właściwej dla tego postępowania stronie internetowej SIWZ wraz z załącznikami.

W konsekwencji podniesienie tych okoliczności – o których istnieniu Odwołujący powziął lub przy dołożeniu należytej staranności mógł powziąć począwszy od 26 stycznia 2021 r. – dopiero w odwołaniu wniesionym 21 maja 2021 r. jest spóźnione, a wobec tego odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu.

Oдноśnie zarzutów nr III, IV, V, VI i VIII z uzasadnienia odwołania przywołać należy art. 522 ust. 4 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.

Skoro Zamawiający dokonał już zmian zgodnych z żądaniami odwołania zgłoszonymi w związku z powyższymi zarzutami, postępowanie odwoławcze w tym zakresie należało umorzyć.

Wreszcie odnośnie zarzutu nr VII z uzasadnienia odwołania zastosowanie znajduje art. 568 pkt 2 npzp, z którego wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w razie stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne.

Skoro Zamawiający zmienił już zaskarżone postanowienia, choć nie w sposób w pełni odpowiadający żądaniu zawartemu w odwołaniu, ale w pełni satysfakcjonujący Odwołującego, który nie wycofał jednak w tym zakresie zarzutu, należy uznać, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe czyli zbędne.

Z uwagi na powyższe Izba działając na podstawie art. 553 zd. 2 npzp w zw. z:

- art. 529 ust. 1 i 2 npzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji
- art. 568 pkt 3 i 2 npzp – orzekła, jak w pkt 2. i 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, jak w pkt 3. sentencji, na podstawie art. 557 npzp w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając tymi kosztami, na które złożyły się: wpis (na zasadzie § 5 pkt 1 tego rozporządzenia) oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na podstawie złożonego rachunku, z ograniczeniem tych pierwszych do kwoty 3600 zł (na zasadzie § 5 pkt 2 lit. a oraz b tego rozporządzenia).