

Sygn. akt: KIO 80/23

WYROK

z dnia 31 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 23 i 27 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów**, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych Eservice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH, **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna** z siedzibą lidera w Warszawie, ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **PayPro Spółka Akcyjna** z siedzibą w Poznaniu, ul. Pastelowa 8 60-198 Poznań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów numer: 1, 4b, 4e, 4g, 4h, 4j, 4k, 4l, 4m, 4n, 4o, 4p, 4q, 4r, 4s, 4u, 4v, 4w, 4y, 4aa, 4cc, 4hh, 4ii, 4jj, 4kk oraz 5a, 5b,5d;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża **PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Minister Finansów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Realizacja całodobowej obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych.” – numer referencyjny: R/088/22/DPO/G/245. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 28 grudnia 2022 r., ogłoszenie nr 2022/S 250-730271. Specyfikacja warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

Z zachowaniem terminu wykonawca PolCam Systems sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący” lub „PolCam”) wniósł odwołanie wobec treści SWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 138 ust. 1, 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez skrócenie terminu składania ofert pierwotnie do 18 dni, a następnie po dwukrotnym jego wydłużeniu do 27 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, podczas gdy wstępne ogłoszenie informacyjne, które jest podstawą skrócenia terminu składania ofert nie zawierało wszystkich informacji wymaganych dla ogłoszenia o zamówieniu, co obligowało Zamawiającego do ustanowienia co najmniej 30dniowego terminu składania ofert;
- 2) art. 240 ust. 2 w zw. z art. 246 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, które dodatkowo narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców:
 - co w sposób nieuzasadniony uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę zamówienia publicznego, który wykonał już na rzecz Zamawiającego część usług stanowiących przedmiot Zamówienia i jednocześnie dyskryminuje wszystkich innych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem Zamówienia, podczas gdy kryteria oceny ofert nie powinny mieć charakteru dyskryminującego i nie powinny w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać określonych grup wykonawców kosztem innych wykonawców;
 - co, poprzez różne zakresy świadczeń, do których spełnienia zobowiązany będzie dotychczasowy wykonawca oraz inni wykonawcy, uniemożliwia przeprowadzenie weryfikacji i porównania cen i poziomu wykonania przedmiotu zamówienia oferowanego

przez wykonawców podczas gdy kryteria oceny ofert powinny zapewniać porównywalność ofert;

- nie określając jednocześnie wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia podczas gdy jest to niezbędne do ustanowienia ceny jedynym kryterium oceny ofert;
 - co w połączeniu z brzmieniem SWZ sprawia, że kryterium oceny ofert nie ma związku z przedmiotem zamówienia i dotyczy właściwości wykonawcy.
- 3) (ewentualny do zarzutu nr 2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez postanowienie, że dotychczasowy wykonawca zamówienia na obsługę płatności bezgotówkowych nie będzie świadczył usługi wdrożenia usług (w tym wykonania projektu technicznego), w związku z czym nie jest zobowiązany do wyceny tej części świadczenia, a ponadto będzie świadczył usługi na podstawie infrastruktury przygotowanej w ramach poprzedniej umowy na obsługę płatności bezgotówkowych, co utrudnia pozostałym wykonawcom uzyskanie Zamówienia;
- 4) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez sporządzenie nieprecyzyjnego, niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (w sposób wskazany w treści uzasadnienia), co utrudnia, a nawet uniemożliwia wykonawcom przygotowanie rzetelnie skalkulowanej oferty uwzględniającej pełen zakres świadczeń wymaganych przez Zamawiającego;
- 5) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny (dalej jak: KC) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i naruszający równowagę ekonomiczną stron stosunku zobowiązaniowego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o rozpatrzenie odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – wydłużenia terminu składania ofert do minimum 30 dni od przesłania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej;
- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – przypisania kryterium cenowemu punktacji o wadze maksymalnej 60% całkowitej oceny oferty i wprowadzeniu dodatkowego, pozacenowego kryterium oceny ofert oraz zmiany kryterium cenowego poprzez wyłączenie z jego zakresu ceny za świadczenia opisane w uzasadnieniu odwołania, które zostały już wykonane przez dotychczasowego wykonawcę, tak aby cenowemu kryterium oceny ofert

podlegała wyłącznie prowizyjna część wynagrodzenia wykonawcy należna z tytułu obsługi płatności bezgotówkowych;

- 3) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2, a uwzględnienia zarzutu nr 3 – usunięcia ust. 1.4 wzoru umowy, zgodnie z którym dotychczasowy wykonawca usług objętych postępowaniem nie jest zobowiązany do wykonania projektu technicznego ani wdrożenia usług oraz odpowiadających im postanowieniom pkt 15.2.1 SWZ oraz lit. A załącznika nr 3 do SWZ (formularza cenowego);
- 4) w zakresie zarzutu nr 4 i 5 – wprowadzenia zmian wnioskowanych w treści uzasadnienia odwołania.

W opisie stanu faktycznego Odwołujący podał, że 26 lipca 2022 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Realizacja całodobowej obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych”, znak: R/045/22/DPO/G/245. W postępowaniu wpłynęły oferty od dwóch wykonawców: konsorcjum w składzie: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService sp. z o.o. (lider konsorcjum), Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. (członek konsorcjum) oraz „TECS” Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH (członek konsorcjum), dalej jako: „konsorcjum eService” lub „eService”; Odwołującego. W dniu 26 września 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez konsorcjum eService. Odwołujący nie zgodził się z czynnością podjętą przez Zamawiającego, w związku z czym wniósł odwołanie od wyboru oferty najkorzystniejszej, m.in. z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum eService z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Konsorcjum eService, wbrew wyraźnym postanowieniom SWZ, wyceniło część usług wykonywanych na rzecz Zamawiającego na kwotę 0 zł, podczas gdy Zamawiający wskazał wprost w treści SWZ, że żadna pozycja formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty nie może zostać wyceniona na 0 zł. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 października 2022 r. sygn. KIO 2636/22 uwzględniła zarzut dotyczący niezgodności oferty eService z warunkami zamówienia i nakazała odrzucić ofertę. W związku z informacjami na temat warunków realizacji zamówienia prezentowanymi na rozprawie przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 2636/22, Odwołujący powziął wątpliwości co do warunków realizacji zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp złożył do Zamawiającego wniosek o zwrot wniesionego wadium, do czego Zamawiający się przychylił. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił z postępowania również ofertę Odwołującego, a w rezultacie – z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – unieważnił postępowanie. W związku z unieważnieniem postępowania, Zamawiający 28 grudnia 2022 r. wszczął kolejne postępowanie, dokonując istotnych zmian w

treści dokumentacji zamówienia, utrudniających Odwołującemu złożenie oferty i prowadzących do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego stanowią kanwę odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 Odwołujący m.in. podał, że Zamawiający w dniu 23 grudnia 2022 r. przesłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o Zamówieniu i pierwotnie wyznaczył termin składania ofert na dzień 10 stycznia 2023 r., godz. 12:00. W dniu 29 grudnia 2022 r. wprowadził zmiany w treści SWZ i zmienił termin składania ofert na dzień 13 stycznia 2023 r., godz. 12:00. Następnie, w dniu 4 stycznia 2022 r. ponownie przesunął termin składania ofert na dzień 19 stycznia 2023 r. Z powyższego wynika, że termin składania ofert pierwotnie wynosił 18 dni, a następnie, po dwukrotnym przedłużeniu, dokładnie 27 dni. Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu, skrócenie terminu składania ofert wynika z faktu opublikowania przez Zamawiającego wstępnego ogłoszenia informacyjnego. 20 maja 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane wstępne ogłoszenie informacyjne nr 2022/S 098-269878, które dotyczyło m.in. planowanego nabycia usług objętych postępowaniem. Jak wynika z nagłówka ogłoszenia, jest ono wyłącznie wstępnym ogłoszeniem informacyjnym (a nie innym rodzajem ogłoszenia informacyjnego, jak np. ogłoszeniem mającym na celu skrócenie terminu składania ofert). Zakres informacji na temat Zamówienia zawarty w ogłoszeniu nie pozwalał Zamawiającemu na skorzystanie z art. 138 ust. 2 pkt 1 Pzp i skrócenie terminu składania ofert w stosunku do podstawowego terminu przewidzianego przez art. 138 ust. 1 Pzp. W związku z tym powinien zostać wyznaczony co najmniej 30-dniowy termin na składanie ofert, zgodnie z treścią art. 138 ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 dotyczącego zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 16.1 SWZ cena stanowi wyłączone kryterium oceny ofert, przywołał przepisy art. 240 ust. 1 i 2 Pzp oraz stwierdził, że sposób, w jaki Zamawiający ukształtował zasady postępowania, wyklucza możliwość weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia i premiuje dotychczasowego wykonawcę usług objętych postępowaniem. Aktualnym wykonawcą usługi objętej postępowaniem jest konsorcjum eService, które świadczy usługi na podstawie umowy nr 42/2020, zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa płatności bezgotówkowych, ich autoryzacja oraz rozliczanie transakcji przy użyciu Kart Płatniczych i Kart Flotowych w Elektronicznym Systemie Poboru Opłat” wszczętego 23 grudnia 2019 r., znak postępowania: BDG.ZPB.230.79.2019 (dalej jako: „pierwsze postępowanie”). Zanim jednak doszło do udzielenia zamówienia na rzecz konsorcjum eService, Zamawiający w 2019 r. starał się dwukrotnie udzielić zamówienia na obsługę płatności bezgotówkowych,

dwukrotnie nieskutecznie z uwagi, iż cena najkorzystniejszej (i jedynej) oferty złożonej przez eService przekraczała środki przeznaczone przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Powyższa okoliczność zdaniem Odwołującego dowodzi, że do czasu złożenia oferty przez niego, eService nie posiadał realnej konkurencji. W dniu 26 lipca 2022 r., w związku ze zbliżającym się końcem realizacji umowy nr 42/2020, Zamawiający wszczął kolejne postępowanie pn. „Realizacja całodobowej obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych”, znak: R/045/22/DPO/G/245 (dalej jako: „drugie postępowanie”). Zakres świadczeń, do których zobowiązany był wykonawca wyłoniony w ramach drugiego postępowania, był identyczny jak w ramach pierwszego postępowania. Wykonawca musiał wykonać projekt techniczny, dostarczyć terminale płatnicze i zintegrować je ze systemami Zamawiającego, a następnie rozpocząć obsługę płatności bezgotówkowych. Wynagrodzenie wykonawcy (podobnie jak miało to miejsce w pierwszym postępowaniu) składało się z dwóch składników: wynagrodzenia jednorazowego (za wykonanie projektu technicznego oraz wdrożenie usług), wynagrodzenia prowizyjnego (za obsługę płatności bezgotówkowych – jego wysokość była uzależniona od wartości dokonywanych transakcji; stawki prowizyjne wyrażone w wartościach procentowych podawał w formularzu ofertowym wykonawca). Powyższe składniki wynagrodzenia należało ująć w formularzu cenowym stanowiącym istotną część formularza ofertowego. W treści SWZ dla drugiego postępowania Zamawiający zastrzegł, że żadna z pozycji formularza cenowego nie może przyjąć wartości „0”, tj. wykonawcy w ramach wynagrodzenia jednorazowego nie mogli przewidzieć wynagrodzenia w kwocie 0 zł, a w ramach wynagrodzenia prowizyjnego nie mogli przewidzieć stawki 0% prowizji. W drugim postępowaniu swoją ofertę złożył Odwołujący. Zamawiający wybrał ofertę konsorcjum eService, gdyż zawierała ona najniższą cenę. Oferta konsorcjum eService, wbrew postanowieniom SWZ, w ramach wynagrodzenia jednorazowego przewidywała wartość „0 zł”. PolCam zakwestionował wybór oferty konsorcjum eService. W odwołaniu od wyboru oferty najkorzystniejszej PolCam m.in. zarzucił niezgodność oferty eService z warunkami zamówienia (oferta przewidywała wynagrodzenie w kwocie 0 zł za projekt techniczny i wdrożenie usług wbrew wyraźnemu postanowieniu w SWZ, iż taka wycena nie jest dopuszczalna) oraz obarczenie oferty eService ceną rażąco niską. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 20 października 2022 r. uwzględniła powyższe zarzuty i uznała, że eService zaoferował cenę rażąco niską. Jak wyjaśniła KIO: „W ocenie składu orzekającego, Przystępujący nie sprostął obowiązkowi z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Z przedstawionych wyjaśnień nie sposób wywieść, aby rzeczywiście nie ponosił żadnych kosztów związanych z usługą wdrożenia. [...] Na podstawie zaprezentowanych wyjaśnień w żaden sposób nie można wywieść, że Przystępujący nie będzie ponosił żadnych kosztów związanych z wdrożeniem usługi, tym bardziej, że nawet sam w pkt 5.11 pisma procesowego

przyznaje, że wycena pozycji na poziomie 0 zł nie jest wyceną poniżej kosztów, bowiem z punktu widzenia Przystępującego mają one charakter pomijalny”. W postępowaniu będącym kanwą niniejszego odwołania Zamawiający całkowicie – w sposób naruszający uczciwą konkurencję, co będzie przedmiotem kolejnego zarzutu – przemodelował zasady świadczenia usługi i przygotowania oferty. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego ust. 1.4 o następującym brzmieniu:

„W przypadku gdy Wykonawcą jest podmiot który dotychczas świadczył na rzecz Zamawiającego usługi płatnicze tzn. wykonawca który zawarł z Zamawiającym umowę o świadczenie usług płatniczych nr 42/2020 to Strony uzgadniają co następuję:

1.4.1. Wykonawca nie będzie realizował Wdrożenia Usług (w celu uniknięcia wątpliwości Wykonawca nie będzie również wykonywał Projektu Technicznego) i nie będzie mu przysługiwało jakiegokolwiek wynagrodzenie z tytułu Wdrożenia Usług;

1.4.2. Wykonawca będzie świadczył Usługi zgodnie z OPZ wykorzystując infrastrukturę, w tym Infrastrukturę MOK, wdrożoną w ramach umowy o świadczenie usług płatniczych nr 42/2020;

1.4.3. Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług zgodnie z OPZ w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, przy czym Zamawiający wyznaczy ten termin na dzień przypadający nie później niż 60 dni od dnia zawarcia Umowy. Oświadczenie Zamawiającego wyznaczające termin rozpoczęcia świadczenia Usług wymaga zachowania pod rygorem nieważności formy elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku o którym mowa w niniejszym ustępie termin wyznaczony przez Zamawiającego jest uważany za Gwarantowany Termin Rozpoczęcia Produkcyjnego Świadczenia Usług, o którym mowa w § 2 ust. 2.9 Umowy.”

Z przytoczonymi powyżej postanowieniami umownymi skorelowane są postanowienia 15.2.1 SWZ dotyczące sposobu obliczania ceny: *„Wykonawca wypełniając pozycję Formularza cenowego dotyczącą Wdrożenia Usług powinien wziąć pod uwagę w szczególności zapis § 1 ust. 1.4 Projektowanych postanowień umowy i w przypadku, gdy zapis ten ma zastosowanie w sytuacji Wykonawcy, pozostawić pole nie wypełnione lub wypełnione cyfrą 0 (zero), a w przypadku gdy zapis ten nie ma zastosowania (w sytuacji Wykonawcy), wycenić Wdrożenie Usług wypełniając cyfrą wyższą niż 0 (zero)”. Dotychczas świadczący usługę wykonawca – konsorcjum eService – w odróżnieniu od jakiegokolwiek innego wykonawcy zainteresowanego postępowaniem, nie musi: wycenić i wykonać Projekt Techniczny, wycenić i przeprowadzić Wdrożenie Usług, wycenić i dostarczyć terminale płatnicze POS. Odwołujący przedstawił w ujęciu tabelarycznym porównanie zakresu głównych świadczeń, do których zobowiązani byli, mogli być lub będą wykonawcy realizujący usługę na rzecz*

Zamawiającego w ramach pierwszego postępowania (z 2020 r., zakończonego zawarciem umowy nr 42/2020), drugiego postępowania (zakończonego unieważnieniem) i trzeciego oraz stwierdził, że z uwagi na przytoczoną powyżej treść SWZ, konsorcjum eService od początku postępowania uzyskuje, bez wystąpienia jakichkolwiek okoliczności uzasadniających taki stan rzeczy, przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Konsorcjum eService nie będzie zobligowane do wyceny wielu czynności składających się na całość świadczenia wykonawcy (podczas gdy inni wykonawcy będą do tego zobowiązani). Dzięki temu eService będzie mogło zaoferować niższą cenę niż pozostali wykonawcy, zdobyć przewagę w kryteriach oceny ofert i uzyskać zamówienie – i już tylko w tym objawia się dyskryminacyjny charakter kryterium oceny ofert, które ustanowił Zamawiający. Może to doprowadzić do sytuacji, w której eService zdecyduje się na zaoferowanie wyższych stawek prowizji za obsługę płatności (które podlegają ocenie w kontekście kryteriów oceny ofert niezależnie, czy oferta pochodzi od eService, czy od innego wykonawcy). Z drugiej strony, może to spowodować, że wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia, w celu wyrównania szans na uzyskanie zamówienia z szansami konsorcjum eService, doprowadzą do obniżenia kosztów ponoszonych w ramach wdrożenia usług (objętych jednorazowym wynagrodzeniem, a podlegających ocenie wyłącznie w odniesieniu do ofert innych niż konsorcjum eService) i w efekcie, do obniżenia jakości świadczonych usług. Powyższe stoi w sprzeczności z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych i wprost świadczy o braku porównywalności ofert, jakie mogą zostać złożone w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego nie istnieją jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające ukształtowanie SWZ w powyższy sposób. Przeciwnie, istnieją okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający nie ma podstaw do nakazywania konsorcjum eService świadczenia usługi na infrastrukturze wykonanej w ramach umowy 42/2020 i niewycenienia tej części świadczenia. Postanowienia SWZ rozpatrywane w kontekście kryterium oceny ofert prowadzą do wniosku, że Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert, które nie zapewnia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz prowadzi do preferencji konsorcjum eService. Tymczasem, jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, kryteria oceny ofert muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą swobody świadczenia usług i z zasadą niedyskryminacji. Ponadto, przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców. Odwołujący przywołał przepis art. 246 ust. 1 Pzp i stwierdził, że Zamawiający w sposób nieuprawniony ustanowił cenę jedynym kryterium oceny ofert, ponieważ nie zdołał opisać wymagań jakościowych odnoszących się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niepełny i nieprecyzyjny i

uniemożliwia wykonawcom przeprowadzenie prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Na pierwszy plan wysuwa się w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia dotyczący części usług wdrożeniowych, a dokładnie zasad dostawy terminali płatniczych. Zamawiający usunął z opisu przedmiotu zamówienia postanowienia dotyczące terminali. Takie postanowienia pojawiały się w czterech poprzednich postępowaniach na nabycie usługi. W związku z tym m.in. nie wiadomo, ile terminali i gdzie należy je dostarczyć, jakie funkcje mają zapewniać, jakie wymagania mają spełniać i czy Zamawiający oczekuje od wykonawców przeszkolenia obsługi w zakresie korzystania z terminali. Odwołujący przywołał przepisy z art. 241 ust. 1 i 3 Pzp i stwierdził, że całokształt przytoczonych powyżej postanowień SWZ sprawia, że kryterium pozornie dotyczące przedmiotu zamówienia – ceny – odnosi się nie tyle co do cech świadczenia wykonawcy, co do sytuacji faktycznej, w której Zamawiający ulokował wyłącznie konsorcjum eService. Tylko ten wykonawca nie musi wykonywać określonej części Zamówienia i jest w sytuacji, w której ocena oferty w ramach ustanowionych kryteriów będzie prowadzić do uzyskania przewagi nad konkurencją, niezależnie od treści tej oferty. Zdaniem Odwołującego Zamawiający może naprawić uchybienia objęte niniejszym zarzutem poprzez podjęcie dwóch jednoczesnych czynności: przypisanie kryterium cenowemu punktacji o wadze maksymalnej 60% całkowitej oceny oferty i wprowadzeniu dodatkowego, pozacenowego kryterium oceny ofert; zmianę kryterium cenowego w taki sposób, aby kryterium oceny ofert podlegała część wynagrodzenia za obsługę płatności bezgotówkowych (a nie jednorazowe wynagrodzenie za wdrożenie usług).

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 Odwołujący podał, że jest on ściśle powiązany ze stanem faktycznym opisanym w zarzucie nr 2, tj. postanowieniami SWZ dotyczącymi sposobu świadczenia usługi i wyceny oferty, tj. ww. ust. 1.4 wzoru umowy, pkt 15.2.1 SWZ i lit. A załącznika nr 3 do SWZ (formularza cenowego), który nakazuje konsorcjum eService wypełnić formularz cenowy wartością „0 zł”. W ocenie Odwołującego, nie istnieją żadne obiektywne okoliczności, które usprawiedliwiłyby przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób przytoczony powyżej. Jednym z podstawowych obowiązków wykonawcy przy wdrożeniu obsługi płatności bezgotówkowych jest zapewnienie terminali płatniczych POS. Są to urządzenia obsługujące płatności dokonywane za pośrednictwem kart płatniczych, kart flotowych, a aktualnie także za pomocą kodu BLIK. W pierwszym postępowaniu w pkt 2.10 OPZ-u znalazły się postanowienia nakazujące wykonawcy dostarczenie terminali do prowadzonych przez Zamawiającego punktów obsługi klienta. Zamawiający prowadził wówczas 257 punktów obsługi klienta, przy czym zaznaczył, że wykonawca będzie musiał zapewnić dodatkowe terminale, które będą mogły zostać wykorzystane w trakcie obowiązywania umowy przy uruchomieniu nowych punktów obsługi klienta. Zgodnie z § 5 ust. 5.2 umowy, terminale płatnicze POS były przekazywane

Zamawiającemu w najem na czas realizacji umowy. To zaś oznacza, że posiadane aktualnie przez Zamawiającego urządzenia muszą zostać zwrócone po zakończeniu umowy (ponieważ nie są jego własnością). Podobne postanowienia pojawiły się w drugim postępowaniu. W pkt 10 OPZ-u Zamawiający opisał postanowienia dotyczące dostawy i konfiguracji terminali płatniczych POS do miejsc obsługi klienta prowadzonych przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał wymiany obecnie funkcjonujących terminali płatniczych na nowe i dostawy ich do miejsc obsługi klienta, w tym także do „nowootwartych MOK w ramach Systemu e-TOLL, przez cały okres trwania umowy”. Zamawiający zaznaczył, że prowadzi 121 punktów obsługi klienta, a liczba funkcjonujących terminali (a zatem podlegających wymianie) to 132 sztuki. Ofertę w powyższym postępowaniu złożyło konsorcjum eService. W ramach „wdrożenia usług” eService zaoferowało wynagrodzenie w wysokości 0 zł, co było sprzeczne z treścią SWZ, w której Zamawiający wprost zabraniał wpisania w którejkolwiek pozycji formularza cenowego wartości zerowej. Te i inne okoliczności były podstawą odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Polcam. Postępowanie odwoławcze (sygn. KIO 2636/22) zakończyło się częściowym uwzględnieniem odwołania Polcam, a samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – unieważnieniem z uwagi na odrzucenie obu ofert, jakie wpłynęły w drugim postępowaniu. W aktualnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający całkowicie usunął postanowienia OPZ-u odnoszące się do terminali płatniczych POS. Nie wiadomo, jakie urządzenia ma dostarczyć wykonawca, w jakiej ilości, jakie mają zapewniać funkcjonalności i jakie mają być zasady ich funkcjonowania. Odwołujący – albo jakikolwiek inny wykonawca zainteresowany Zamówieniem – nie ma wiedzy, w jaki sposób należy wykonać tę część Zamówienia. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia (część OPZ-u pt. „Wprowadzenie”), że obowiązkiem wykonawcy jest „zapewnienie w sieci dystrybucji Zamawiającego niezbędnej infrastruktury umożliwiającej realizację płatności bezgotówkowych oraz jej obsługę serwisową w okresie trwania Umowy”, nie rozwijając co rozumie pod pojęciem „niezbędnej” infrastruktury. Załącznik nr 3 do wzoru umowy (definicje umowne), zawiera definicję pojęcia „Infrastruktura MOK” i oznacza ona „sprzęt i oprogramowanie niezbędne do obsługi transakcji bezgotówkowych w MOK umożliwiającej realizację tych płatności zgodnie z OPZ (np. terminale płatnicze POS)”. Nie wiadomo natomiast, czy Zamawiający utożsamia pojęcie „zapewnienia niezbędnej infrastruktury” z pojęciem „Infrastruktura MOK”, ale nawet gdyby tak było, to definicja pojęcia „Infrastruktura MOK” jest zbyt ogólnikowa, aby można z niej było wywieść zakres świadczenia, do którego zobowiązać się ma wykonawca. W świetle powyższego należałoby rozważyć, czy istnieją jakiegokolwiek obiektywne przyczyny leżące po stronie Zamawiającego, które doprowadziły go do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu tak dalekiej ingerencji w treść SWZ. Według najlepszej wiedzy Odwołującego nie istnieją takie przyczyny, a jedyną zmienną, która mogła

zmotywować Zamawiającego do poczynienia powyższych zmian, jest fakt złożenia oferty przez Odwołującego w drugim (unieważnionym) postępowaniu. Do czasu złożenia oferty przez Odwołującego, eService nie posiadał realnie żadnej konkurencji, gdyż oferty w toczących się postępowaniach składały konsorcja, którym przewodził eService. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie jest właścicielem terminali płatniczych POS, gdyż zgodnie z umową nr 42/2020 Zamawiający wziął te urządzenia w najem. To zaś oznacza, że wraz z zakończeniem umowy nr 42/2020 Zamawiający jest zobowiązany do ich zwrotu, a konsorcjum eService – do ich demontażu. Skoro tak, to obowiązkiem wykonawcy – niezależnie od tego, czy będzie nim eService czy ktokolwiek inny – będzie dostawa nowych urządzeń. Powyższa okoliczność była oczywista dla wszystkich stron zainteresowanych zamówieniem, w tym dla samego Zamawiającego, gdyż jeszcze w drugim postępowaniu. Zamawiający wymagał dostawy nowych terminali i oddania ich Zamawiającemu w używanie, a obowiązek ten obciążał każdego wykonawcę. W dalszej kolejności oznacza to, że skoro Zamawiający nie posiada infrastruktury, którą może zarządzać, to nie może wprowadzać postanowień umownych, które mówią, w jaki sposób jeden określony wykonawca miałby tę infrastrukturę wykorzystać w przyszłej umowie w sprawie zamówienia publicznego. W przeciwnym wypadku Zamawiający w sposób nieuzasadniony uprzywilejowuje jednego wykonawcę kosztem innych wykonawców. Jeżeli jednak pomiędzy unieważnieniem drugiego postępowania a wszczęciem niniejszego postępowania zaszły jakieś zmiany (np. Zamawiający nabył na własność terminale płatnicze POS), to Zamawiający powinien udostępnić te elementy infrastruktury wszystkim wykonawcom i umożliwić realizację Zamówienia w oparciu o te elementy. Niezależnie od powodów leżących u podstaw takiego ukształtowania treści specyfikacji, zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego zmierzają wyłącznie do dalszego uzależnienia Zamawiającego od usług świadczonych przez konsorcjum eService. Zamawiający nie wykazał, dlaczego ograniczył konkurencję pomiędzy wykonawcami w stosunku do postanowień pojawiających się w poprzednich postępowaniach, co implikuje stwierdzenie, że czynności podjęte przez Zamawiającego są niezgodnie z postanowieniami Pzp i powinny skutkować nakazaniem ich usunięcia. Z uwagi na powyższe konieczne jest nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia postanowień przywracających równowagę pomiędzy wykonawcami poprzez nakazanie usunięcia ust. 1.4 wzoru umowy oraz odpowiadających im postanowień pkt 15.2.1 SWZ oraz lit. A załącznika nr 3 do SWZ (formularza cenowego). Na marginesie Odwołujący podniósł, że konsorcjum eService będzie ponosić koszty związane z wdrożeniem usług, gdyż jak wynika z ust. 5.2 i 5.3 wzoru umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia liczby stanowisk, w których świadczona ma być obsługa płatności bezgotówkowych. To zaś wiąże się z poniesieniem kosztów i wyceną tej usługi przez wszystkich wykonawców.

W uzasadnieniu zarzutu numer 4 Odwołujący przywołał art. 99 ust. 1 Pzp i stwierdził, że Zamawiający zaniechał przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z dyspozycją tego przepisu, ponieważ opis przedmiotu zamówienia w wielu obszarach jest nieprecyzyjny, co utrudnia, a nawet uniemożliwia Odwołującemu przygotowanie rzetelnej kalkulacji. Odwołujący wskazał te obszary, które w wycofanym przez niego na posiedzeniu zakresie przedstawiają się następująco:

- „b. Zamawiający w ust. 1.4 wzoru umowy oświadczył, że wykonawca świadczący dotychczas na rzecz Zamawiającego usługę na podstawie umowy nr 42/2020 będzie realizował Zamówienie na podstawie infrastruktury wdrożonej w ramach umowy nr 42/2020, jednakże nie dołączył do SWZ treści umowy, jej załączników ani aneksów. W związku z powyższym, wykonawcy inni niż eService nie mają informacji na temat zakresu świadczenia, do którego zobowiązany jest eService i nie mogą w związku z tym przygotować należycie swojej oferty, w sposób umożliwiający zaoferowanie konkurencyjnej, w stosunku do oferty eService, oferty. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia umowy nr 42/2020 wraz z załącznikami i aneksami.
- e. Zamawiający nie udostępnił dokumentacji projektowej oraz eksploatacyjnej obecnego rozwiązania w zakresie świadczenia Usług. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie informacji w powyższym zakresie.
- g. Zamawiający nie udostępnił parametrów jakościowych, którym podlega system eTOLL w zakresie usług związanych z integracją z bramką płatniczą, zwłaszcza w odniesieniu do płatności kartami płatniczymi oraz kartami flotowymi. Powyższe informacje są niezbędne dla zapewnienia poziomu utrzymania usług (SLA) określonego przez Zamawiającego. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie informacji w tym zakresie.
- h. W związku z licznymi sformułowaniami (np. „Wykonawca zobowiązany jest przekazywać Zamawiającemu prawidłową, kompletną kwotę należnych Opłat Drogowych pobranych od Użytkowników” – pkt 2.1.10 OPZ) pozwalającymi sądzić, iż rolą wykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia będzie pobieranie opłaty w imieniu i na rzecz Szefa KAS, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu jednoznaczne określenie roli, w której będzie występował wykonawca realizując przedmiot zamówienia, w szczególności czy wykonawca będzie dokonywał poboru opłat, a jeśli tak to w czym imieniu i na czyją rzecz oraz - jeśli nie, to jaką rolę w kontekście przytoczonego cytatu pełni wykonawca w procesie poboru opłat. Jeśli wykonawca ma realizować pobór opłat w imieniu i na rzecz Szefa KAS, to wydaje się niezbędne wystawienie odpowiedniego pełnomocnictwa, tak aby nie dochodziło do jakichkolwiek wątpliwości i różnicy zdań uczestników całego procesu. W przypadku wykonywania poboru w imieniu i na rzecz Szefa KAS niezbędne

jest udzielenie stosownego pełnomocnictwa i dołączenie go do dokumentacji postępowania.

- i. Zgodnie z pkt 2.7.14 OPZ, „Karta Flotowa, użyta w MOK lub poprzez stronę internetową e-TOLL za pomocą aplikacji mobilnej zostaje zweryfikowana przez Wykonawcę, zgodnie z wymogami Dostawców Kart Flotowych, ustalonymi bezpośrednio pomiędzy Dostawcami Kart Flotowych a Wykonawcą z zachowaniem wymogów Zamawiającego określonych w pkt 2.7.11”. Powyższe postanowienie narzuca wykonawcy konieczność zawierania odrębnego porozumienia/umowy z każdym Dostawcą Kart Flotowych oraz wykonania odrębnych prac integracyjnych, a także zestawiania osobnych bezpiecznych łączy na potrzeby teletransmisji danych, co generuje dodatkowe koszty i utrudnia realizację zamówienia. Z punktu widzenia Zamawiającego istotny jest rezultat w postaci weryfikacji poprawności płatności dokonanej kartą flotową, co Odwołujący jest w stanie osiągnąć poprzez współpracę z jednym zewnętrznym podmiotem (współpracującym z wieloma dostawcami kart flotowych), którego zadaniem jest autoryzacja płatności dokonywanych kartami flotowymi. Nie istnieją żadne uzasadnione potrzeby Zamawiającego, które uzasadniałyby zawieranie przez wykonawcę odrębnych porozumień/umów z każdym z dostawców kart flotowych z osobna. Jest to tym bardziej istotne, że wielu dostawców kart flotowych (zwłaszcza z tych, którzy obecnie świadczą usługi w systemie e-TOLL) nie wyraża chęci utrzymania zasobów i infrastruktury dla jednego, konkretnego klienta i deklaruje, że normalną dla tych Dostawców Kart Flotowych sytuacją na dzisiejszym rynku usług tożsamych z oczekiwanymi przez Zamawiającego, jest realizacja wszelkich technicznych i technologicznych czynności oraz integracji przez wskazany przez tych Dostawców podmiot. Jednocześnie dotychczasowe brzmienie OPZ-u uprzywilejowuje wyłącznie dotychczasowego wykonawcę, który prawdopodobnie posiada zawarte tego typu porozumienia. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany pkt 2.7.14 OPZ poprzez nadanie mu brzmienia: „Karta Flotowa, użyta w MOK lub poprzez stronę internetową e-TOLL za pomocą aplikacji mobilnej zostaje zweryfikowana przez Wykonawcę, zgodnie z wymogami Dostawców Kart Flotowych, z zachowaniem wymogów Zamawiającego określonych w pkt 2.7.11.”.
- j. Definicja Raportu Transakcyjnego zawarta w załączniku nr 3 do wzoru umowy (definicje) opisana w następująco: „Raport, o którym mowa w rozdziale 2 pkt 5 OPZ.” Definicja referuje do jednostki redakcyjnej, w której nie można odnaleźć informacji na ten temat. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie definicji „Raport Transakcyjny”.

- k. W załączniku nr 3 do wzoru umowy znajduje się definicja „Pojazd Lekki”. Sformułowanie to nie jest wykorzystane w żadnym elemencie SWZ (poza słownikiem definicji). Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie definicji „Pojazd Lekki” bądź uzupełnienie SWZ o fragment, w którym to pojęcie miało wystąpić.
- l. W Załączniku nr 3 do wzoru umowy znajduje się definicja „Pliku Rozliczeniowego” referująca do rozdziału 2, pkt 4 OPZ. W tej jednostce redakcyjnej nie można odnaleźć informacji na ten temat. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie definicji „Pliku Rozliczeniowego”.
- m. W pkt 2.7.16 OPZ występuje rozbieżność pomiędzy opisem procesu akceptacji Kart a „Schematem autoryzacji transakcji Kartami Flotowymi w SPOE KAS” wraz z Opisem wersji w Załączniku nr 2 do OPZ pt. „Obecna Architektura Systemu – Specyfikacja Interfejsów oraz testy”. W pierwszym przypadku Zamawiający referuje do Wystawców Kart Flotowych, natomiast w drugim przypadku do Dostawców Kart Flotowych. Ostatecznie nie do końca wiadomo jaka jest intencja Zamawiającego. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia powyższych rozbieżności.
- n. W pkt. 1.5 załącznika nr 1 do OPZ („SLA”) Zamawiający wskazuje, iż opracowane przez Wykonawcę procedury zostaną opisane w dokumencie „Procedury utrzymania” i będą podlegać stosownej weryfikacji i odbiorowi przez Zamawiającego przed przystąpieniem do świadczenia Usług. Zamawiający nie precyzuje, na czym będzie polegać „stosowna weryfikacja” i „odbior” oraz w jaki sposób będą przebiegać te czynności. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższych sformułowań oraz jednocześnie, ponieważ Zamawiający wymaga w tym względzie zgodności z ITIL v3, uzupełnienie procedury odbiorowej o zapewnienie, iż odbioru dokona osoba z wiedzą i doświadczeniem w stosowaniu ITIL v3 w praktyce.
- o. Zamawiający nie precyzuje w pkt 1.4 załącznika nr 1 do OPZ („SLA”) , czy usługi realizowane przez system Zamawiającego, w zakresie w jakim mają wpływ na usługę świadczoną przez wykonawcę są utrzymywane również w sposób zgodny z bibliotekami ITIL v3. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższych kwestii oraz wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia zobowiązującego Zamawiającego do udostępnienia wykonawcy, po podpisaniu umowy, procedury utrzymania w zakresie co najmniej tożsamym z określonym w pkt 1.5 Załącznika nr 1 do OPZ oraz postanowienia, że terminy na dostarczenie przez wykonawcę procedur utrzymania będą liczone od dnia otrzymania przez wykonawcę procedur utrzymania od Zamawiającego.

- p. W pkt. 3.1.1 załącznika nr 1 do OPZ (SLA) Zamawiający wskazuje, iż wykonawca jest zobowiązany do „Przyjmowania zgłoszeń incydentów w trybie ciągłym (24/7) poprzez standardowe kanały komunikacji tj. telefon, e-mail lub dedykowane rozwiązanie klasy ITSM, o ile jedna ze Stron takie rozwiązanie posiada i Strony zgodzą się na jego wykorzystanie”. Jednocześnie w pkt 3.2 czytamy: „Wykonawca zobowiązuje się rejestrować każdy zgłaszany lub wykrywany incydent z uwzględnieniem uzgodnionej z Zamawiającym odpowiedniej kategoryzacji rejestrowanych incydentów, wykorzystując kanały komunikacji opisane w pkt 3.1.1.”, a w pkt 3.13.1: „Wykonawca zapewni dla Zamawiającego dostępy do Systemu Zgłoszeniowego Wykonawcy 3 dni przed rozpoczęciem świadczenia Usług.”, następnie w pkt. 3.13.2: „Wszystkie incydenty będą zgłaszane Wykonawcy za pośrednictwem Systemu Zgłoszeniowego Wykonawcy oraz kanałami wskazanymi w pkt. 3.1.1.”. Czytając łącznie te postanowienia, nie jest jasne ilu i jakich kanałów komunikacji oczekuje Zamawiający. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższych kwestii.
- q. Zamawiający w załączniku nr 1 do OPZ (SLA) wymaga określonego czasu reakcji dla incydentu o określonym priorytecie. Nie jest jednak jasne, czy chodzi tu o godziny robocze. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższej kwestii.
- r. Zamawiający w pkt 3.1.3 załącznik nr 1 do OPZ (SLA) wymaga zapewnienia „bezpiecznego działania Usług”. Nie jest jasne, czy Zamawiający ma na myśli bezpieczeństwo informacji z punktu widzenia bibliotek ITIL v3, czy z jakiegoś innego punktu widzenia. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższej kwestii.
- s. Zamawiający w pkt 3.1.3 załącznik nr 1 do OPZ (SLA) wymaga „udzielania konsultacji technicznych oraz konsultacji w zakresie działania funkcjonalnych, technologicznych i architektonicznych aspektów”. Nie jest jasne, komu miałyby zostać udzielane powyższe konsultacje oraz jakiego bytu miałyby dotyczyć konsultacje funkcjonalne, technologiczne i architektoniczne. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższej kwestii.
- u. Zgodnie z pkt 3.13.3 lit. a załącznika nr 1 do OPZ (SLA): „Poważny incydent dotyczący użyteczności, który powoduje awarię systemu, podsystemu, aplikacji o krytycznym znaczeniu, modułu lub komponentu lub nieodwracalną utratę danych i przychodów. System nie nadaje się do użytku lub użytkowanie jest skrajnie ograniczone (np. brak możliwości płatności kartami flotowymi, płatniczymi lub przez stronę web)”. Zamawiający nie precyzuje, co ma na myśli pod pojęciem „systemu, podsystemu, aplikacji o

krytycznym znaczeniu, modułu lub komponentu”. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.

- v. Zamawiający posługuje się niejednorodnym nazewnictwem, np. w pkt 3.13.3 lit. b załącznika nr 1 do OPZ (SLA) Zamawiający używa sformułowania „(np. brak możliwości płatności jednym rodzajem kart)”. Jednocześnie w pkt 2.2.1 OPZ Zamawiający używa innego sformułowania: „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia obsługi transakcji bezgotówkowych dokonywanych Kartami Płatniczymi (kredytowe, debetowe), co najmniej typu: [...]”. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.
- w. W pkt 3.13.3 lit. b załącznika nr 1 do OPZ (SLA) występuje sformułowanie „Istnieje akceptowalne obejście”. Zamawiający nie precyzuje, jakie są kryteria akceptacji obejścia. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.
- y. W pkt 2.4.3 OPZ Zamawiający zawarł postanowienie: „Zapewnienie istniejącej funkcjonalności Systemu e-TOLL, polegającej na płatności za pomocą strony internetowej e-TOLL lub za pomocą aplikacji mobilnej, leży po stronie Zamawiającego”. Nie jest jasne, w jakim zakresie Zamawiający zapewnia funkcjonalności polegające na płatności za pomocą strony internetowej e-TOLL lub za pomocą aplikacji mobilnej oraz jak się ma to postanowienia w odniesieniu do Usług oraz obowiązków Wykonawcy w związku ze świadczeniem usługi autoryzacji i rozliczenia płatności metodą PayByLink lub kartami flotowymi/płatniczymi na stronie internetowej e-TOLL i w aplikacji mobilnej. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.
- aa. Zgodnie z ust. 23.5 wzoru umowy: „Z wyjątkiem przypadków w których Umowa upoważnia Zamawiającego do jednostronnych zmian postanowień Umowy, zmiana Umowy może być dokonana w formie aneksu [...]”. Zamawiający nie precyzuje, kiedy umowa w sprawie zamówienia publicznego mogłaby zostać zmieniona na podstawie jednostronnego oświadczenia woli Zamawiającego. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie, w jakich przypadkach Zamawiający jest uprawniony do jednostronnej zmiany umowy.
- cc. Zgodnie z ust. 1.4.2 wzoru umowy, „Wykonawca będzie świadczył Usługi zgodnie z OPZ wykorzystując infrastrukturę, w tym Infrastrukturę MOK, wdrożoną w ramach umowy o świadczenie usług płatniczych nr 42/2020”. Zamawiający nie precyzuje, czy w skład infrastruktury wchodzi również elementy sprzętowe i programistyczne, które były zmieniane, konfigurowane i oprogramowywane przez poprzedniego wykonawcę (konsorcjum eService). Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzować, czy w skład infrastruktury wchodzi również elementy sprzętowe i programistyczne, które

były zmieniane, konfigurowane i oprogramowywane przez poprzedniego wykonawcę (konsorcjum eService).

- dd. Umowa, jaką Zamawiający zamierza zawrzeć z wyłonionym wykonawcą jest umową regulującą świadczenie usług płatniczych, a nie zawiera wszystkich elementów jakie powinna regulować taka umowa ramowa na usługi płatnicze w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, w szczególności wymienionych w art. 26 - 27 tej ustawy. Wykonawca jako agent rozliczeniowy ma obowiązek stosowania postanowień przewidzianych tą ustawą. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dostosowanie postanowień umowy do wymogów określonych w ustawie o usługach płatniczych.
- ee. Wzór umowy (§ 20) w sprawie zamówienia publicznego przewiduje przekazywanie danych płatników w ramach umowy powierzenia przetwarzania danych. Jednak agent rozliczeniowy wykonując usługi płatnicze przetwarza dane płatników jako odrębny administrator danych (tj. we własnym imieniu i interesie) a dostęp do danych następuje w drodze udostępnienia danych, a nie umowy powierzenia danych. Zatem zawieranie umowy powierzenia danych osobowych nie powinno mieć miejsca. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z wzoru umowy postanowień odnoszących się do powierzenia przetwarzania danych osobowych.
- ff. We wzorze umowy nie jest uregulowana kwestia reklamacji wnoszonych przez Zamawiającego lub płatników (osób dokonujących płatności kartami). Odwołujący wnosi o nakazanie doprecyzowania kwestii zgłaszania reklamacji.
- gg. We wzorze umowy nie zawarto kwestii istotnych z punktu widzenia ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁸, tzn. nie została uregulowana możliwość wstrzymywania transakcji podejrzanych i nie została uregulowana kwestia weryfikacji AML Zamawiającego. Wykonawca jest instytucją obowiązaną na gruncie ustawy AML. Odwołujący wnosi o nakazanie uzupełnienia wzoru umowy o stosowne postanowienia w tym zakresie.
- II. Zgodnie z pkt 2.7.16.1 OPZ „Wykonawca uzgadnia i podpisuje umowę z Wystawcą Kart Flotowych i Dostawcą Kart Flotowych o zachowaniu poufności danych w celu zachowania bezpieczeństwa tych danych i umożliwienia wymiany specyfikacji technicznych”. Zawarcie umowy zależy od woli obu stron – odmowa podpisania umowy przez Wystawcę Karty Flotowej lub Dostawcę Karty Flotowej jest okolicznością niezależną od wykonawcy. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany 2.7.16.1 OPZ i nadanie mu brzmienia: „Wykonawca uzgadnia i podpisuje umowę z Wystawcą Kart Flotowych i Dostawcą Kart Flotowych o zachowaniu poufności danych w celu zachowania bezpieczeństwa tych danych i umożliwienia wymiany specyfikacji

technicznych. Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za odmowę zawarcia w/w umowy przez Wystawcę Kart Flotowych lub Dostawcę Kart Flotowych”.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty. Jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia jest wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z art. 8 ust. 1 Pzp w kontekście przygotowania wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego wypływa konieczność uwzględnienia treści art. 5 KC, który stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego oraz art. 353¹ KC, który dopuszcza ukształtowanie stosunku prawnego według woli stron, byleby treść lub cel stosunku prawnego nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający sformułował pewne obszary umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób prowadzący do nierównowagi ekonomicznej stron w stopniu pozwalającym na uznanie, że doszło do naruszenia zasady swobody umów. Wśród tych obszarów, co do których nastąpiło wycofanie odwołania Odwołujący wymienił:

„a. zgodnie z pkt 3.7 załącznika nr 1 do OPZ (SLA) Zamawiający zastrzegł sobie prawo do jednostronnej zmiany klasyfikacji incydentu lub zgłoszenia serwisowego zarejestrowanego przez wykonawcę, a decyzja Zamawiającego jest ostateczna i nie podlega zmianie. Powyższe postanowienie pozwala Zamawiającemu w sposób arbitralny i bez jakiegokolwiek kontroli i w nieograniczonym czasie na zmianę klasyfikacji incydentu, co po stronie wykonawcy rodzi ściśle określone obowiązki (m. in. konieczność reakcji w czasie przypisanym do kategorii incydentu określonego przez Zamawiającego). Podkreślić również należy, że powyższe postanowienie jest sprzeczne z pkt 1.5 w/w załącznika, który nakazuje wykonawcy opracowanie procedur utrzymania regulujących m.in. procedury awaryjne. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie pkt 3.7 z załącznika nr 1 do OPZ (SLA), ewentualnie o nakazanie zmiany postanowienia poprzez dookreślenie maksymalnego terminu, podczas którego Zamawiający może dokonać zmiany kategorii incydentu oraz nakazanie wprowadzenia postanowienia, zgodnie z którym wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za błędną zmianę kategorii incydentu dokonaną przez Zamawiającego.

- b. zgodnie z ust. 17.6 wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany do przeniesienia praw autorskich w przypadku wytworzenia w wyniku realizacji umowy jakiegokolwiek utworu w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Należy podkreślić, że przedmiotem niniejszej umowy jest świadczenie usług na rzecz Zamawiającego, a nie wytworzenie oprogramowania i przekazanie do niego autorskich praw majątkowych (świadczenie to nie jest nawet ujęte w formularzu cenowym). Stąd też wymóg ten jest niewspółmierny do przedmiotu umowy. Zamawiającemu w zupełności wystarczy, jeśli wykonawca (o ile będzie to potrzebne) udzieli Zamawiającemu licencji na korzystanie z oprogramowania. Odwołujący wnosi o nakazanie usunięcia postanowień dotyczących przeniesienia autorskich praw majątkowych na Zamawiającego.
- d. Zgodnie z ust. 3.2 wzoru umowy „Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie uwzględnić zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego i przekazać Zamawiającemu poprawiony Projekt Techniczny, a procedura odbioru zostanie powtórzona”. Wykonawca wnosi o nakazanie zmiany ust. 3.2 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie uwzględnić zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego i przekazać Zamawiającemu poprawiony Projekt Techniczny, a procedura odbioru zostanie powtórzona. W przypadku gdy zastrzeżenia Zamawiającego stoją w sprzeczności z regulacjami dotyczącymi przepisów krajowych lub UE, lub regulacji Organizacji Płatniczych, a także norm i swobody Wykonawcy w zakresie sposobu wykonywania Usług, Wykonawca nie będzie związany tymi zastrzeżeniami.”

Do odwołania zostały dołączone: Informacja z otwarcia ofert z 30 sierpnia 2022 r.; Ogłoszenie o zamówieniu z 26 lipca 2022 r. nr 2022/S 142-406651; Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 września 2022 r.; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2022 r. w sprawie o sygn. KIO 2636/22; Informacja o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania z 28 października 2022 r.; Informacja o zmianie SWZ z 4 stycznia 2023 r.; Wstępne ogłoszenie informacyjne z 20 maja 2022 r. nr 2022/S 098-269878; Załącznik I do rozporządzenia wykonawczego – wzór wstępnego ogłoszenie informacyjnego; Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 20 lutego 2020 r.; Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania nr BDG.ZPB.230.3.2019 z 13 czerwca 2019 r.; Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania nr BDG.ZPB.230.24.2019 z 14 sierpnia 2019 r.; OPZ oraz wzór umowy dla postępowania nr BDG.ZPB.230.79.2019 (wyciąg); OPZ oraz wzór umowy dla postępowania nr R/045/22/DPO/G/245 (wyciąg); OPZ oraz wzór umowy dla Postępowania (wyciąg); Załącznik nr 3 do wzoru umowy (definicje).

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści pisma.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że co do zasady potwierdza opisany przez Odwołującego stan faktyczny, jednak stwierdził, iż unieważnienie pierwszego postępowania było przede wszystkim następstwem wniosku o zwrot wadium złożonego przez Odwołującego na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp. Złożenie przez PolCam wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2 Pzp, skutkowało utratą przez PolCam statusu Wykonawcy oraz obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego i w następstwie unieważnienia postępowania. Doszło bowiem do tego, ponieważ w postępowaniu zostały złożone dwie oferty i obie oferty zostały odrzucone. Odwołujący próbuje przy tym sprawić wrażenie, że w poprzednim postępowaniu Odwołujący był gotów do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, czego miałoby dowodzić złożenie oferty przez Odwołującego. Tymczasem w chwili złożenia oferty Odwołujący nie figurował jako agent rozliczeniowy w rejestrze prowadzonym przez Komisję Nadzoru Finansowego, co było warunkiem udziału w pierwszym postępowaniu (punkt 7.1.2 SWZ), a złożył w JEDZ oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Następnie Zamawiający stwierdził, że zarzuty odwołania nie znajdują oparcia w okolicznościach, zarówno faktycznych jak i prawnych. Jego działania nie naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Stanowią one antycypowanie sytuacji, w której może się znaleźć w zależności od wyniku toczącego się postępowania i stanowi próbę zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa w najpełniejszy sposób. Nie można bowiem wykluczyć, że dotychczasowy Wykonawca świadczący obecnie przedmiot zamówienia będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia w kolejnym okresie. Tą okoliczność Zamawiający brał pod uwagę wszczynając przedmiotowe postępowanie i jego zdaniem zabezpieczył swój interes we właściwy sposób, tak aby nie ponosić kosztów za czynności, które faktycznie nie nastąpią. Postawiona przez Odwołującego teza, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę zamówienia publicznego, obecnie świadczącego usługi tego rodzaju jest twierdzeniem nieuzasadnionym i gołosłownym, które jest sformułowane niejako w oderwaniu od faktu, że dotychczasowy wykonawca może ubiegać się o realizację przedmiotu zamówienia, wobec czego realizacja pewnych obszarów przez ten podmiot może wyglądać inaczej niż przez podmiot, który po raz pierwszy będzie musiał zrealizować przedmiot zamówienia. Absurdalnym byłoby, aby Zamawiający, niejako wymuszał na obecnym wykonawcy realizację pewnych obszarów, mając świadomość, że nie jest to uzasadnione ekonomicznie i merytorycznie. Podobnie należałoby ocenić sytuację, w której Zamawiający de facto akceptowałby fakt wyceny obszaru Wdrożenia Usług, mając świadomość, że w tym obszarze obecny Wykonawca nie realizowałby faktycznie żadnych czynności.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający podał, że jest on bezprzedmiotowy, bowiem pismem z dnia 11 stycznia 2023 roku przedłużył termin składania ofert w postępowaniu, przez co wniosek Odwołującego dotyczący wydłużenia terminu składania ofert do minimum 30 dni od przesłania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej został uwzględniony.

Odnosnie do zarzutu nr 2 Zamawiający m.in. wskazał, że działając na podstawie art. 246 ust. 2 Pzp, z pełną świadomością ustalił jedno kryterium oceny ofert w postępowaniu - cena i nadał temu kryterium wagę 100 %, bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego opis przedmiotu zamówienia określa wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Przedmiot postępowania, tj. szeroko rozumiana obsługa płatności bezgotówkowych, jest usługą, która możliwa jest do realizacji przez uprawnione podmioty, a wymagania jakościowe dla głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia zostały opisane w opisie przedmiotu zamówienia poprzez zdefiniowanie sposobu jej świadczenia. Twierdzenia Odwołującego, że OPZ nie określa wymagań jakościowych jest nieprawdziwe. Zastosowane kryterium nie zostało zmodyfikowane względem poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Realizacja całodobowej obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych”, znak: R/045/22/DPO/G/245, które zostało unieważnione w dniu 28 października 2022 r. Zamawiający zastosował analogicznie kryterium oceny ofert - cena 100 %. Odwołujący, mimo iż ubiegał się o udzielenie zamówienia w unieważnionym postępowaniu nie zaskarżył decyzji Zamawiającego o zastosowaniu jednego kryterium oceny ofert. Odwołujący skarżył szereg innych czynności w poprzednio prowadzonym postępowaniu, ale nie kwestie związane z określeniem przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, co wskazuje, że obecnie formułowany zarzut jest zarzutem pozornym. W poprzednio prowadzonym i unieważnionym postępowaniu Odwołujący nie spełniał zdaniem Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania statusu agenta rozliczeniowego w rozumieniu art. 2 pkt. 1 a) ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2360 z późn. zm.) i figurowania w stosownym rejestrze prowadzonym przez Komisję Nadzoru Finansowego (KNF). Zdaniem Zamawiającego obecnie Odwołujący próbuje „na siłę” kreować zapisy SWZ, mimo iż nadal nie posiada uprawnień, aby świadczyć usługi będące przedmiotem postępowania. Zamawiający podejrzewa, że takie działanie może wynikać z faktu, iż Odwołujący próbuje znaleźć konsorcjanta, z którym mógłby świadczyć usługę będącą przedmiotem postępowania bądź sam stara się uzyskać status agenta rozliczeniowego, na co potrzeba mu dodatkowego czasu - dlatego celowo próbuje podważyć zastosowane kryterium oceny ofert. Okoliczność wdrożenia przez obecnego wykonawcę

usługi obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników systemu e-TOLL jest faktem. Nastąpiło to bowiem w ramach realizacji umowy nr 42/2020, której przedmiotem jest wykonanie analogicznego przedmiotu zamówienia jak w obecnie prowadzonym postępowaniu. Tak więc jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania jako oferta najkorzystniejsza zostanie uznana oferta obecnego Wykonawcy, zakres świadczenia tego podmiotu będzie w naturalny sposób odbiegał od zakresu świadczenia innych potencjalnych Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, bowiem nie będzie potrzeby wykonania wdrożenia usługi obsługi płatności bezgotówkowych przez ten podmiot. W tych okolicznościach intencją Zamawiającego nie jest uprzywilejowanie dotychczasowego podmiotu realizującego przedmiot zamówienia, tylko odzwierciedlenie aktualnego stanu faktycznego. Zamawiający nie różnicuje zakresu dotychczasowego świadczenia będącego przedmiotem postępowania pomiędzy dotychczasowego Wykonawcą, a pozostałe podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, jedynie wskazuje i rozstrzyga pewien hipotetyczny scenariusz, który może się zmaterializować. Zarówno dotychczasowy wykonawca, jak i pozostali wykonawcy są zobowiązani do świadczenia usługi obsługi płatności bezgotówkowych opisanej w SWZ z tym jednak zastrzeżeniem, że dotychczasowy wykonawca ma rozwiązanie już funkcjonujące u Zamawiającego. Zakres świadczenia, więc nie ulega zmianie jak twierdzi Odwołujący, Zamawiający rozstrzyga jedynie, że nie będzie dodatkowo płacił obecnemu Wykonawcy za wdrożenie tej usługi. Zamawiający już na obecnym etapie zweryfikował i rozstrzygnął, że zakres świadczenia wdrożenia usług względem dotychczasowego wykonawcy został już wykonany. Obecny wykonawca nie dokonywałby żadnej zmiany względem już wdrożonych usług, co determinuje, że okoliczność ta powinna zostać rozstrzygnięta w SWZ. Jeżeli Zamawiający ma świadomość, że zakres wdrożenia w pełnym zakresie został wykonany, nieumieszczenie stosownych zapisów w SWZ rodziłoby tylko dodatkowe niepotrzebne konsekwencje na etapie oceny i badania ofert. Mogłoby się bowiem zdarzyć, że obecny wykonawca wskazałby w zakresie wdrożenia wartość 0 zł – co zapewne stanowiłoby podstawę do kwestionowania rynkowej wartości oferty dotychczasowego wykonawcy, czy też rodziłoby zarzuty związane z przypisaniem dotychczasowemu Wykonawcy działania naruszającego czyn nieuczciwej konkurencji, czy też naruszenia ustawy Pzp czy SWZ. Nie można też wykluczyć, kolejnej skrajnej sytuacji, tj. okoliczności, że obecny wykonawca wpisałby w wycenie wdrożenia, jakąś kwotę, co byłoby nie do przyjęcia z kolei przez samego Zamawiającego, bowiem Zamawiający ma świadomość, że rozpoczęcie świadczenia usług autoryzacji i rozliczenia płatności bezgotówkowych przez dotychczasowego Wykonawcę nie wymaga poczynienia jakichkolwiek prac, Zamawiający musiałby ponownie zapłacić wynagrodzenie za już wykonane i opłacone prace. Taka sytuacja pozostawałaby w ewidentnej sprzeczności z efektywnym, racjonalnym i celowym wydatkowaniem środków

publicznych, co sprowadzałoby się do naruszenia art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Poprzez rozstrzygnięcie przez Zamawiającego tej okoliczności, mając świadomość, że zakres prac wdrożeniowych przez dotychczasowego wykonawcę został zrealizowany, Zamawiający mityguje ryzyko w tym zakresie (podwójne poniesiony wydatek publiczny tego samego obszaru). Dodatkowo sam zainteresowany (dotychczasowy Wykonawca) nie oponuje przeciw takiemu ukształtowaniu zapisów SWZ, co dodatkowo potwierdza okoliczność, że zakres prac wdrożeniowych został zrealizowany. Zapewne, gdyby wykonawca obecnie świadczący usługi będące przedmiotem zamówienia nie zgadzał się z twierdzeniami Zamawiającego zakwestionowałby zapisy SWZ, które wyłączają wynagrodzenie za wykonanie tego elementu zamówienia. Tymczasem dotychczasowy Wykonawca przystąpił po stronie Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, tym samym potwierdzając prezentowane przez Zamawiającego twierdzenia i okoliczności. Nawet dokonanie zmiany w zakresie kryterium oceny ofert w ten sposób, że wprowadzone zostałyby dodatkowe kryteria oceny ofert, a kryterium cenowe zostałoby ograniczone wagowo do 60% nic de facto nie zmienia. I tak bowiem występuje sytuacja, w której dotychczasowy Wykonawca wykonał wdrożenie usługi obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników systemu e-TOLL, więc przez obiektywne okoliczności faktyczne, tego obszaru dotychczasowy wykonawca ponownie by nie wykonywał. Bezzasadnym zdaniem Zamawiającego jest zatem formułowanie wniosku przez Odwołującego w postaci nakazania Zamawiającemu przypisania kryterium cenowemu punktacji o wadze maksymalnej 60% całkowitej oceny oferty i wprowadzeniu dodatkowego, pozacenowego kryterium oceny ofert. Niedopuszczalne jest też z perspektywy Zamawiającego wyłączenie z kryterium cenowego - zakresu cenowego odpowiadającemu wdrożeniu usług tak, aby ocenie ofert podlegała wyłącznie prowizyjna część wynagrodzenia wykonawcy, należna z tytułu obsługi płatności bezgotówkowych. Takie ukształtowanie zapisów nie odpowiadałoby istocie przedmiotowego zamówienia, gdzie właśnie wdrożenie rozwiązania stanowi istotny element przedmiotu Zamówienia. Wyłączenie z kryterium oceny ofert- cena, elementu, którym miałyby być wdrożenie nie uwzględniałoby bardzo istotnego elementem i kosztu, którym jest wdrożenie obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników systemu e-TOLL. Pominięcie tego kosztu przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert byłoby niedopuszczalne z perspektywy Zamawiającego, bowiem nie uwzględniałoby kosztu, który faktycznie musi być poniesiony przez każdego wykonawcę nie będącego dotychczasowym podmiotem realizującym przedmiot Zamówienia. Wprowadzenie rozwiązania, które proponuje Odwołujący mogłoby prowadzić do patologii polegającej na tym, że Wykonawcy zawyżałoby w sztuczny sposób cenę wdrożenia usług kosztem usługi prowizyjnej, która zaszyta byłaby w cenie wdrożenia usług. Zamawiający podał, że zastosował mechanizmy w postaci zakreślenia odpowiedniego

czasu na wdrożenie usługi obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników e-TOLL (§ 2 PPU), udostępnił również posiadaną przez siebie dokumentację w postaci załącznika nr 2 do OPZ – obecna architektura Systemu Poboru Opłat Drogowych e-TOLL, zaprezentował w OPZ historyczne dane operacyjne określające dane dotyczące liczby i wartości transakcji bezgotówkowych - za okres od stycznia do października 2022 r. Działania te miały na celu umożliwienie potencjalnym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia określenie niezbędnego zakresu prac potrzebnego do wdrożenia usługi. Zamawiający nie określił też jednego możliwego rozwiązania, które ogranicza krąg podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem zgodności z OPZ. Nie można więc zarzucić Zamawiającemu działania, które nazywane jest vendor lock-in (uzależnienie od dostawcy). Zamawiający pozostawił każdemu z potencjalnych wykonawców możliwości budowy rozwiązania do obsługi płatności bezgotówkowych w oparciu o założenia, które pozwolą opracować rozwiązanie spełniające określone funkcjonalności i pozwalające zrealizować zakładany przez Zamawiającego cel realizacji zamówienia wynikający z OPZ. Zamawiający do minimum ograniczył ingerencję w budowę tego rozwiązania tak, aby każdy Wykonawca mógł wykorzystać własne doświadczenie w analogicznych projektach, przez co zbudowane rozwiązanie będzie bezawaryjne i bezpieczne. Każde rozwiązanie opiera się na specyficznych założeniach i rozwiązaniach przyjętych przez danego Wykonawcę. Upublicznienie budowy takiego rozwiązania informatycznego mogłoby naruszać bezpieczeństwo dokonywanych transakcji i zwiększać ryzyko cyber ataków, a to w konsekwencji przyczyniłoby się do możliwości wycieku danych Użytkowników e-TOLL i utraty środków finansowych, na co Zamawiający nie może sobie pozwolić. Tak więc kwestia budowy samego rozwiązania i jego integracja z systemem e-TOLL, jest obowiązkiem każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że Urząd Zamówień Publicznych podnosi, że w pewnych okolicznościach nie można uniknąć uprzywilejowania dotychczasowego podmiotu realizującego usługi danego rodzaju. Mając na uwadze, że Zamawiający nie zamyka się na rozwiązanie dostarczone przez jednego wykonawcę, udostępnia posiadaną przez siebie wiedzę w najpełniejszy możliwy sposób poprzez zapewnienie dostępu do informacji na temat systemu e-TOLL i zastosowanych w nim technologii, stara się niwelować problemowe zagadnienia pojawiające się w związku z wdrożeniem usługi będącej przedmiotem postępowania. Zdaniem Zamawiającego twierdzenia Odwołującego pomijają istotę, która leżała u podstaw wprowadzenia zapisów w ust. 1.4 PPU. Odwołujący kategorycznie wskazuje, że obecny wykonawca nie musi wycenić i wykonać projektu technicznego, przeprowadzić wdrożenia usług, dostarczyć terminali płatniczych, tymczasem – co zostało już przez Zamawiającego obszernie powyżej uzasadnione - to że obecny wykonawca wykonał już ten zakres pozwala przyjąć, iż niecelowa jest jego ponowna realizacja, biorąc

pod uwagę że wykonanie wdrożenia w kształcie określonym w postępowaniu nie wymaga jakichkolwiek działań po stronie wykonawcy obecnie świadczącego usługę obsługi płatności bezgotówkowych. Ponowne ponoszenie kosztów wdrożenia naruszałoby podstawowe zasady dysponowania środkami publicznymi. Zamawiający stwierdził, że kwestionuje wywód Odwołującego rzekomo uzasadniający naruszenie przez Zamawiającego art. 240 ust. 1 i 2 Pzp. Całość tych rozważań jest zdaniem Zamawiającego bezprzedmiotowa, bowiem Zamawiający kreuje postanowienia SWZ według własnych biznesowych i faktycznych oczekiwań. Zamawiający, jako gospodarz toczącego się postępowania mając doświadczenia z realizowanego dotychczas kontraktu, unieważnionego postępowania oraz specyfiki zamawianego przedmiotu zamówienia stwierdził, że zasadnym jest, aby kwestie związane z możliwością podwójnego finansowania przez Zamawiającego obszaru wdrożenia przez obecnego wykonawcę rozstrzygnąć. Pozostawienie dowolności w tym zakresie mogłoby w swych konsekwencjach prowadzić do naruszenia przepisów ustawy o finansach publicznych. Zamawiający również znajduje uzasadnienie dla wprowadzenia jednego kryterium oceny ofert ze względu na określenie wymagań jakościowych, co do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. To, że Zamawiający w dotychczas prowadzonych postępowaniach nie widział potrzeby doprecyzowania pewnych kwestii, nie oznacza, że ten stan ma być permanentny. Takie podejście sprowadzałoby się do tego, że Zamawiający publikując dowolne postępowanie w określonym przedmiocie zamówienia, nie mógłby go nigdy zmodyfikować względem pierwotnie poczynionych założeń, co byłoby absurdalne. Zamawiający wyciągając wnioski z prowadzonych do chwili obecnej postępowań określa swoje biznesowe oczekiwania, które mogą ewaluować, a to że dotychczas na rynku istniało małe zainteresowanie realizacją przedmiotu zamówienia, a więc brak realnej konkurencji, nie jest winą Zamawiającego. Formułowanie w treści Odwołania wyводу, który rzekomo wskazywać ma na pewną zmianę w zakresie zapisów SWZ, które rzekomo zostały wprowadzone – co zdaje się sugerować Odwołujący – w celu ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców jest twierdzeniem nieprawdziwym i gołosłownym. Wykonawca próbuje wykreować poczucie celowego działania w celu ograniczenia konkurencji przez Zamawiającego. Jednak należy się zastanowić, czy obecnie (tj. mając za sobą doświadczenie w realizacji jednej umowy oraz unieważnione postępowanie, w trakcie którego rozpatrywane były elementy sporne m.in. takie, jak czyn nieuczciwej konkurencji poprzez wskazanie na wdrożenia wartości „0 zł” w ofercie wykonawcy obecnie świadczącego przedmiot umowy, czy też rażąco niska cena w ofercie podmiotu obecnie świadczącego usługi obsługi płatności bezgotówkowych) Zamawiający nie był do tego uprawniony. Tak więc wywód odwołania nie ma znaczenia na gruncie niniejszej sprawy, ponieważ to, że Zamawiający dokonał zmiany zapisów w ten sposób, aby nie ponosić kosztów wdrożenia, które zostały wykonane jest okolicznością faktyczną. Podobnie ma się to do całej historii

związanej z realizacją przedmiotu zamówienia na przestrzeni lat. Okolicznościami uzasadniającymi brak wyceny wdrożenia usługi obsługi płatności bezgotówkowych, jest fakt, że te czynności zostały już przez obecnego wykonawcę wykonane. Odwołujący nie wskazuje czy choćby jedna z czynności w ramach wdrożenia musiałaby zostać przez obecnego wykonawcę ponownie wykonana, aby przejść do dalszej realizacji umowy. Tym samym niejako potwierdza okoliczność, że obecny wykonawca może rozpocząć realizację przedmiotu Umowy „z dnia, na dzień”, tak więc wycena i dokonanie płatności w tym obszarze staje się bezprzedmiotowe. Obecny wykonawca zawsze może zdecydować się na zaoferowanie wyższych stawek prowizji za obsługę płatności i niekoniecznie musi być to powiązane z brakiem elementu jakim jest wdrożenie usługi będącej przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniami Odwołującego, że „(...) wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia, w celu wyrównania szans na uzyskanie zamówienia z szansami konsorcjum eService, doprowadzą do obniżenia kosztów ponoszonych w ramach wdrożenia usług (objętych jednorazowym wynagrodzeniem, a podlegających ocenie wyłącznie w odniesieniu do ofert innych niż konsorcjum eService) i w efekcie, do obniżenia jakości świadczonych usług”. Jakość świadczonych usług została wyspecyfikowana przez Zamawiającego w OPZ, dlatego też był uprawniony do zastosowania jednego kryterium oceny ofert jakim jest cena. Trudno też podzielić twierdzenia Odwołującego, że możliwość zwiększenia w ofercie wysokości prowizji czy obniżenie jakości świadczenia usług jest okolicznością wprost wskazującą na brak porównywalności ofert w postępowaniu. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym zastosowane przez Zamawiającego kryterium nie zapewnia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz prowadzi do preferencji obecnego wykonawcy świadczącego przedmiotowe usługi. To właśnie ukształtowanie zapisów SWZ, zgodnie z wnioskiem Odwołującego prowadziłoby do nieuwzględnienia istotnego elementu świadczenia usługi, jakim jest wdrożenie usługi. Tylko jeden podmiot na rynku jest w sytuacji, w której realnie poprzez wykonanie już wdrożenia ma faktycznie przewagę względem pozostałych Wykonawców. Nieuzasadnionym, a wręcz z perspektywy Zamawiającego niedopuszczalnym byłoby pomijanie tego kosztu w kryterium cenowym. Nie jest bowiem tak, że element wdrożenia jest elementem pomijalnym względem podmiotów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Nie jest prawdą, że wykonanie wdrożenia przez obecnego wykonawcę nie nastąpiło, co uniemożliwiałoby porównanie poziomu wykonania przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotowy wdrożenia został wykonany przez obecnego wykonawcę świadczącego usługi obsługi płatności bezgotówkowych. Mając tę świadomość Zamawiający podjął decyzję, że nie zamierza pokrywać kosztów wdrożenia, jeżeli to wdrożenie zostało z powodzeniem wykonane, bowiem prowadziłoby to do sytuacji, w której Zamawiający podwójnie finansuje wykonanie danego

obszaru. Zamawiający wskazał, że odpowiedział na pytania zadane w postępowaniu, m.in. przez Odwołującego i w maksymalny możliwy sposób je uwzględnił. Odwołujący próbuje stworzyć przekonanie, że posługiwanie się szerszym pojęciem „Infrastruktura MOK” a nie terminal płatniczy POS (stanowiący część Infrastruktury MOK) skutkuje tym, iż Zamawiający nie opisał głównych elementów jakościowych składających się na przedmiot zamówienia. Tymczasem sama kwestia terminali nie jest kluczowa z perspektywy realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż dla Zamawiającego jest istotne, aby Infrastruktura MOK zapewniała świadczenie usług zgodnie z OPZ.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający stwierdził, że jest faktem, iż usługi wdrożenia zostały przez obecnego wykonawcę wykonane. W konsekwencji podmiot ten ma obszar wdrożenia już faktycznie wykonany i w przypadku wygrania przez ten podmiot przetargu nie byłoby uzasadnione wykonanie jakichkolwiek prac wdrożeniowych i powtórne obciążenie za to kosztami Zamawiającego. Nie można więc mówić o jakimkolwiek uprzywilejowaniu przez Zamawiającego danego wykonawcy, tylko o sytuacji, w której poprzez czynniki obiektywne – wybór oferty najkorzystniejszej we wcześniejszym postępowaniu i realizację przedmiotu umowy na tej podstawie – zdecydowały o tym, iż obecny wykonawca uzyskał pewną przewagę w zakresie wdrożenia usługi. Odwołujący nie ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia we wcześniejszych latach, a gdyby w sposób skuteczny to uczynił i został wybrany jako podmiot z najkorzystniejszą ofertą, to posiadałby pewną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi podmiotami. Zamawiający stwierdził, że nie istnieje jakakolwiek przestrzeń, aby dotychczasowy wykonawca świadczący usługi obsługi płatności bezgotówkowych musiał dokonywać zmian czy modyfikacji w zakresie wdrożenia. Zamawiający w sposób jasny i przejrzysty wskazał na okoliczność, z którą tak czy inaczej musiałby się zetknąć podczas realizacji zamówienia. Istotne jest jednak to, że mając świadomość o braku potrzeby dokonywania wdrożenia przez podmiot, który zrealizował ten obszar – nieakceptowalne jest ponoszenie wydatku w tym obszarze ponownie przez Zamawiającego, czemu dał wyraz konstruując przedmiotowe zapisy (np. ust. 1.4 PPU, czy pkt. 15.2.1 SWZ). Nie normując tego obszaru w SWZ, pozbawiłby się mechanizmu jego weryfikacji na późniejszym etapie postępowania. Ustawa Pzp nie przewiduje bowiem sytuacji, w której możliwa jest ocena i weryfikacja oferty z rażąco wysoką ceną, a przecież do tego by się to mogło sprowadzać. Obecny wykonawca świadczący usługi obsługi mógłby zaproponować dowolną kwotę w tym obszarze, na co Zamawiający nie miałby wpływu, ponieważ ustawa Pzp przewiduje i wiąże pewne skutki z ceną rażąco niską a nie ceną rażąco wysoką. Zdaniem Zamawiającego nie sposób też podzielić twierdzeń Odwołującego, że opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie sytuacji, w której de facto Zamawiający wyłącza ponoszenie dodatkowego wydatku po swojej stronie w postaci

wdrożenia w żadnym wypadku nie powinno być oceniane jako działanie utrudniające uzyskanie zamówienia przez pozostałych wykonawców, tylko jako rozstrzygnięcie materii problematycznej dla Zamawiającego na przyszłość. Zasada uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp odnosi się globalnie do wszystkich zamówień publicznych, jednak nie oznacza to, że nie może doznawać ona pewnych wyłomów, m.in. poprzez np. powtarzalność zamówień publicznych, co jest kwestią naturalną, np. postępowania w których określony zamawiający zamierza nabyć usługę obsługi określonych numerów telefonicznych – w naturalny sposób dotychczasowy operator/podmiot realizujący tą usługę nie ponosi kosztów przeniesienia numerów do nowego operatora. Trudno mówić, że w takiej sytuacji mamy do czynienia z naruszeniem konkurencji i równego traktowania wykonawców. Taka okoliczność jest pewnym obiektywnym czynnikiem, podobnie jak kwestia wdrożenia usługi bramki płatniczej przez podmiot obecnie świadczący usługi tego rodzaju na rzecz Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał i nie narzucił rozwiązań systemowych, które ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia potencjalnym wykonawcom, wskazał również okres wdrożenia dla podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia z wyłączeniem podmiotu obecnie świadczącego usługi tego rodzaju, poprzez co trudno dopatrywać się jakiegokolwiek naruszenia ze strony Zamawiającego przepisów Pzp. Czynienie zarzutu Zamawiającemu, że dokonał modyfikacji OPZ względem wszczętych w poprzednich latach postępowań jest bezpodstawne mając na uwadze, że Zamawiający określił swoje aktualne biznesowe oczekiwania. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego, że całkowicie usunął z OPZ w przedmiotowym postępowaniu zapisy odnoszące się do terminali płatniczych POS (punkty 47 – 48 Odwołania). Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z perspektywy celu jaki chce osiągnąć, a nie przez opisywanie np. parametrów terminali płatniczych czy funkcjonalności jakie mają posiadać. Jest to kwestia mało istotna z perspektywy realizacji przedmiotu postępowania. Zamawiający określił, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest realizacja przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usługi m.in. zapewniającej w sieci dystrybucji Zamawiającego niezbędnej infrastruktury umożliwiającej realizację płatności bezgotówkowych oraz jej obsługę serwisową w okresie trwania Umowy. (Dowód: OPZ – wprowadzenie – punkt 1 litera b). Jako cel realizacji Umowy, Zamawiający wskazał, że jest nim m.in.: zapewnienie obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników dróg krajowych, zarządzanych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z tytułu poboru Opłat Drogowych oraz zapewnienie prawidłowego przekazania przez poborcę – Szefa KAS - wnoszonej przez Użytkowników dróg krajowych opłaty na Krajowy Fundusz Drogowy, autoryzacja oraz rozliczanie transakcji bezgotówkowych, dokonanych Kartami Płatniczymi, Kartami Flotowymi oraz metodą BLIK i PBL (Dowód: OPZ – wprowadzenie – punkt 2 litera a) - b).- Co istotne, Zamawiający zdefiniował pojęcie Infrastruktury MOK jako - Sprzęt i

oprogramowanie niezbędne do obsługi transakcji bezgotówkowych w MOK umożliwiającej realizację tych płatności zgodnie z OPZ (np. terminale płatnicze POS) oraz Terminal płatniczy POS - Urządzenie elektroniczne, stacjonarne lub przenośne służące do akceptowania Kart Płatniczych/Flotowych oraz transakcji BLIK wraz z funkcjonalnością płatności zbliżeniowych. Natomiast jako miejsca obsługi klienta (MOK) – należy rozumieć - Oficjalna nazwa wszystkich Punktów Obsługi Klienta, Punktów Dystrybucji i Granicznych Punktów Dystrybucji. (Dowód: załącznik nr 3 do PPU – definicje (lp. 14, 22, 48). Zgodnie z zapisami OPZ Wykonawca zapewni obsługę transakcji bezgotówkowych w MOK-ach (punkt 2.1.2. OPZ) oraz wskazuje, że: lista MOK, objętych Wdrożeniem Usług, w których konieczne będzie zapewnienie świadczenia usług płatności bezgotówkowych w Gwarantowanym Terminie Rozpoczęcia Produkcyjnego Świadczenia Usług oraz ich lokalizację wraz z liczbą stanowisk, na których Wykonawca ma zapewnić obsługę określa Załącznik nr 3 (punkt 2.1.3 OPZ). Takie opisanie przedmiotu zamówienia jest jak najbardziej dopuszczalne. Mając na uwadze definicje ujęte w SWZ zakres świadczenia jest precyzyjny. Z przedstawionych zapisów SWZ wprost wynika, że terminale płatnicze POS są immanentną częścią świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia. Poprzez pojęcie infrastruktury MOK należy rozumieć m.in. terminale płatnicze w miejscach, których ma być świadczona usługa będąca przedmiotem zamówienia. Z kolei wykaz lokalizacji został wskazany w załączniku nr 3 do OPZ – wykaz lokalizacji MOK. Powyższe wskazuje, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący, jasny i konkretny. Sam Odwołujący wskazuje, że „Jednym z podstawowych obowiązków wykonawcy przy wdrożeniu obsługi płatności bezgotówkowych jest zapewnienie terminali płatniczych POS. Są to urządzenia obsługujące płatności dokonywane za pośrednictwem kart płatniczych, kart flotowych, a aktualnie także za pomocą kodu BLIK”. Powyższe wskazuje, że Odwołujący ma pełną świadomość zakresu jaki jest niezbędny do wykonania w zakresie usługi będącej przedmiotem postępowania, a zarzuty formułowane przez Odwołującego są zarzutami jak widać nietrafionymi, które „na siłę” próbują podważyć zapisy OPZ. Kwestia terminali płatniczych jest z perspektywy zapisów OPZ opisana w sposób precyzyjny i jasny. To, że terminale muszą być częścią świadczenia usług jest z perspektywy poczynionego powyżej wywodu kwestią oczywistą. Zdaniem Zamawiającego nie musi on również wskazywać liczby terminali czy konkretnych rozwiązań, tu każdy potencjalny wykonawca ma swobodę w doborze tego elementu infrastruktury użytej do świadczenia usług. To właśnie wskazanie konkretnych rozwiązań czy funkcjonalności mogłoby na tyle mocno parametryzować ten obszar, że prowadziłyby do ograniczenia swobody rynkowej w tym obszarze. Odwołujący próbuje wywołać przekonanie, że Zamawiający dokonując zmiany OPZ w zakresie terminali próbuje utrudnić uzyskanie zamówienia Odwołującemu oraz pozostałym podmiotom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tymczasem sytuacja jest zupełnie odmienna. Zamawiający pozostawia pewien

obszar do decyzji każdego z wykonawców, którzy mogą we właściwy dla siebie sposób kształtować realizację usługi będącej przedmiotem postępowania. To, że podmioty rynkowe dotychczas nie były zainteresowane złożeniem oferty było i jest indywidualną sprawą każdego z potencjalnych podmiotów. Zdaniem Zamawiającego kwestia tytułu do terminali płatniczych jest sprawą zupełnie pomijalną i niemającą znaczenia w omawianym stanie faktycznym. Zamawiający nie jest właścicielem terminali płatniczych, a Odwołujący próbuje wymóc na Zamawiającym, kompletnie nieracjonalne i nieefektywne działanie i ponoszenie dodatkowych kosztów twierdząc, że podmiot obecnie świadczący usługi jest zobowiązany do demontażu i zwrotu terminali. Tymczasem jest kwestią oczywistą, że możliwym jest scenariusz, w którym oferta podmiotu obecnie świadczącego usługi obsługi płatności bezgotówkowych zostanie uznana za najkorzystniejszą i podmiot ten będzie realizował przedmiot niniejszego zamówienia. W takiej sytuacji właśnie postanowienia SWZ, tj. ust. 1.4 PPU, czy pkt 15.2.1 SWZ mają na celu konkretyzowanie pewnych oczekiwań Zamawiającego i rozstrzyganie pewnych kwestii spornych, które mogą stanowić problem na późniejszym etapie postępowania, czy realizacji samej Umowy. Zamawiający ponad wszelką wątpliwość wskazał, że nie będzie ponosił kosztów związanych z wdrożeniem usługi płatności bezgotówkowych w niniejszym postępowaniu względem podmiotu obecnie świadczącego usługi. Zamawiający jest przekonany, że obecny wykonawca nie musi dokonywać demontażu a następnie ponownie montować elementu infrastruktury, który obecnie funkcjonuje w poszczególnych lokalizacjach na podstawie obecnie obowiązującej umowy. Co istotne, sam wykonawca obecnie świadczący usługę nie jest przeciwny takiemu ukształtowaniu stosunku zobowiązaniowego, a przeciż gdyby istniała konieczność wymiany elementu infrastruktury MOK w postaci terminali - z całą pewnością zapisy OPZ zostałyby kwestionowane przez Przystępującego po stronie Zamawiającego. Zamawiający przedmiotowymi zapisami zabezpieczył się więc przed obciążeniem go podwójnym finansowaniem tego obszaru. To, jakich terminali żądał Zamawiający w poprzednio prowadzonym postępowaniu nie ma znaczenia. Jak już powyżej wskazywał Zamawiający każdorazowo Zamawiający może opisywać swoje preferencje w zakresie SWZ według własnych oczekiwań biznesowych. Pewnym jest, że wymóg dostarczenia nowych terminali nie wynika z obecnego postępowania. Każdy z podmiotów będzie natomiast zobowiązany do posiadania infrastruktury MOK, w której skład wchodzi terminale płatnicze. Odwołujący pomija fakt, że dokonując zmiany zapisów w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający dokonał również zmiany w zakresie załącznika nr 3 do SWZ Formularz Cenowy. Dodając określone pozycje w formularzu cenowym Zamawiający starał się zminimalizować uprzywilejowanie obecnego wykonawcy względem wcześniejszego brzmienia formularza cenowego, gdzie tych pozycji nie było, a każdy z Wykonawców miał dowolność we wskazywaniu i umiejscowieniu danego kosztu w określonej pozycji formularza cenowego.

Wprowadzenie płatności regularnych w zakresie świadczenia Usługi Serwisowej Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego, Usługi Serwisowej Infrastruktury MOK, czy odrębnego wynagrodzenia za Uruchomienie Płatności Bezgotówkowych w MOK miało na celu wskazanie i odseparowanie obszarów i wynagrodzenia należnego dla każdego wykonawcy i stanowiło niejako konsekwencje zmian w SWZ dokonanych przez Zamawiającego w ust. 1.4 PPU, czy pkt 15.2.1 SWZ. Obecnie jasnym jest, że Wykonawca wskazuje wartość za Świadczenie Usługi Serwisowej Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego, Świadczenie Usługi Serwisowej Infrastruktury MOK, Uruchomienie Płatności Bezgotówkowych w MOK, co z perspektywy Zamawiającego i wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu miało na celu stworzyć jasne i precyzyjne zapisy, dla wszystkich potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Działanie Zamawiającego nie uzależnia Zamawiającego od obecnego wykonawcy, tylko wręcz przeciwnie stwarza pewne uwarunkowania, które globalnie mają dać możliwość realnej wyceny tego przedmiotu zamówienia. To, że obecny wykonawca posiada wdrożone już rozwiązania i pewnego zakresu usługi – wdrożenia – nie musi zdaniem Zamawiającego wykonać, bynajmniej Zamawiający nie znajduje podstawy do ponoszenia w tym obszarze dodatkowego kosztu, co jest jego zdaniem okolicznością faktyczną niezależną i obiektywną. Tymczasem Odwołujący na siłę próbuje narzucić Zamawiającemu pewne rozwiązania, które są z jego perspektywy korzystne, jednak nie są korzystne z perspektywy interesu Zamawiającego, a wręcz stanowiłyby o niegospodarnym dysponowaniu przez Zamawiającego środkami publicznymi. Z tej perspektywy orzeczenie wskazane przez odwołującego (wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1611/18 – punkt 52 Odwołania) paradoksalnie uzasadnia działania Zamawiającego, bowiem Zamawiający nie określił żadnych rygorystycznych warunków realizacji przedmiotowego kontraktu, ograniczających potencjalnych wykonawców. Zamawiający odzwierciedlił i uwypuklił w SWZ pewną sytuację, która może wystąpić i antycypując problemy z tym związane ją unormował. Dodatkowo wprowadził w formularzu cenowym szereg płatności regularnych, co ograniczyć ma uprzywilejowanie podmiotu obecnie świadczącego usługi będące przedmiotem postępowania. Wcześniejsze zapisy SWZ tego nie regulowały. Takie działanie miało na celu zachęcić potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu bowiem pewne obszary będą dla nich przejrzystsze do wyceny. Zamawiający przewidział okoliczność otwarcia nowych Miejsc Obsługi Klienta i dlatego przewidział w tym zakresie odrębne wynagrodzenie. Wynika to z faktu, że Zamawiający może dokonać zmiany lokalizacji, przez co powstanie po stronie każdego wykonawcy dodatkowy koszt uruchomienia płatności bezgotówkowych w MOK. Powyższe wskazuje niezrozumienie zapisów SWZ, tak więc formułowanie w tym zakresie zarzutów względem Zamawiającego jest bezzasadne.

W odniesieniu do zarzut nr 4 Zamawiający nie zgodził się zarzutem nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do szeregu żądań Odwołującego o udostępnienie dokumentacji technicznej wytworzonej przez poprzedniego Wykonawcę w ramach umowy 42/2020, Zamawiający stwierdził, że wymaga, aby Wykonawca zaproponował sposób realizacji wdrożenia usług (co znajdzie wyraz w sporządzeniu Projektu Technicznego) a nie kopiował rozwiązania przyjęte przez poprzedniego Wykonawcę. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 3.1 PPU na Wykonawcy ciąży obowiązek wykonania Projektu Technicznego, który zgodnie z definicją zawartą w załączniku nr 3 do PPU, zawiera proponowany przez Wykonawcę i zaakceptowany przez Zamawiającego opis i schemat rozwiązania połączenia systemu płatności elektronicznych z systemem e-Toll, zawierający rozwiązania połączeń sieciowych jak i aplikacyjnych (aplikacji CRM oraz płatności przez stronę www) oraz opisujący działania, których wykonanie jest niezbędne do tego aby Wykonawca mógł świadczyć Usługi zgodnie z Umową w sposób ciągły i niezakłócony.

Zamawiający zauważył, że w przeważającej części odwołania powielane są pytania, które Odwołujący przekazał Zamawiającemu w ramach wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, w dniach 3 i 9 stycznia 2023 roku. W dniu wniesienia Odwołania termin na udzielenie wyjaśnień jeszcze nie minął, dlatego żądanie nakazania udzielenia wyjaśnień w tym zakresie jest przedwczesne. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania Wykonawcy pismem z dnia 4 stycznia 2023 roku oraz pismem z dnia 18 stycznia 2023 roku (Dowód: Wyjaśnienia Zamawiającego nr 1, Wyjaśnienia Zamawiającego nr 2). Jeżeli Wykonawca ma zastrzeżenia co do udzielonych wyjaśnień to powinien odwołać się od czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu lub braku udzielenia wyjaśnień w ustawowym terminie i w ramach takiego odwołania zażądać nakazania udzielenia wyjaśnień.

Następnie Zamawiający odniósł się od poszczególnych obszarów wskazanych przez Odwołującego z przytoczeniem pytania Wykonawcy, wskazując w zakresie, w jakim Odwołujący cofnął odwołanie:

„b. Zamawiający w ust. 1.4 wzoru umowy oświadczył, że wykonawca świadczący dotychczas na rzecz Zamawiającego usługę na podstawie umowy nr 42/2020 będzie realizował Zamówienie na podstawie infrastruktury wdrożonej w ramach umowy nr 42/2020, jednakże nie dołączył do SWZ treści umowy, jej załączników ani aneksów. W związku z powyższym, wykonawcy inni niż eService nie mają informacji na temat zakresu świadczenia, do którego zobowiązany jest eService i nie mogą w związku z tym przygotować należycie swojej oferty, w sposób umożliwiający zaoferowanie konkurencyjnej, w stosunku do oferty eService, oferty. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia umowy nr 42/2020 wraz z załącznikami i aneksami.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień. Odpowiedź na to pytanie podana została w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 1 (punkt 3 w tabeli). Żądanie udostępnienia umowy nr 42/2020 wraz załącznikami i aneksami nie jest wnioskiem w wyjaśnienie treści SWZ. Dokumenty te opisują sposób realizacji zamówienia, które nie jest przedmiotem Postępowania. Zatem nie są konieczne do sporządzenia oferty przez któregokolwiek z Wykonawców. Odwołanie się przez Zamawiającego w PPU do umowy 42/2020 oznacza tylko tyle, że dotychczasowy Wykonawca będzie świadczył usługę w oparciu o infrastrukturę wdrożoną w ramach tejże umowy. Jeżeli w wyniku obecnego postępowania zostanie wyłoniony inny Wykonawca niż podmiot obecnie świadczący usługę, to nie będzie on miał możliwości skorzystania z infrastruktury wdrożonej w ramach umowy 42/2020, gdyż infrastruktura ta nie jest własnością Zamawiającego i przyszły Wykonawca musi zapewnić infrastrukturę w celu realizacji zamówienia. Ponieważ umowa nr 42/2020 została zawarta w dniu 10 marca 2020 roku, to zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.) w zw. z art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) do umowy stosuje się poprzednio obowiązującą ustawę Prawo zamówień publicznych, tzn. ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843). Zgodnie zaś z art. 139 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych „Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.” W związku z tym taki tryb udostępnienia umowy nr 42/2020 zastosował Zamawiający. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający zarejestrował pytanie, jako wniosek, który będzie realizowany na zasadach przepisów o dostępie do informacji publicznej.”

- e. Zamawiający nie udostępnił dokumentacji projektowej oraz eksploatacyjnej obecnego rozwiązania w zakresie świadczenia Usług. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie informacji w powyższym zakresie.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 6 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Obowiązująca dokumentacja projektowa i eksploatacyjna posiadana przez Zamawiającego implementuje rozwiązanie techniczne realizowane przez dotychczasowego Wykonawcę. W ramach realizacji przedmiotowego przetargu,

Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia nowej dokumentacji opartej na rozwiązaniach zapewniających realizację usługi opisanej w niniejszym postępowaniu.”

- g. Zamawiający nie udostępnił parametrów jakościowych, którym podlega system e-TOLL w zakresie usług związanych z integracją z bramką płatniczą, zwłaszcza w odniesieniu do płatności kartami płatniczymi oraz kartami flotowymi. Powyższe informacje są niezbędne dla zapewnienia poziomu utrzymania usług (SLA) określonego przez Zamawiającego. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie informacji w tym zakresie.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 8 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Wymagany przez Zamawiającego poziom SLA dotyczy usługi autoryzacyjnorozliczeniowej, za której prawidłowe działanie odpowiada Wykonawca. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowe działanie systemu eTOLL.”

- h. W związku z licznymi sformułowaniami (np. „Wykonawca zobowiązany jest przekazywać Zamawiającemu prawidłową, kompletną kwotę należnych Opłat Drogowych pobranych od Użytkowników” – pkt 2.1.10 OPZ) pozwalającymi sądzić, iż rolą wykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia będzie pobieranie opłaty w imieniu i na rzecz Szefa KAS, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu jednoznaczne określenie roli, w której będzie występował wykonawca realizując przedmiot zamówienia, w szczególności czy wykonawca będzie dokonywał poboru opłat, a jeśli tak to w czyim imieniu i na czyją rzecz oraz - jeśli nie, to jaką rolę w kontekście przytoczonego cytatu pełni wykonawca w procesie poboru opłat. Jeśli wykonawca ma realizować pobór opłat w imieniu i na rzecz Szefa KAS, to wydaje się niezbędne wystawienie odpowiedniego pełnomocnictwa, tak aby nie dochodziło do jakichkolwiek wątpliwości i różnicy zdań uczestników całego procesu. W przypadku wykonywania poboru w imieniu i na rzecz Szefa KAS niezbędne jest udzielenie stosownego pełnomocnictwa i dołączenie go do dokumentacji postępowania.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 9 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający nie potwierdza interpretacji Wykonawcy. Wykonawca będzie występował w roli Agenta rozliczeniowego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 19

sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2360), tj. będzie świadczył tzw. usługę acquiringu. Treść SWZ w tym zakresie pozostaje bez zmian.”

- j. Definicja Raportu Transakcyjnego zawarta w załączniku nr 3 do wzoru umowy (definicje) opisana w następująco: „Raport, o którym mowa w rozdziale 2 pkt 5 OPZ.” Definicja referuje do jednostki redakcyjnej, w której nie można odnaleźć informacji na ten temat. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie definicji „Raport Transakcyjny”.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku.

Zamawiający dokonał korekty błędnego odwołania w definicji „Raport Transakcyjny” w punkcie 3 w Tabeli nr 1 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2.

- k. W załączniku nr 3 do wzoru umowy znajduje się definicja „Pojazd Lekki”. Sformułowanie to nie jest wykorzystane w żadnym elemencie SWZ (poza słownikiem definicji). Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie definicji „Pojazd Lekki” bądź uzupełnienie SWZ o fragment, w którym to pojęcie miało wystąpić.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku.

Definicja „Pojazd Lekki” jest wykorzystywana w definicji „Opłata Drogowa” w Załączniku nr 3 do PPU, z tym, że zamiast „Pojazdu Lekkiego” definicja „Opłaty Drogowej” posługiwała się pojęciem „pojazdu lekkiego”. Zamawiający dokonał zmiany w PPU w Wyjaśnieniach Wykonawcy nr 2 (punkt 4 w Tabeli nr 1) polegającej na zamianie sformułowania „pojazdu lekkiego” na „Pojazdu Lekkiego” tak aby było jasne że chodzi o referencję do definicji „Pojazd Lekki”.

- l. W Załączniku nr 3 do wzoru umowy znajduje się definicja „Pliku Rozliczeniowego” referująca do rozdziału 2, pkt 4 OPZ. W tej jednostce redakcyjnej nie można odnaleźć informacji na ten temat. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie definicji „Pliku Rozliczeniowego”.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Zamawiający dokonał korekty błędnego odwołania w definicji „Plik Rozliczeniowy” w punkcie 5 w Tabeli nr 1 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2.

- m. W pkt 2.7.16 OPZ występuje rozbieżność pomiędzy opisem procesu akceptacji Kart a „Schematem autoryzacji transakcji Kartami Flotowymi w SPOE KAS” wraz z Opisem wersji w Załączniku nr 2 do OPZ pt. „Obecna Architektura Systemu – Specyfikacja Interfejsów oraz testy”. W pierwszym przypadku Zamawiający referuje do Wystawców Kart Flotowych, natomiast w drugim przypadku do Dostawców Kart Flotowych. Ostatecznie nie do końca

wiadomo jaka jest intencja Zamawiającego. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia powyższych rozbieżności.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 15 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający dokonuje zmiany w PPU, patrz tabela 1 niniejszego pisma, lp. 6.”

- n. W pkt. 1.5 załącznika nr 1 do OPZ („SLA”) Zamawiający wskazuje, iż opracowane przez Wykonawcę procedury zostaną opisane w dokumencie „Procedury utrzymania” i będą podlegać stosownej weryfikacji i odbiorowi przez Zamawiającego przed przystąpieniem do świadczenia Usług. Zamawiający nie precyzuje, na czym będzie polegać „stosowna weryfikacja” i „odbior” oraz w jaki sposób będą przebiegać te czynności. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższych sformułowań oraz jednocześnie, ponieważ Zamawiający wymaga w tym względzie zgodności z ITIL v3, uzupełnienie procedury odbiorowej o zapewnienie, iż odbioru dokona osoba z wiedzą i doświadczeniem w stosowaniu ITIL v3 w praktyce.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 16 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający nie widzi potrzeby wprowadzania zapisów regulujących procedurę odbioru tego dokumentu. Zamawiający niezwłocznie będzie dokonywał weryfikacji procedur utrzymania pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia. Weryfikacji będą dokonywać osoby z odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Wykonawca nie jest uprawniony do oceny zasobów kadrowych Zamawiającego.”

- o. Zamawiający nie precyzuje w pkt 1.4 załącznika nr 1 do OPZ („SLA”) , czy usługi realizowane przez system Zamawiającego, w zakresie w jakim mają wpływ na usługę świadczoną przez wykonawcę są utrzymywane również w sposób zgodny z bibliotekami ITIL v3. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższych kwestii oraz wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia zobowiązującego Zamawiającego do udostępnienia wykonawcy, po podpisaniu umowy, procedury utrzymania w zakresie co najmniej tożsamym z określonym w pkt 1.5 Załącznika nr 1 do OPZ oraz postanowienia, że terminy na dostarczenie przez wykonawcę procedur utrzymania będą liczone od dnia otrzymania przez wykonawcę procedur utrzymania od Zamawiającego.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 17 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zadaniem Wykonawcy nie jest dostosowanie procedur Wykonawcy do procedur utrzymania systemu e-TOLL, ale samodzielne przygotowanie procedur utrzymania infrastruktury Wykonawcy niezależnie od dotychczasowych procedur w systemie e-TOLL. W związku z tym Zamawiający nie będzie udostępniał Wykonawcy żadnych procedur utrzymania systemu e-TOLL.”

- p. W pkt. 3.1.1 załącznika nr 1 do OPZ (SLA) Zamawiający wskazuje, iż wykonawca jest zobowiązany do „Przyjmowania zgłoszeń incydentów w trybie ciągłym (24/7) poprzez standardowe kanały komunikacji tj. telefon, e-mail lub dedykowane rozwiązanie klasy ITSM, o ile jedna ze Stron takie rozwiązanie posiada i Strony zgodzą się na jego wykorzystanie”. Jednocześnie w pkt 3.2 czytamy: „Wykonawca zobowiązuje się rejestrować każdy zgłaszany lub wykrywany incydent z uwzględnieniem uzgodnionej z Zamawiającym odpowiedniej kategoryzacji rejestrowanych incydentów, wykorzystując kanały komunikacji opisane w pkt 3.1.1.”, a w pkt 3.13.1: „Wykonawca zapewni dla Zamawiającego dostęp do Systemu Zgłoszeniowego Wykonawcy 3 dni przed rozpoczęciem świadczenia Usług.”, następnie w pkt. 3.13.2: „Wszystkie incydenty będą zgłaszane Wykonawcy za pośrednictwem Systemu Zgłoszeniowego Wykonawcy oraz kanałami wskazanymi w pkt. 3.1.1.”. Czytając łącznie te postanowienia, nie jest jasne ilu i jakich kanałów komunikacji oczekuje Zamawiający.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższych kwestii.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 18 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Kanały komunikacji z Zamawiającym zostaną uzgodnione i doprecyzowane w dokumencie, o którym mowa w pkt. 1.5 Załącznika nr 1 do OPZ, opracowanym przez Wykonawcę, w ramach kanałów o których mowa w pkt 3.1.1 Załącznika nr 1 do OPZ.”

- q. Zamawiający w załączniku nr 1 do OPZ (SLA) wymaga określonego czasu reakcji dla incydentu o określonym priorytecie. Nie jest jednak jasne, czy chodzi tu o godziny robocze. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższej kwestii.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 20 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Nie ma jakichkolwiek podstaw aby twierdzić, iż może chodzić o inne godziny niż zwykle godziny zegarowe, w szczególności mając na uwadze że Wykonawca świadczy usługi SLA w trybie 24x7 (punkt 3.1 załącznika nr 1 do OPZ). Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego: „Nie, Zamawiający nie określił pojęcia „godziny robocze”.”

- r. Zamawiający w pkt 3.1.3 załącznik nr 1 do OPZ (SLA) wymaga zapewnienia „bezpiecznego działanie Usług”. Nie jest jasne, czy Zamawiający ma na myśli bezpieczeństwo informacji z punktu widzenia bibliotek ITIL v3, czy z jakiegoś innego punktu widzenia. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższej kwestii

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 21 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający poprzez sformułowanie „bezpieczne działanie Usług”, o którym mowa w pkt 3.1.3 Załącznika nr 1 do OPZ ma na myśli bezpieczeństwo informacji rozumiane jako ochronę informacji przed nadużyciami, nieautoryzowanym dostępem, zakłóceniami lub zniszczeniem, o których mowa szczegółowo w rozporządzeniach KRI i RODO.”

- s. Zamawiający w pkt 3.1.3 załącznik nr 1 do OPZ (SLA) wymaga „udzielania konsultacji technicznych oraz konsultacji w zakresie działania funkcjonalnych, technologicznych i architektonicznych aspektów”. Nie jest jasne, komu miałyby zostać udzielane powyższe konsultacje oraz jakiego bytu miałyby dotyczyć konsultacje funkcjonalne, technologiczne i architektoniczne. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania powyższej kwestii.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 22 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Konsultacje udzielane będą pracownikom Zamawiającego w zakresie rozwiązań wdrożonych przez Wykonawcę w ramach Umowy, celem mitygacji ryzyk w trakcie dalszej realizacji Umowy.”

- u. Zgodnie z pkt 3.13.3 lit. a załącznika nr 1 do OPZ (SLA): „Poważny incydent dotyczący użyteczności, który powoduje awarię systemu, podsystemu, aplikacji o krytycznym znaczeniu, modułu lub komponentu lub nieodwracalną utratę danych i przychodów. System nie nadaje się do użytku lub użytkowanie jest skrajnie ograniczone (np. brak możliwości płatności kartami flotowymi, płatniczymi lub przez stronę web)”. Zamawiający nie precyzuje, co ma na myśli pod pojęciem „systemu, podsystemu, aplikacji o krytycznym znaczeniu, modułu lub komponentu”. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 26 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający na tym etapie postępowania nie ma możliwości zdefiniowania powyższych pojęć z uwagi na fakt, że zapis ten dotyczy rozwiązania teleinformatycznego Wykonawcy, który dopiero będzie określony w Projekcie Technicznym, sporządzonym przez Wykonawcę.”

- v. Zamawiający posługuje się niejednorodnym nazewnictwem, np. w pkt 3.13.3 lit. b załącznika nr 1 do OPZ (SLA) Zamawiający używa sformułowania „(np. brak możliwości płatności jednym rodzajem kart)”. Jednocześnie w pkt 2.2.1 OPZ Zamawiający używa innego sformułowania: „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia obsługi transakcji bezgotówkowych dokonywanych Kartami Płatniczymi (kredytowe, debetowe), co najmniej typu: [...]”. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 27 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający rozróżnia podział kart ze względu na Organizację Płatniczą w przypadku Kart Płatniczych oraz Wystawcę/Dostawcę w przypadku Kart Flotowych.”

- w. W pkt 3.13.3 lit. b załącznika nr 1 do OPZ (SLA) występuje sformułowanie „Istnieje akceptowalne obejście”. Zamawiający nie precyzuje, jakie są kryteria akceptacji obejścia. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 28 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Sformułowanie to obejmuje tymczasowe rozwiązania mające na celu przywrócenie działania danej funkcjonalności Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego do czasu skutecznej naprawy (tzw. work around). Jedynym kryterium akceptacji jest działanie danej funkcjonalności (np. możliwość płatności kartą lub jej brak).”

- y. pkt 2.4.3 OPZ Zamawiający zawarł postanowienie: „Zapewnienie istniejącej funkcjonalności Systemu e-TOLL, polegającej na płatności za pomocą strony internetowej e-TOLL lub za pomocą aplikacji mobilnej, leży po stronie Zamawiającego”. Nie jest jasne, w jakim zakresie Zamawiający zapewnia funkcjonalności polegające na płatności za pomocą strony internetowej e-TOLL lub za pomocą aplikacji mobilnej oraz jak się ma to postanowienia w odniesieniu do Usług oraz obowiązków Wykonawcy w związku ze świadczeniem usługi autoryzacji i rozliczenia płatności metodą PayByLink lub kartami flotowymi/płatniczymi na stronie internetowej e-TOLL i w aplikacji mobilnej. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższej kwestii.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 31 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Płatności poprzez stronę internetową lub aplikację mobilną e-TOLL odbywają się poprzez przekierowanie do zdefiniowanej przez Wykonawcę strony (łącza - linku), na której klient dokonuje wyboru metody płatności (Karta Płatnicza, Karta Flotowa, BLIK, PayByLink). Zapewnienie i obsługa tej strony leży po stronie Wykonawcy.”

- aa. Zgodnie z ust. 23.5 wzoru umowy: „Z wyjątkiem przypadków w których Umowa upoważnia Zamawiającego do jednostronnych zmian postanowień Umowy, zmiana Umowy może być dokonana w formie aneksu [...]”. Zamawiający nie precyzuje, kiedy umowa w sprawie zamówienia publicznego mogłaby zostać zmieniona na podstawie jednostronnego oświadczenia woli Zamawiającego. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie, w jakich przypadkach Zamawiający jest uprawniony do jednostronnej zmiany umowy.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 37 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Zamawiający zrezygnował z tego zapisu tzn. z zapisu „Z wyjątkiem przypadków w których Umowa upoważnia Zamawiającego do jednostronnych zmian postanowień Umowy,” i dokonał stosownych zmian w PPU opisanych w tej odpowiedzi.

Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający miał na myśli § 2 ust. 2.10 PPU, jednakże w obecnym stanie faktycznym (wielokrotne przesunięcie terminu składania ofert) Zamawiający zmienia dotychczasową treść § 23 ust. 23.5 PPU oraz uchyla § 2 ust. 2.10 PPU. Patrz tabela 1 niniejszego pisma, lp. 10-11.”

- cc. Zgodnie z ust. 1.4.2 wzoru umowy, „Wykonawca będzie świadczył Usługi zgodnie z OPZ wykorzystując infrastrukturę, w tym Infrastrukturę MOK, wdrożoną w ramach umowy o świadczenie usług płatniczych nr 42/2020”. Zamawiający nie precyzuje, czy w skład infrastruktury wchodzi również elementy sprzętowe i programistyczne, które były zmieniane, konfigurowane i oprogramowywane przez poprzedniego wykonawcę (konsorcjum eService). Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzować, czy w skład infrastruktury wchodzi również elementy sprzętowe i programistyczne, które były zmieniane, konfigurowane i oprogramowywane przez poprzedniego wykonawcę (konsorcjum eService).

Informacje których żąda Wykonawca nie dotyczą SWZ. Odwołanie się przez Zamawiającego w PPU do umowy 42/2020 oznacza tylko tyle, że dotychczasowy Wykonawca będzie

świadczył usługę w oparciu o infrastrukturę wdrożoną w ramach tejże umowy. Jeżeli przetarg wygra inny, niż dotychczasowy Wykonawca, to nie będzie on miał możliwości skorzystania z infrastruktury wdrożonej w ramach umowy 42/2020, gdyż infrastruktura ta nie jest własnością Zamawiającego. Zgodnie z OPZ Wykonawca musi sam zapewnić infrastrukturę w celu realizacji zamówienia. Zamawiający wskazuje jednocześnie, że zgodnie z definicją „Infrastruktura MOK” na tę infrastrukturę składa się zarówno sprzęt jak i oprogramowanie.

hh. Zamawiający nie udostępnił danych dotyczących transakcji dokonywanych kartami flotowymi w okresie lipiec – październik 2022 r. Odwołujący wnosi o nakazanie udostępnienia powyższych informacji lub podania przyczyny braku takich danych.

Pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 1 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„W powyższym okresie płatności kartami flotowymi nie występowały.”

ii. Zgodnie z ust. 2.7 wzoru umowy, „W celu uniknięcia wątpliwości upływ terminu obowiązywania Umowy nie zwalnia Stron z realizacji obowiązków, które ze swej natury nie wygasają z chwilą upływu tego terminu, co dotyczy np. obowiązku wzajemnego rozliczenia należności, poufności itp.”. Powyższe postanowienie jest nieprecyzyjne – Odwołujący wnosi o precyzyjne i enumeratywne wyliczenie „obowiązków, które ze swej natury nie wygasają” z chwilą upływu terminu obowiązywania umowy.

Jest to standardowy zapis kontraktowy aby podkreślić to, iż pomimo upływu terminu obowiązywania Umowy w mocy pozostają zobowiązania, które ze swej natury nie wygasają z chwilą upływu tego terminu. Do takich obowiązków należy m.in.: obowiązek wzajemnego rozliczenia należności, obowiązki związane z zachowaniem poufności, obowiązek deinstalacji i odbioru elementów Infrastruktury MOK po zakończeniu świadczenia usług, obowiązek zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, obowiązek zapłaty kar umownych i odszkodowań.

jj. W Załączniku nr 2 do OPZ – Obecna Architektura Systemu, w pkt 1.1, tiret pierwszy można odnaleźć sformułowanie: „Bramka płatnicza inicjuje transakcję i prosi płatnika opłat drogowych przy terminalu płatniczym o włożenie/wstukanie/przeciągnięcie karty”. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania na czym dokładnie ma polegać „włożenie”, „wstukanie” oraz „przeciągnięcie” karty.

Czynność wskazana w tym punkcie zależy od sposobu autoryzacji, tzn. zbliżeniowo, za pomocą paska magnetycznego lub za pomocą mikroprocesora. Wszystkie te sposoby autoryzacji winien zapewnić terminal płatniczy dostarczony przez Wykonawcę. Przez „wstukanie” Zamawiający rozumie wprowadzenie numeru PIN do terminala płatniczego.

kk. Zamawiający nie przekazał informacji dotyczącej przekroczeń parametrów jakościowych SLA lub terminów określonych w SWZ przez obecnego wykonawcę oraz informacji na temat ilości oraz wartości kar nałożonych w związku z tymi przekroczeniami. Powyższa informacja jest niezbędna do oszacowania ryzyka związanego z niedotrzymaniem parametrów SLA i ew. karami umownymi. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie powyższej informacji. Informacje których żąda Wykonawca nie dotyczą SWZ.”

W odniesieniu do zarzutu nr 5 Zamawiający stwierdził, że sformułował zapisy umowy tak, aby zapewnić prawidłową realizację zamówienia, a w szczególności, aby Zamawiający dysponował środkami umożliwiającymi wyegzekwowanie od Wykonawcy realizacji zobowiązań umownych. Odnosząc się do poszczególnych obszarów co do których Odwołujący cofnął odwołanie Zamawiający wskazał:

„a. zgodnie z pkt 3.7 załącznika nr 1 do OPZ (SLA) Zamawiający zastrzegł sobie prawo do jednostronnej zmiany klasyfikacji incydentu lub zgłoszenia serwisowego zarejestrowanego przez wykonawcę, a decyzja Zamawiającego jest ostateczna i nie podlega zmianie. Powyższe postanowienie pozwala Zamawiającemu w sposób arbitralny i bez jakiegokolwiek kontroli i w nieograniczonym czasie na zmianę klasyfikacji incydentu, co po stronie wykonawcy rodzi ściśle określone obowiązki (m. in. konieczność reakcji w czasie przypisanym do kategorii incydentu określonego przez Zamawiającego). Podkreślić również należy, że powyższe postanowienie jest sprzeczne z pkt 1.5 w/w załącznika, który nakazuje wykonawcy opracowanie procedur utrzymania regulujących m.in. procedury awaryjne. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie pkt 3.7 z załącznika nr 1 do OPZ (SLA), ewentualnie o nakazanie zmiany postanowienia poprzez dookreślenie maksymalnego terminu, podczas którego Zamawiający może dokonać zmiany kategorii incydentu oraz nakazanie wprowadzenia postanowienia, zgodnie z którym wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za błędną zmianę kategorii incydentu dokonaną przez Zamawiającego.

Żądanie to przedstawione we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to żądanie podana została w punkcie 24 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzanie żadnych przez Wykonawcę zmian. Jednakże chcąc rozwiać obawy Wykonawcy o arbitralność decyzji, Zamawiający dokonuje zmian w punkcie 3.7 załącznika nr 1 do OPZ, patrz tabela 1 niniejszego pisma, lp. 7.”

W konsekwencji dokonanej zmiany punkt 3.7 załącznika nr do OPZ brzmi:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany klasyfikacji incydentu lub zgłoszenia serwisowego zarejestrowanego przez Wykonawcę, jeżeli klasyfikacja ta zostanie przypisana przez Wykonawcę niezgodnie z objaśnieniami priorytetów określonymi w punkcie 3.13.3. niniejszego załącznika.”

- b. zgodnie z ust. 17.6 wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany do przeniesienia praw autorskich w przypadku wytworzenia w wyniku realizacji umowy jakiegokolwiek utworu w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Należy podkreślić, że przedmiotem niniejszej umowy jest świadczenie usług na rzecz Zamawiającego, a nie wytworzenie oprogramowania i przekazanie do niego autorskich praw majątkowych (świadczenie to nie jest nawet ujęte w formularzu cenowym). Stąd też wymóg ten jest niewspółmierny do przedmiotu umowy. Zamawiającemu w zupełności wystarczy, jeśli wykonawca (o ile będzie to potrzebne) udzieli Zamawiającemu licencji na korzystanie z oprogramowania. Odwołujący wnosi o nakazanie usunięcia postanowień dotyczących przeniesienia autorskich praw majątkowych na Zamawiającego.

Żądanie to przedstawione we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to żądanie podana została w punkcie 36 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego:

„Zamawiający dokonał zmiany PPU w ten sposób, że usunął postanowienia o przeniesieniu autorskich praw majątkowych do oprogramowania. Jednakże Zamawiający chce mieć pełne prawa do dokumentacji, która zostanie stworzona na potrzeby realizacji Umowy i podtrzymuje zapisy o przeniesieniu autorskich praw majątkowych do dokumentacji. Patrz tabela 1 niniejszego pisma, lp. 9.”

- d. Zgodnie z ust. 3.2 wzoru umowy „Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie uwzględnić zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego i przekazać Zamawiającemu poprawiony Projekt Techniczny, a procedura odbioru zostanie powtórzona”. Wykonawca wnosi o nakazanie zmiany ust. 3.2 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie uwzględnić zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego i przekazać Zamawiającemu poprawiony Projekt Techniczny, a procedura odbioru zostanie powtórzona. W przypadku gdy zastrzeżenia Zamawiającego stoją w sprzeczności z regulacjami dotyczącymi przepisów krajowych lub UE, lub regulacji Organizacji Płatniczych, a także norm i swobody Wykonawcy w zakresie sposobu wykonywania Usług, Wykonawca nie będzie związany tymi zastrzeżeniami.”

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian żądanych przez Odwołującego. Zobowiązanie Wykonawcy do realizacji Projektu Technicznego nie funkcjonuje w próżni prawnej i jest oczywistym, że zastrzeżenia Zamawiającego nie mogą stać w sprzeczności z przepisami prawa jak również nie mogą pozbawiać Wykonawcy możliwości zaproponowania sposobów Wdrożenia Usług w zakresie wynikającym z SWZ.”

Do pisma zostały załączone: SWZ postępowania znak R/045/22/DPO/G/245, Pismo procesowe Odwołującego z dnia 21 listopada 2022 r. w postępowaniu KIO 2958/22, Pismo z dnia 11 stycznia 2022 roku przedłużające termin złożenia ofert, Informacja z otwarcia ofert z dnia 30 sierpnia 2022 r., Print screen ze strony KNF z dnia 19 stycznia 2023 r., Wnioski o udzielenie wyjaśnień z dnia 4 i 9 stycznia 2023 r., Pismo z dnia 3 stycznia 2023 roku zawierające odpowiedzi na pytania Wykonawców („Wyjaśnienia Zamawiającego nr 1”), Pismo z dnia 18 stycznia 2023 roku zawierające odpowiedzi a pytania Wykonawców („Wyjaśnienia Zamawiającego nr 2”).

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy: PayPro S.A. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService sp. z o.o., „TECS” Telecommunication & E- Commerce Solutions GmbH, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego odpowiednio po stronie: Odwołującego i Zamawiającego, stając się uczestnikami postępowania.

Za pismem z 11 stycznia 2023 r. Zamawiający po raz kolejny przedłużył termin składania ofert, w wyniku czego termin ten przekracza 30 dni od przesłania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej.

W związku z tym odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, dotyczącego skrócenia terminu składania ofert podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów numer: 4b, 4e, 4g, 4h, 4j, 4k, 4l, 4m, 4n, 4o, 4p, 4q, 4r, 4r, 4s, 4u, 4v, 4w, 4y, 4aa, 4cc, 4hh, 4ii, 4jj, 4kk oraz 5a, 5b,5d.

W związku z tym odwołanie w zakresie tych zarzutów podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp.

W konsekwencji rozpoznaniu przez Izbę podlegają zarzuty oznaczone w odwołaniu numer 2, 3 - jako ewentualny w stosunku do zarzutu nr 2, 4a, 4c, 4d, 4f, 4i, 4t, 4x, 4bb, 4dd, 4ee, 4ff, 4gg, 4ll oraz 5c, 5e.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do złożonych w postępowaniu pism.

Izba dopuściła także dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: wydruku ze strony NIEBEZPIECZNIK, oświadczeń dostawców kart flotowych z 2021 r. wraz z tłumaczeniem, wyciągu z Dokumentacji technicznej systemu e-TOLL Integracja Aplikacji partnera z modułem eBilet z 18.08.2021 r. Wersja API:0.8., wydruku (wyciąg) dotyczącego PKO BP API 2.1.1 i specyfikacji interfejsu dla usług świadczonych przez ASPSP (...), jednak uznała je za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy, w szczególności z uwagi na brak wykazania ich powiązania z przedmiotem analizowanej sprawy. Przykładowo, złożona przez Odwołującego dokumentacja techniczna dotyczy e-biletu, natomiast dowód dotyczący aplikacji API i PKO BP dotyczy dostępu do rachunku, a zatem nie dotyczą przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut nr 2 dotyczący zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert

Stosownie do Pzp: *1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. 2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.*

Art. 246 ust. 1 i 2 Pzp stanowi: *1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.- 2. Zamawiający publiczni, o których mowa w*

art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

W myśl art. 241 ust. 1 i 3 Pzp: 1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. 3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zgodnie z art. 16 Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W sprawie nie jest sporna treść przytoczonych powyżej w odwołaniu postanowień SWZ, w tym, że Zamawiający wprowadził w SWZ tylko jedno kryterium oceny ofert, tj. cenę z wagą 100%. Spór dotyczy tego czy Zamawiający był do tego uprawniony.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ten sposób naruszył wskazane przez niego przepisy, ponieważ zastosowane kryterium nie zapewnia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz prowadzi do preferowania dotychczasowego wykonawcy. Zamawiający nie określił wymagań jakościowych odnoszących się co najmniej do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia jest bowiem, jego zdaniem, niejednoznaczny, niepełny, nieprecyzyjny i uniemożliwia wykonawcom przeprowadzenie prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący zastrzegł przy tym, że na pierwszy plan wysuwa się w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia dotyczący części usług wdrożeniowych, a dokładnie dostawy terminali płatniczych, co do których Zamawiający w obecnym postępowaniu nie zamieścił postanowień, jakie wprowadzał we wcześniejszych postępowaniach i w związku z tym jego zdaniem nie jest wiadomo, ile terminali i gdzie należy je dostarczyć, jakie funkcje mają zapewniać, jakie wymagania mają spełniać i czy Zamawiający oczekuje od wykonawców przeszkolenia obsługi w zakresie korzystania z terminali. Zastosowane kryterium odnosi się nie tyle do cech świadczenia wykonawcy, co sytuacji faktycznej, w której dotychczasowy wykonawca tj. konsorcjum eService posiada przewagę konkurencyjną. Odwołujący stwierdził, że naprawa tej sytuacji może nastąpić na skutek podjęcia dwóch jednoczesnych czynności, tj. przypisania kryterium cenowemu wagi maksymalnie 60% i wprowadzenia dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert oraz zmianę kryterium cenowego w ten sposób, aby w kryterium oceny ofert podlegała jedynie część wynagrodzenia za obsługę płatności bezgotówkowych, czyli aby zostało wyłączone z oceny jednorazowe wynagrodzenie za wdrożenie usług.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika natomiast, że przedmiot zamówienia został opisany z perspektywy celu jaki ma być osiągnięty, a nie przez opisywanie np. parametrów terminali płatniczych czy funkcjonalności jakie mają posiadać, co jest kwestią mało istotną z perspektywy realizacji przedmiotu postępowania. W opisie przedmiotu zamówienia zostały zdefiniowane wszystkie niezbędne standardy jakościowe odnoszące się do usługi będącej przedmiotem postępowania, w szczególności poprzez zapisy:

- a. Wykonawca zapewni, aby przyjmowanie i rozliczanie transakcji BLIK i PBL oraz transakcji z wykorzystaniem Kart Płatniczych i Kart Flotowych odbywało się 24 godziny na dobę (pkt 2.1.1. opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do projektowanych postanowień umowy, zwanych dalej „PPU”);
- b. Wykonawca zobowiązany jest do codziennego tworzenia i zamieszczania w Panelu Wykonawcy plików rozliczeniowych zawierających wszystkie autoryzowane Transakcje za okres od 00:00 – 24:00 (pkt 2.9.1. OPZ);
- c. W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca zapewnia Zamawiającemu stały, całodobowy dostęp do panelu Wykonawcy z odpowiednimi uprawnieniami nadanymi Zamawiającemu, zapewniającymi weryfikację statusu transakcji bezgotówkowych (transakcji zaakceptowanych i transakcji odrzuconych) oraz wygenerowanie potwierdzeń prawidłowości wykonanych transakcji w formacie co najmniej XML, XLS, TXT, CSV, PDF (pkt 2.9.5. OPZ);
- d. Wykonawca, najpóźniej 2-go Dnia Roboczego po otrzymaniu od Zamawiającego raportu transakcyjnego, przekazuje odrębnym przelewem na rachunki bankowe Zamawiającego sumę wartości transakcji z danego dnia dotyczących jednego raportu transakcyjnego w podziale na transakcje dokonywane kanałami płatniczymi: strona internetowa, aplikacja mobilna, transakcje w MOK, Transakcje e-bilet dokonywane poprzez stronę internetową i aplikację mobilną (pkt 2.10.2. OPZ);
- e. Dostępność systemu autoryzacyjnego – gwarantowany poziom świadczenia usług (SLA) dostępność jest mierzona w stosunku do jednego roku kalendarzowego, w którym to okresie dopuszcza się łącznie 8,76 godz. niedostępności (pkt 2.11.1. OPZ);
- f. Obsługa płatności internetowych musi odbywać się 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę przez cały rok, ze współczynnikiem SLA (Service Level Agreement) nie niższym niż 99,90%. Do SLA nie są liczone przerwy techniczne w godzinach od 22:00 do 6:00 czasu lokalnego, o których Wykonawca musi powiadomić Zamawiającego nie później niż 5 dni przed planowaną przerwą techniczną. Liczba godzin przerw technicznych nie może być

większa niż 6 godzin w skali miesiąca i jednocześnie jednorazowa przerwa w działaniu systemu nie może być dłuższa niż 3 godziny (pkt 2.11.2 OPZ);

- g. Wykonawca usuwać będzie wszelkie awarie infrastruktury do obsługi płatności bezgotówkowych zgłaszane Wykonawcy przez Zamawiającego. Usunięcie awarii realizowane będzie najpóźniej do 24 godzin (maksymalny termin) od momentu zgłoszenia (pkt 2.13.1.4. OPZ);
- h. Wykonawca zapewni przez 7 dni w tygodniu/365 dni w roku wsparcia techniczne dla Zamawiającego (pkt 2.13.1.5. OPZ).

oraz określenie Service Level Agreement (SLA), które zostało doprecyzowane w załączniku nr 1 do OPZ, gdzie Zamawiający określił m.in. sposób zgłaszania incydentów, czasy reakcji na incydent oraz czasy naprawy incydentów z podziałem na określone priorytety.

Zdaniem Zamawiającego mając na uwadze również definicje ujęte w SWZ zakres świadczenia jest precyzyjny, a wprowadzanie w postępowaniu jakichkolwiek innych kryteriów pozacenowych byłoby sztuczne i niemające znaczenia dla Zamawiającego. Istota przedmiotu zamówienia sprowadza się bowiem do tego, że aby móc rozpocząć świadczenie usług będących przedmiotem postępowania, Wykonawca powinien wdrożyć rozwiązanie, które umożliwi mu realizację następujących celów:

- a) zapewnienie obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników dróg krajowych, zarządzanych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z tytułu poboru Opłat Drogowych oraz zapewnienie prawidłowego przekazania przez poborcę – Szefa KAS - wnoszonej przez Użytkowników dróg krajowych opłaty na Krajowy Fundusz Drogowy,
- b) autoryzację oraz rozliczanie transakcji bezgotówkowych, dokonanych Kartami Płatniczymi, Kartami Flotowymi oraz metodą BLIK i PBL,
- c) połączenie systemu autoryzacyjnego Wykonawcy z istniejącą infrastrukturą Zamawiającego, umożliwiającą sprawne kontynuowanie obecnej obsługi płatności bezgotówkowych.

Dla realizacji powyższego konieczna jest integracja zaproponowanego przez Wykonawcę rozwiązania z już funkcjonującym systemem e-TOLL. Każdy wykonawca ma możliwość indywidualnego (autorskiego) zaproponowania rozwiązania z zastrzeżeniem zgodności z SWZ. Po poprawnym zbudowaniu, uruchomieniu i przetestowaniu rozwiązania informatycznego, stworzonego przez wykonawcę, obsługa płatności bezgotówkowych (w tym autoryzacja) odbywa się niejako automatycznie, a udział wykonawcy w procesie polega wyłącznie na nadzorowaniu poprawności świadczonych usług i raportowaniu. Tworzenie

więc jakichkolwiek dodatkowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu miałyby charakter sztuczny, nieodzwierciedlający realnych potrzeb Zamawiającego.

W ocenie Izby w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że w sprawie nie zostało wykazane, aby zastosowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie zawierał wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Nie zostało także wykazane, aby brak określenia przez Zamawiającego konkretnych rozwiązań w zakresie wdrożenia i pozostawiona wykonawcom w tym zakresie swoboda, z zastrzeżeniem konieczności uwzględnienia wymogów określonych w SWZ, stanowiło w okolicznościach analizowanej sprawy naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, w tym, aby profesjonalny wykonawca, posiadający uprawnienia w danej dziedzinie, znając SWZ i wiedząc jakie usługi ma świadczyć, nie był w stanie opracować autorskiego rozwiązania służącego do ich realizacji i jego integracji z systemem e-TOLL.

W tym aspekcie Izba zwraca uwagę, że, jak słusznie stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim świadczenie usług całodobowej autoryzacji oraz rozliczania transakcji bezgotówkowych dokonywanych przy użyciu: kodu BLIK, transakcji PBL (Pay By Link) oraz przy użyciu Kart Płatniczych i Kart Flotowych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych oraz zapewnienie niezbędnej obsługi serwisowej Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego płatności bezgotówkowych. Dla umożliwienia świadczenia tych usług konieczne jest przeprowadzenie przez Wykonawcę wdrożenia usług, tj. zintegrowanie systemu Wykonawcy i Zamawiającego umożliwiające wymianę niezbędnych danych oraz zapewnienie i uruchomienie w Miejscach Obsługi Klienta (MOK) odpowiedniego sprzętu i oprogramowania umożliwiającego dokonywanie płatności przy użyciu Kart Płatniczych i Kart Flotowych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych. Ten sprzęt i oprogramowanie zostały zdefiniowane przez Zamawiającego jako Infrastruktura MOK. Zgodnie z definicją „Infrastruktura MOK” (załącznik nr 3 do PPU) pojęcie to obejmuje sprzęt i oprogramowanie niezbędne do obsługi transakcji bezgotówkowych w MOK umożliwiające realizację tych płatności zgodnie z OPZ, przy czym, jak wskazał Zamawiający, sam terminal płatniczy POS nie wyczerpuje tego co Wykonawca musi zapewnić w MOK, aby świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia. Oprócz Terminala płatniczego POS Wykonawca musi bowiem zapewnić np. odpowiednie oprogramowanie niezbędne do prawidłowego działania terminala, certyfikaty. Infrastruktura MOK jest objęta usługą serwisową określoną w OPZ z gwarantowanym czasem naprawy (Rozdział II punkt 2.13). Zamawiający opisał w SWZ swoje oczekiwania w zakresie SLA. Nadto z § 5 ust. 5.9 PPU wynika, że Infrastruktura MOK oddawana jest Zamawiającemu w najem na czas realizacji Umowy.

Tak więc trudno uznać za potwierdzone twierdzenia Odwołującego dotyczące braku określenia wymagań do co najmniej głównych elementów przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał wymogi w zakresie ww. usług będących przedmiotem zamówienia. Z tych względów należy uznać, że Zamawiający mógł zastosować jedno kryterium oceny ofert w postaci ceny. Okoliczność, iż Zamawiający nie narzucił wykonawcom np. konkretnych rozwiązań co do terminali, pozostawiając wykonawcom swobodę wyboru takich, które zapewnią realizację podstawowego celu zamówienia, tj. świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, nie oznacza, że nie zostały przez niego opisane wymagania co do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zgodnie z art. 239 Pzp: *1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Stosownie do art. 242 ust. 1 Pzp: *Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu, 2) ceny lub kosztu.*

Cena oferty dotyczy całego przedmiotu zamówienia. W analizowanym przypadku, jak wyżej wskazano, jakkolwiek przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim świadczenie usług całodobowej autoryzacji oraz rozliczania transakcji bezgotówkowych oraz zapewnienie niezbędnej obsługi serwisowej Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego płatności bezgotówkowych, to jednak w celu umożliwienia świadczenia tych usług konieczne jest przeprowadzenie przez wykonawcę ich wdrożenia, czyli zintegrowanie systemu wykonawcy i Zamawiającego, umożliwiającego wymianę niezbędnych danych oraz zapewnienie i uruchomienie w Miejscach Obsługi Klienta (MOK) odpowiedniego sprzętu i oprogramowania umożliwiającego dokonywanie płatności przy użyciu Kart Płatniczych i Kart Flotowych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych. Wiąże się to, co do zasady, z określonymi kosztami po stronie wykonawców. W związku z tym przy ocenie ofert nie powinno zostać pominięte rzetelnie skalkulowane, a więc uwzględniające rzeczywisty zakres prac do wykonania przez danego wykonawcę na potrzeby tego postępowania, jednorazowe wynagrodzenie za wdrożenie. Oznacza to, że badaniu w kryterium ceny powinna podlegać także zaoferowana przez wykonawcę cena za wdrożenie, umożliwiające realizację usług objętych przedmiotem zamówienia.

Z tych względów zarzut nie potwierdził się. W konsekwencji rozpoznaniu podlegał zarzut nr 3, postawiony w odwołaniu jako ewentualny w stosunku do zarzutu nr 2.

Ad zarzut nr 3

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp: 1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* 4. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*

Zważywszy na treść zarzutu, rozstrzygnięciu podlega przede wszystkim, czy w okolicznościach analizowanego postępowania Zamawiający był uprawniony do wprowadzenia postanowień ww. § 1 ust. 1.4 wzoru umowy, pkt 15.2.1 SWZ i lit. A załącznika nr 3 do SWZ *Formularz Cenowy*, zgodnie z którymi dotychczasowy wykonawca zamówienia na obsługę płatności bezgotówkowych nie będzie świadczył usługi wdrożenia usług, a w konsekwencji nie będzie jej wyceniał, bowiem – jak zostało to określone przez Odwołującego - będzie świadczył usługi na podstawie infrastruktury przygotowanej w ramach poprzedniej umowy na obsługę płatności bezgotówkowych.

W ocenie Odwołującego, nie istnieją żadne obiektywne okoliczności, które usprawiedliwiłyby przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób. Odwołujący zauważył przy tym, że Zamawiający nie jest właścicielem terminali płatniczych POS, gdyż zgodnie z umową nr 42/2020 objął te urządzenia w najem. Nadto zdaniem Odwołującego niezależnie od powodów leżących u podstaw takiego ukształtowania treści SWZ, działania Zamawiającego zmierzają wyłącznie do dalszego uzależnienia Zamawiającego od usług świadczonych przez konsorcjum eService. Na marginesie Odwołujący podniósł, że konsorcjum eService będzie ponosić koszty związane z wdrożeniem usług, gdyż jak wynika z ust. 5.2 i 5.3 wzoru umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia liczby stanowisk, w których świadczona ma być obsługa płatności bezgotówkowych. To zaś wiąże się z poniesieniem kosztów i wyceną tej usługi przez wszystkich wykonawców, także konsorcjum eService. Zdaniem Odwołującego konieczne jest nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie postanowień przywracających równowagę pomiędzy wykonawcami poprzez nakazanie usunięcia ust. 1.4 wzoru umowy, zgodnie z którym dotychczasowy wykonawca usług objętych postępowaniem nie jest zobowiązany do wykonania projektu technicznego ani wdrożenia usług oraz odpowiadających im postanowieniom pkt 15.2.1 SWZ oraz lit. A załącznika nr 3 do SWZ Formularza cenowego, z którego wynika, że wykonawca ten nie ma powinien wyceniać pozycji dotyczącej wdrożenia.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wynika natomiast, że okolicznością uzasadniającą brak wyceny wdrożenia usługi obsługi płatności

bezugotówkowych, jest fakt, że te czynności zostały już przez obecnego wykonawcę wykonane i nie muszą być ponownie wykonywane w ramach wdrożenia, aby mógł on realizować umowę ewentualnie zawartą w wyniku obecnego postępowania. Zdaniem Zamawiającego potwierdza to, że obecny wykonawca może rozpocząć realizację przedmiotu umowy natychmiast i w związku z tym wycena i dokonanie płatności w tym obszarze jest bezprzedmiotowe. Zamawiający stwierdził, że nie istnieje jakakolwiek przeszkoda, aby dotychczasowy wykonawca świadczący usługi obsługi płatności bezgotówkowych musiał dokonywać zmian czy modyfikacji w zakresie wdrożenia. Nie normując tego obszaru w SWZ, pozbawiłby się mechanizmu jego weryfikacji na późniejszym etapie postępowania. Ustawa Pzp nie przewiduje bowiem sytuacji, w której możliwa jest ocena i weryfikacja oferty z rażąco wysoką ceną, a do tego by się to mogło sprowadzać. Zdaniem Zamawiającego zasada uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 Pzp odnosi się do wszystkich zamówień publicznych, jednak nie oznacza to, że nie może doznawać ona pewnych wyłomów, m.in. poprzez np. powtarzalność zamówień publicznych, co jest kwestią naturalną, np. wdrożenie usługi bramki płatniczej przez podmiot obecnie świadczący usługi tego rodzaju na rzecz Zamawiającego, tym bardziej, że nie narzucił rozwiązań systemowych, które ograniczają dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, wskazał natomiast okres wdrożenia dla podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia z wyłączeniem podmiotu obecnie świadczącego usługi tego rodzaju. Dokonując zmiany zapisów w przedmiotowym postępowaniu dokonał również zmiany w zakresie załącznika nr 3 do SWZ Formularz Cenowy. Dodając w obecnym postępowaniu określone pozycje w formularzu cenowym miał na uwadze zminimalizowanie uprzywilejowania obecnego wykonawcy względem wcześniejszego brzmienia formularza cenowego, gdzie tych pozycji nie było, a każdy z Wykonawców miał dowolność we wskazywaniu i umiejscowieniu danego kosztu w określonej pozycji formularza cenowego. Wprowadzenie płatności regularnych w zakresie świadczenia Usługi Serwisowej Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego, Usługi Serwisowej Infrastruktury MOK, czy odrębnego wynagrodzenia za Uruchomienie Płatności Bezgotówkowych w MOK miało na celu wskazanie i odseparowanie obszarów i wynagrodzenia należnego dla każdego wykonawcy i stanowiło niejako konsekwencje zmian w SWZ dokonanych przez Zamawiającego w ust. 1.4 PPU, czy pkt 15.2.1 SWZ. Obecnie jasnym jest, że Wykonawca wskazuje wartość za Świadczenie Usługi Serwisowej Systemu Autoryzacyjno-Rozliczeniowego, Świadczenie Usługi Serwisowej Infrastruktury MOK, Uruchomienie Płatności Bezgotówkowych w MOK, co z perspektywy Zamawiającego i wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu miało na celu stworzyć jasne i precyzyjne zapisy, dla wszystkich potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Działanie Zamawiającego nie uzależnia Zamawiającego od obecnego

wykonać jakichkolwiek prac, to trudno uznać za pozbawione racji stanowisko Zamawiającego, aby brak zapłaty w rzeczywistości nienależnego świadczenia, został jasno uregulowany w SWZ. Zauważenia przy tym wymaga, że gdyby Zamawiający nie uregulował w SWZ tej kwestii, jak tego oczekuje Odwołujący, to dotychczasowy Wykonawca tylko dlatego, aby nie narazić się na formalny zarzut pominięcia wyceny pozycji wdrożenia, mógłby wpisać w formularzu cenowym jakąś kwotę, a Zamawiający, w razie wyboru tej oferty, musiałby ponownie dokonać zapłaty, wiedząc, że zapłata dotyczy czynności już przez niego opłaconych. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że taka sytuacja pozostawałaby w sprzeczności m.in. z efektywnym i celowym wydatkowaniem środków publicznych, co stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy o finansach publicznych.

Jakkolwiek nie sposób nie zauważyć, że dotychczasowy wykonawca znajduje się w korzystniejszej sytuacji niż pozostali wykonawcy, z uwagi na wykonane wcześniej wdrożenie, co skutkuje tym, że bez ponoszenia w tym obszarze nakładów jest gotów do świadczenia usług, to jednak wynika ona z obiektywnych okoliczności, których, z uwagi na uzasadnione potrzeby Zamawiającego, nie sposób pominąć w analizowanej sprawie. Trudno przyjąć za uzasadnione nakładanie w analizowanym postępowaniu na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w cenie oferty wynagrodzenia za niewykonane czynności, a na Zamawiającego obowiązku niwelowania własnym kosztem naturalnych, wynikających z praw rynkowych, różnic w pozycji wykonawców na tym rynku.

Zamawiający opisuje warunki zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby wynikające z nałożonych na niego obowiązków, przy uwzględnieniu zasad racjonalnej gospodarki finansowej. Odzwierciedlenie w SWZ prawdopodobnej do zaistnienia sytuacji, po to, aby uniknąć nieuzasadnionego wydatkowania środków pieniężnych, trudno zatem uznać za naruszające wskazane w odwołaniu przepisy Pzp. Tym bardziej, że jak zauważył Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, jednocześnie wprowadził w formularzu cenowym szereg płatności regularnych, co ma na celu ograniczenie uprzywilejowania podmiotu obecnie świadczącego usługi będące przedmiotem postępowania.

Mając powyższe na uwadze nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że kwestionowane przez niego postanowienia SWZ mają na celu wyłącznie uprzywilejowanie wykonawcy eService. Należy bowiem zgodzić się z Zamawiającym, że chodzi o uwzględnienie sytuacji, w której czynniki obiektywne, tj. wybór oferty najkorzystniejszej we wcześniejszym postępowaniu i realizacja przedmiotu umowy na tej podstawie, zdecydowały o tym, że dotychczasowy wykonawca uzyskał pewną przewagę w zakresie wdrożenia usługi.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy taka przewaga nie może być uznana za naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W każdym bowiem przypadku wykonawca, który aktualnie realizuje daną usługę, znajduje się korzystniejszej sytuacji w kolejnym postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego na taki sam przedmiot zamówienia, zwłaszcza w relacji do wykonawców, którzy dopiero aspirują do wejścia na dany rynek.

W związku z tym również ten zarzut należy uznać za niepotwierdzony.

Ad zarzuty nr 4 i 5 dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

Na wstępie w odniesieniu do tych zarzutów, tytułem ogólnej uwagi, zauważenia wymaga, że w zdecydowanej większości nie zostały one postawione prawidłowo. W szeregu przypadków brak jest bowiem pełnego wskazania okoliczności faktycznych i prawnych składających się na poszczególne zarzuty. Samo przytoczenie przepisu art. 99 ust. 1 Pzp i przedstawienie kwestionowanego postanowienia SWZ oraz ogólnikowego podania oczekiwań co do wprowadzenia w odniesieniu do niego zmiany, bez pełnego ich uzasadnienia, w tym, dlaczego zdaniem Odwołującego w obecnym brzmieniu narusza ono określony przepis ustawy, nie jest wystarczające do zbudowania zarzutu. Próba uzupełniania zarzutu na etapie postępowania odwoławczego, która co do niektórych z nich została podjęta, jest działaniem spóźnionym. Zatem już z tego powodu szereg zarzutów podlega oddaleniu. Odwołujący ponadto nie wykazał zasadności pozostałych zarzutów. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, w szczególności wskazania wymaga:

Zarzut numer 4a, został skonstruowany w ten sposób, że zdaniem Odwołującego Zamawiający nie precyzuje – w odróżnieniu od postanowień postępowań prowadzonych w przeszłości – zasad i wymogów w odniesieniu do dostawy terminali płatniczych POS. W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SWZ w powyższym zakresie. Odwołujący nie podał jednak, o jakie zasady oraz jakie wymogi chodzi w tym zarzucie, jak też nie wskazał, dlaczego ich brak narusza przepisy ustawy. Na rozprawie, niezależnie od argumentów zawartych w drugim zarzucie odwołania, Odwołujący przedstawił m.in. stanowisko, z którego wynika, że w tym zakresie chodzi np. o określenie czy terminale mają być nowe. Tymczasem sam Odwołujący w odwołaniu już w treści zarzutu nr 3 stwierdza, że wykonawca, który obecnie realizuje przedmiotowe usługi, będzie świadczył usługi na podstawie infrastruktury przygotowanej w ramach poprzedniej umowy, co wskazuje na jego wiedzę, że terminale nie muszą być nowe.

Z kolei odnośnie do zarzutów 4z, 4dd, 4gg, 5c zauważenia wymaga, że wykonawca przystępujący po stronie Odwołującego, tj. PayPro S.A. w piśmie procesowym z 26 stycznia 2023 r. wskazując, iż nawiązuje do zarzutów odwołania i odpowiedzi Zamawiającego z 20

stycznia 2023 r. wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w umowie zaproponowanych przez niego w tym piśmie zmian. Odwołujący na rozprawie poparł to stanowisko. Niezależnie zatem formy prezentowania przez Odwołującego stanowiska, w tym akceptowania próby wejścia Przystępującego w jego rolę, wskazuje to na wolę rozszerzenia bądź zmiany zarzutów odwołania, co nie jest dozwolone.

W zarzucie 4 dd Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu dostosowania postanowień umowy do wymogów określonych w ustawie o usługach płatniczych, w szczególności wymienionych w art. 26 - 27 tej ustawy, nie określając jednak na czym jego zdaniem miałyby polegać takie dostosowanie. Wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (tj. z 2022 r. poz. 2360) stanowią: *Art. 26 1. Dostawca dostarcza użytkownikowi informacje określone w art. 27, art. 29 ust. 1 i 5, art. 31 ust. 1 i art. 32 ust. 1 w postaci papierowej lub na innym trwałym nośniku informacji. Informacje sporządza się w języku polskim lub innym języku uzgodnionym przez dostawcę i użytkownika. Informacje formułuje się w sposób łatwo zrozumiały, w przejrzystej i czytelnej formie. 2. Informacje określone w art. 27 dostawca jest obowiązany dostarczyć użytkownikowi w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy ramowej. Dostawca może za zgodą użytkownika wykonać ten obowiązek przez zamieszczenie informacji na stronie internetowej, o ile strona taka umożliwia dostęp do niej przez okres właściwy do celów dostarczania tych informacji i pozwala na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. 3. Jeżeli umowa ramowa została zawarta na wniosek użytkownika korzystającego ze środków porozumiewania się na odległość, dostawca dostarcza użytkownikowi informacje określone w art. 27 niezwłocznie po zawarciu umowy ramowej, jeżeli nie było możliwe ich dostarczenie w terminie określonym w ust. 2. 4. Dostawca może spełnić obowiązek, o którym mowa w ust. 1, 2 albo 3, w zakresie dostarczenia informacji określonych w art. 27, dostarczając projekt umowy ramowej zawierający te informacje. 5. Użytkownik może odstąpić od umowy ramowej zawartej z naruszeniem przepisów ust. 1-3 lub 4 w każdym czasie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania informacji określonych w art. 27, w sposób, o którym mowa w ust. 1. 6. Do indywidualnych transakcji płatniczych dokonywanych na podstawie umowy ramowej przed dopełnieniem przez dostawcę obowiązku określonego w ust. 1-3 lub 4, stosuje się przepis art. 22 ust. 4. Z kolei art. 27 ww. ustawy stanowi: Dostawca przekazuje użytkownikowi następujące informacje:*

- 1) imię i nazwisko albo nazwę (firmę) dostawcy, siedzibę i adres albo miejsce zamieszkania i adres oraz adres głównego miejsca wykonywania działalności, adres poczty elektronicznej oraz, w razie korzystania z usług agenta lub oddziału w państwie

członkowskim, w którym dana usługa płatnicza jest oferowana, adres tego agenta lub oddziału, a także wszelkie inne adresy mające znaczenie do celów porozumiewania się z dostawcą, w tym wskazanie wszystkich miejsc, w których jest wykonywana działalność, oraz informacje o:

- a) organie sprawującym nadzór nad dostawcą oraz o rejestrze, ze wskazaniem numeru, pod jakim dostawca jest wpisany do tego rejestru, chyba że dostawca w zakresie świadczenia usług płatniczych nie podlega nadzorowi lub nie podlega obowiązkowi uzyskania wpisu do rejestru albo
- b) właściwym organie nadzorczym oraz o publicznym rejestrze, o którym mowa w art. 13 dyrektywy 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniającej dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylającej dyrektywę 97/5/WE (Dz.Urz. UE L 319 z 05.12.2007, str. 1, z późn. zm.), do którego dostawca jest wpisany w innym państwie członkowskim, z podaniem numeru wpisu w tym rejestrze - w przypadku unijnej instytucji płatniczej, jej agenta lub oddziału;

2) dotyczące korzystania z usługi płatniczej:

- a) opis najważniejszych cech świadczonej usługi płatniczej,
- b) wyszczególnienie informacji, które muszą być dostarczone przez użytkownika, aby zlecenie płatnicze mogło zostać prawidłowo zainicjowane lub wykonane albo informację, że wystarczające jest podanie unikatowego identyfikatora,
- c) określenie formy i procedury udzielania zgody na złożenie zlecenia płatniczego lub dokonanie transakcji płatniczej oraz cofnięcia takiej zgody, a także odwołania zlecenia płatniczego na podstawie art. 40 i art. 51,
- d) informację na temat momentu, który zgodnie z art. 49 uznaje się za moment otrzymania zlecenia płatniczego,
- e) informację o maksymalnym czasie wykonania świadczonej usługi płatniczej,
- f) wskazanie limitu wydatków dla transakcji płatniczych wykonywanych za pomocą instrumentu płatniczego, o którym mowa w art. 41 ust. 1, oraz
- g) w przypadku instrumentów płatniczych, w których zastosowano umieszczanie co najmniej dwóch marek płatniczych lub aplikacji płatniczych tej samej marki płatniczej na tym samym instrumencie płatniczym (co-badging) - dodatkowo informacje na temat praw przysługujących użytkownikowi na podstawie art. 8 rozporządzenia (UE) 2015/751;

3) dotyczące opłat, stóp procentowych i kursów walutowych:

- a) *informację o opłatach należnych dostawcy od użytkownika, w tym opłatach związanych ze sposobem i częstotliwością dostarczania lub udostępniania informacji, wraz z wyszczególnieniem kwot tych opłat,*
 - b) *informację o stopach procentowych, jeżeli mają zastosowanie, lub o kursach walutowych, jeżeli transakcja płatnicza wiąże się z przeliczaniem waluty, w tym o bazowych stopach procentowych i referencyjnych kursach walutowych, oraz o sposobie obliczania faktycznej wysokości odsetek i kursu walutowego oraz*
 - c) *o ile zostało to uzgodnione - informację o stosowaniu bez uprzedzenia zmienionych wysokości bazowej stopy procentowej lub referencyjnego kursu walutowego i sposobie informowania o takiej zmianie zgodnie z art. 29 ust. 4;*
- 4) *dotyczące komunikowania się:*
- a) *wskazanie środków porozumiewania się, w tym wymogów technicznych dotyczących sprzętu i oprogramowania użytkownika, uzgodnionych przez strony do przekazywania informacji lub do dokonywania zgłoszeń zgodnie z ustawą,*
 - b) *określenie sposobu oraz częstotliwości dostarczania lub udostępniania informacji wymaganych na podstawie ustaw,*
 - c) *wskazanie języka lub języków, w jakich zawiera się umowę ramową, oraz w jakich strony porozumiewają się w okresie jej obowiązywania oraz*
 - d) *informację o prawie użytkownika do otrzymania postanowień umowy ramowej oraz informacji zgodnie z art. 28;*
- 5) *dotyczące środków ochronnych i naprawczych:*
- a) *opis środków, jakie powinien przedsięwziąć użytkownik w celu bezpiecznego przechowywania instrumentu płatniczego, oraz informacje dotyczące sposobu dokonania zgłoszenia dostawcy zgodnie z art. 42 ust. 1 pkt 2,*
 - b) *o ile zostało to uzgodnione - warunki, na których dostawca zastrzega sobie prawo zablokowania instrumentu płatniczego zgodnie z art. 41,*
 - c) *informację o odpowiedzialności płatnika zgodnie z art. 46 ust. 2-5, w tym informacje dotyczące kwoty nieautoryzowanej transakcji płatniczej podlegającej zwrotowi,*
 - d) *określenie sposobu, w jaki użytkownik ma obowiązek powiadomić dostawcę o przypadkach nieautoryzowanych lub nieprawidłowo zainicjowanych lub wykonanych transakcji płatniczych zgodnie z art. 44, oraz wskazanie terminu takiego powiadomienia, jak również informacje o odpowiedzialności za nieautoryzowane transakcje płatnicze na podstawie art. 46 ust. 1 i 2,*

- e) *informację o odpowiedzialności dostawcy za zainicjowanie lub wykonanie transakcji płatniczych na podstawie art. 144-146,*
 - f) *informację o warunkach uzyskania, zgodnie z art. 47 i art. 48, zwrotu kwoty autoryzowanej transakcji płatniczej zainicjowanej przez odbiorcę lub za jego pośrednictwem, która została już wykonana, oraz*
 - g) *opis bezpiecznej procedury powiadamiania użytkownika przez dostawcę w przypadku wystąpienia oszustwa lub podejrzenia jego wystąpienia, lub wystąpienia zagrożeń dla bezpieczeństwa;*
- 6) *dotyczące zmian i wypowiedzenia umowy ramowej:*
- a) *o ile, zgodnie z art. 29 ust. 2, zostało to uzgodnione - informację, że jeżeli przed proponowanym dniem wejścia w życie zmian umowy ramowej użytkownik nie zgłosi dostawcy sprzeciwu wobec takich zmian, uznaje się, że użytkownik wyraził na nie zgodę,*
 - b) *informację o okresie obowiązywania umowy ramowej oraz*
 - c) *informację o prawie użytkownika do wypowiedzenia umowy ramowej oraz o innych uzgodnieniach dotyczących wypowiedzenia umowy zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 35 i art. 37;*
- 7) *dotyczące procedur rozstrzygania sporów:*
- a) *informację o wszelkich klauzulach umownych mających zastosowanie do umowy ramowej, w szczególności dotyczących prawa właściwego i właściwości sądu, oraz*
 - b) *informację o pozasądowych procedurach wnoszenia skarg, o których mowa w art. 15, i pozasądowych procedurach rozstrzygania sporów dostępnych dla użytkownika.*

Tymczasem, zgodnie z art. 16 tej ustawy, znajdującym się w tym samym dziale: *Dostawca i użytkownik niebędący konsumentem mogą uzgodnić, że przepisów niniejszego działu, z wyłączeniem art. 32a, nie stosuje się w całości lub w części.* Jak zatem słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, skoro nie jest konsumentem, to nie miał obowiązku uwzględniania tych regulacji w SWZ. Tymczasem Przystępujący PayPro S.A. w swoim piśmie domaga się wprowadzenia do umowy postanowień art. 16 ustawy o usługach płatniczych oraz postanowień określających, że w sprawach nieuregulowanych umową, szczegółowe kwestie zostaną ujęte w regulaminie tego Wykonawcy, który miałby być wprowadzony do umowy jako załącznik nr 7. Powyższe wskazuje zatem na niedozwoloną prawem próbę zmiany zarzutu odwołania.

W zarzucie 4gg Odwołujący podał, że we wzorze umowy nie zawarto kwestii istotnych z punktu widzenia ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz

finansowaniu terroryzmu, tzn. nie została uregulowana możliwość wstrzymywania transakcji podejrzanych i nie została uregulowana kwestia weryfikacji AML Zamawiającego. Wykonawca jest instytucją obowiązaną na gruncie ustawy AML. Odwołujący wniósł o nakazanie uzupełnienia wzoru umowy o stosowne postanowienia w tym zakresie. Nie podał jednak, jakie jego zdaniem postanowienia w tym zakresie, uznaje za stosowne. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający natomiast stwierdził, czemu Odwołujący i Przystępujący po jego stronie nie zaprzeczyli, że ustawa, o której mowa powyżej nie ma zastosowania do organu administracji publicznej jakim jest Zamawiający, bowiem nie jest podmiotem obowiązany wymieniony w art. 2 tej ustawy. Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że popiera stanowisko Przystępującego po jego stronie wykonawcy, który w tym zakresie przedstawił żądanie dodania w umowie postanowienia, wskazującego, że PayPro jako instytucja obowiązana będzie wywiązywała się z obowiązków ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, w tym w przypadkach przewidzianych AML będzie mogła wstrzymać transakcje bądź zweryfikować Zamawiającego w zakresie wymaganym AML, a Zamawiający nie będzie podnosił wobec Wykonawcy żadnych roszczeń w związku z wywiązywaniem się przez Wykonawcę z obowiązków wynikających z AML. Wskazuje to na niedozwoloną prawem próbę rozszerzenia zarzutów odwołania.

Podobna sytuacja miała miejsce odnośnie zarzutu 5c. W odwołaniu Odwołujący wskazał, że w ramach umowy agent rozliczeniowy powinien realizować transakcje kartowe. Natomiast umowa całkowicie pomija kwestie odpowiedzialności za takie transakcje. W szczególności kwestia chargebacków (reklamacji chargeback) – brak jej uregulowania może prowadzić do przerzucenia całej odpowiedzialności na wykonawcę. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do umowy postanowienia zobowiązującego Zamawiającego do przestrzegania regulacji organizacji kartowych określającego odpowiedzialność Zamawiającego za chargebacki. Nie wskazał przy tym tych postanowień. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził m.in, że nie wyraża zgody in blanco na przestrzeganie jakichkolwiek regulacji wydanych przez podmioty prywatne. Żeby mógł podjąć decyzję co do tego czy zgadza się na to, aby być związanym konkretną regulacją, Odwołujący powinien przedstawić Zamawiającemu jej treść tak, aby mógł ocenić czy dana regulacja dotyczy Zamawiającego i jakie są ryzyka wynikające dla niego z tej regulacji. Przystępujący PayPro natomiast przedstawił swoje propozycje dotyczące wprowadzenia do umowy konkretnych postanowień, podejmując tym samym nieskuteczną próbę rozszerzenia zarzutu odwołania.

Z kolei w zarzucie nr 4z Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie przekazuje szczegółowych historycznych danych statystycznych na temat przeprowadzonych transakcji kartami płatniczymi, co ma jego zdaniem krytyczne znaczenie dla precyzyjnego oszacowania

ceny ofertowej, jednak nie wskazał co rozumie pod tym pojęciem. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia informacji w podziale wyznaczonym przez następujące agregaty: a. Sposób płatności – {Terminale POS}, {aplikacja oraz WWW} i. Rodzaj środka płatniczego – {Karty flotowe}, {Karty płatnicze}, {BLIK}, {PayByLink} 1. Przedział kwotowy – {od 0 do 10 zł}, {od 10,01 do 20 zł}, {od 20,01 do 50 zł}, {od 50,01 do 100 zł}, {od 100,01 do 150 zł}, {od 150,01 do 250 zł}, {od 250,01 do 500 zł}, {powyżej 500 zł} oraz o udostępnienie danych dotyczących udziału procentowego transakcji w podziale na: a.- Kraj wydania karty – {Polska}, {kraje UE po za Polską}, {każdy kraj poza Polską oraz krajami UE osobno} – dla wszystkich transakcji realizowanych kartami płatniczymi, b. Rodzaj karty – {debetowa}, {kredytowa}, {biznesowa/firmowa}, c. Organizacja kartowa – {VISA}, {MasterCard}, {Maestro}, zaznaczając, że zaniechanie udostępnienia powyższych informacji będzie równoznaczne z uprzywilejowaniem dotychczasowego wykonawcy, który jest w posiadaniu powyższych informacji.

Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe skalkulowanie ceny oferty bez tych historycznych danych. Tymczasem jak wynika z pisma Zamawiającego z 27 stycznia 2023 r. wykonawca świadczący usługę obsługi płatności bezgotówkowych na jego rzecz nie posiadał wnioskowanych danych wyceniając ofertę w pierwszym analogicznym postępowaniu, a mimo to był w stanie skalkulować cenę oferty i świadczyć na jej podstawie usługę.

W tym aspekcie zwraca również uwagę, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku i w odpowiedzi na pytanie przekazał zestawienie w zakresie ilości transakcji w podziale na organizację kartową, dodając, że podjął starania w celu pozyskania informacji żądanych przez Wykonawcę, oraz, że niezwłocznie po ich ewentualnym pozyskaniu, zostaną one upublicznione na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Na rozprawie Przystępujący eService potwierdził, że Zamawiający nie posiada danych, o których mowa w tym zarzucie.

W sytuacji, gdy Zamawiający nie dysponuje tymi danymi, i nie zostało wykazane, że ten stan rzeczy wynika z popełnionych przez Zamawiającego błędów i naruszenia przez niego przepisów prawa, w tym, że Zamawiający jest zobowiązany do dysponowania wszystkimi oczekiwanymi przez Odwołującego informacjami oraz do ich udostępnienia wykonawcom w analizowanym postępowaniu, nie jest możliwe nakazanie Zamawiającemu ich udostępnienia.

Ad zarzut 4c.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w pkt 2.13.1.4 OPZ wymaga od wykonawców usuwania wszelkich awarii infrastruktury do obsługi płatności bezgotówkowych, jednak nie

podaje listy incydentów (awarii infrastruktury), na jakie napotykał dotychczasowy wykonawca zamówienia. Okoliczności te są niezbędne do prawidłowej kalkulacji ryzyka i ceny ofertowej. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przedstawienia listy incydentów występujących po stronie oprogramowania bramki płatniczej z podaniem opisu incydentu, przyczyny jego powstania, czasu zgłoszenia, czasu naprawy, opisu ewentualnego obejścia oraz przedstawienia listy incydentów występujących po stronie oprogramowania systemu e-TOLL na styku integracji z bramką płatniczą z podaniem opisu incydentu, przyczyny jego powstania, czasu zgłoszenia, czasu naprawy, opisu ewentualnego obejścia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 2 i 3 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź na nie została przedstawiona w brzmieniu: *„Zamawiający rozlicza działanie usługi jako całości kontraktu. W związku z tym Zamawiający nie prowadzi rejestru incydentów dotyczących poszczególnych elementów infrastruktury, za pomocą której usługa ta jest realizowana, w tym oprogramowania Bramki Płatniczej.”*

„Po całkowitym zakończeniu prac nad wdrożeniem systemu e-TOLL (30.06.2022 r.) Zamawiający nie odnotował tego typu incydentów w zakresie płatności elektronicznych.”

Zdaniem Odwołującego incydenty miały jednak miejsce. Na rozprawie stwierdził, że wystąpienie incydentów jest zjawiskiem powszechnym i złożył wydruk ze strony NIEBEZPIECZNIK, który jego zdaniem potwierdza wyciek danych użytkowników systemu e-TOLL.

Tymczasem jak wynika z przedstawionych w tym wydruku treści odnosi się on do podatności dotyczącej nieautoryzowanego dostępu do ticketów. Tak więc, jak słusznie zauważył Zamawiający, nie może on służyć wykazaniu wystąpienia incydentów w zakresie płatności elektronicznych. Odwołujący nie wykazał zasadności swojego twierdzenia dotyczącego ewentualnego powiązania z incydemem bramki płatniczej.

W związku z tym niezależnie od istotnego braku wykazania przez Odwołującego, dlaczego ewentualna awaria infrastruktury należącej do dotychczasowego wykonawcy, w sytuacji, gdy każdy z wykonawców zapewnia swoją infrastrukturę, miałyby mieć znaczenie dla prawidłowej kalkulacji ryzyka i ceny jego oferty, należy stwierdzić, że nie zostało wykazane, aby taki incydent miał miejsce.

Ad zarzut 4d.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający formułuje względem wykonawców wymóg utrzymania odpowiedniego poziomu świadczenia usług (SLA – pkt 2.11 OPZ), lecz nie udostępnił listy procesów biznesowych wraz z opisem, które są w jakikolwiek sposób powiązane z procesami realizowanymi w ramach świadczonych usług związanych z przedmiotem zamówienia. W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia informacji w powyższym zakresie.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie została przedstawiona w brzmieniu: *„Procesy biznesowe dot. usługi będącej przedmiotem zamówienia, mające wpływ na SLA, zostały wskazane i opisane w dokumentach zamówienia, w szczególności w załączniku nr 2 do OPZ – Architektura systemu.”*

Odwołujący nie wykazał, że w dokumentach zamówienia istnieją braki w tym zakresie, że zawarty w nim opis np. funkcjonalności czy zakresu usług nie jest wystarczający. W związku z tym trudno uznać za uzasadnione postawione przez Odwołującego żądanie.

Ad zarzut 4f

Odwołujący podał, że Zamawiający wymaga obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych kartami płatniczymi, jednak nie przedstawia informacji dotyczących liczby transakcji dokonywanych kartami płatniczymi zarejestrowanymi w Polsce, UE, oraz poza UE (ma to znaczenie dla kalkulacji – inne są koszty obsługi kart krajowych, inne kart zarejestrowanych w UE, a inne dla każdego kraju poza UE z osobna). W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie informacji w tym zakresie. Nie wykazał jednak, że brak oczekiwanych przez niego danych uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 7 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2 w brzmieniu: *„Zamawiający nie dysponuje danymi w powyższym zakresie. Na rozprawie Przystępujący potwierdził, że Zamawiający nie posiada danych oczekiwanych przez Odwołującego.”*

Ad zarzut 4i.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 2.7.14 OPZ, „Karta Flotowa, użyta w MOK lub poprzez stronę internetową e-TOLL za pomocą aplikacji mobilnej zostaje zweryfikowana przez Wykonawcę, zgodnie z wymogami Dostawców Kart Flotowych, ustalonymi bezpośrednio pomiędzy Dostawcami Kart Flotowych a Wykonawcą z zachowaniem wymogów Zamawiającego określonych w pkt 2.7.11”. Powyższe postanowienie narzuca wykonawcy konieczność zawierania odrębnego porozumienia/umowy z każdym Dostawcą Kart Flotowych oraz wykonania odrębnych prac integracyjnych, a także zestawiania osobnych bezpiecznych łączy na potrzeby teletransmisji danych, co generuje dodatkowe koszty i utrudnia realizację zamówienia. Z punktu widzenia Zamawiającego istotny jest rezultat w postaci weryfikacji poprawności płatności dokonanej kartą flotową, co Odwołujący jest w stanie osiągnąć poprzez współpracę z jednym zewnętrznym podmiotem (współpracującym z wieloma dostawcami kart flotowych), którego zadaniem jest autoryzacja płatności dokonywanych kartami flotowymi. Nie istnieją żadne uzasadnione potrzeby Zamawiającego, które uzasadniałyby zawieranie przez wykonawcę odrębnych porozumień/umów z każdym z dostawców kart flotowych z osobna. Jest to tym bardziej istotne, że wielu dostawców kart flotowych (zwłaszcza z tych, którzy obecnie świadczą usługi w systemie e-TOLL) nie wyraża chęci utrzymania zasobów i infrastruktury dla jednego, konkretnego klienta i deklaruje, że normalną dla tych Dostawców Kart Flotowych sytuacją na dzisiejszym rynku usług tożsamych z oczekiwanymi przez Zamawiającego, jest realizacja wszelkich technicznych i technologicznych czynności oraz integracji przez wskazany przez tych Dostawców podmiot. Jednocześnie dotychczasowe brzmienie OPZ-u uprzywilejowuje wyłącznie dotychczasowego wykonawcę, który prawdopodobnie posiada zawarte tego typu porozumienia. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany pkt 2.7.14 OPZ poprzez nadanie mu brzmienia: „Karta Flotowa, użyta w MOK lub poprzez stronę internetową e-TOLL za pomocą aplikacji mobilnej zostaje zweryfikowana przez Wykonawcę, zgodnie z wymogami Dostawców Kart Flotowych, z zachowaniem wymogów Zamawiającego określonych w pkt 2.7.11.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 10 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego brzmiała:

„Zapewnienie Dostawców Kart Flotowych leży po stronie Zamawiającego. Obecnie Zamawiający ma już podpisane umowy z dostawcami, w tym z jednym, który pełni rolę integratora. W ramach obecnie obowiązujących umów z Dostawcami Kart Flotowych przyjęte rozwiązanie narzuca bezpośredni sposób połączenia z Dostawcami Kart Flotowych w zakresie autoryzacji transakcji. Dokument zawierający komponenty systemu e-TOLL oraz ich

powiązania w obszarze płatności został podpisany przez Dostawców Kart Flotowych i jest analogiczny do załącznika do OPZ (zaktualizowanego 17.01.2023 r.)

- Obecna Architektura Systemu - Specyfikacje dotyczące interfejsów oraz testy zastosowanego w niniejszym Postępowaniu. Każde inne rozwiązanie proponowane przez Wykonawcę wymagałoby zmiany rozwiązań i dostosowania systemu e-TOLL (w zakresie rozwiązań w obszarze płatności) do propozycji każdego Wykonawcy i spowodowałoby nieznaną obecnie liczbę problemów, np. konieczność obsługiwanie kilku systemów rozliczeniowych oraz dostosowania każdego z komponentów systemu e-TOLL w obszarze płatności, co byłoby związane z dodatkowymi kosztami oraz czasochłonnością po stronie Zamawiającego.

Zamawiający posiada architekturę systemu e-TOLL wypracowaną przez kilka lat i obowiązkiem Wykonawcy jest dostosowanie się do rozwiązań posiadanych przez Zamawiającego.

Ponadto zmiana umów z obecnymi Dostawcami Kart Flotowych na obecnym etapie nie byłaby ekonomicznie, organizacyjnie i technicznie uzasadniona.”

Na rozprawie odnośnie argumentacji dotyczącej kart flotowych Zamawiający wskazał, że w obecnym stanie prawnym to on podpisuje umowy z dostawcami/wystawcami kart flotowych. Dostawcy ci podpisali z nim umowy, w których zaakceptowali opis architektury, który jest analogiczny do opisanego w OPZ. Zamawiający nie narzuca terminala, nie chce bowiem nakierować na konkretny podmiot. W związku z tym złożone przez Odwołującego dowody w postaci oświadczeń dostawców kart flotowych pochodzące z lipca 2021 roku, nie mają zastosowania w analizowanym postępowaniu.

W ocenie Izby, nie zostało wykazane, aby postawiony przez Zamawiającego wymóg zawierania odrębnego porozumienia/umowy z każdym Dostawcą Kart Flotowych oraz wykonania odrębnych prac integracyjnych, a także zestawiania osobnych bezpiecznych łączy na potrzeby teletransmisji danych, naruszał wskazany w odwołaniu przepis Pzp. Jak wynika z treści zarzutu wymóg ten jest jasny, a jedynie Odwołujący chciałby jego zmiany celem dostosowania do własnego modelu działania. Nie jest to jednak okoliczność uzasadniająca naruszenie przez Zamawiającego przepisu Pzp.

Ad zarzut 4t.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 3.11 załącznika nr 1 do OPZ (SLA), „Systemy autoryzacyjno – rozliczeniowe Wykonawcy obejmują interfejs wejściowy do sieciowego systemu operacyjnego podmiotu autoryzacyjno-rozliczeniowego, centrum autoryzacji oraz interfejs wyjściowy z sieciowych systemów operacyjnych podmiotu autoryzacyjno-

rozliczeniowego”. Zamawiający błędnie identyfikuje te elementy jako elementy składowe systemu autoryzacyjno – rozliczeniowego wykonawcy – są to elementy składowe systemu autoryzacyjnego podmiotu autoryzacyjno – rozliczeniowego (a nie wykonawcy), o ile Zamawiający ma na myśli podmioty wskazane przez organizacje płatnicze oraz dostawców/wystawców kart flotowych. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia powyższej kwestii.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie została przedstawiona w brzmieniu: *„Zamawiający utrzymuje zapisy SWZ. Zapewnienie i poprawne działanie systemu autoryzacyjno rozliczeniowego leży po stronie Wykonawcy. Zamawiający zaleca, aby Wykonawca zawarł odpowiednie umowy SLA z podmiotami wskazanymi przez Organizacje Płatnicze oraz Dostawców/Wystawców Kart Flotowych.”*

Zarzut ten nie tylko jest wadliwie sformułowany, ale też nie jest wiadomo jakie są rzeczywiste oczekiwania Odwołującego, który na rozprawie w tym zakresie podał, że w zarzucie tym nie chodzi mu o wykreślenie całego punktu, a jedynie jego części, oraz stwierdził, że punkt ten jest irrelevantny dla celu Zamawiającego. Tymczasem, jak stwierdził Przystępujący eService, pkt 3.11 SLA jest obiektywnie uzasadniony, ponieważ wykonawca ma zapewnić system, który nie tylko jest połączony z systemem zamawiającego, tj. e-TOLL, ale także ma być połączony z systemem podmiotów trzecich, w tym organizacji płatniczych np. VISA, dostawców kart flotowych. Temu służy to wymaganie. Wynika z niego, że wykonawca ma tak skonstruować system, aby zapewnić działanie np. w sytuacji awarii. Chodzi o to, aby nie doszło np. do wstrzymania autoryzacji. Dotyczy to sytuacji leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów w tym zakresie.

Ad zarzut 4x

Odwołujący wskazał, że w pkt 2.2.6 OPZ Zamawiający postanowił: *Wykonawca zapewnia, aby zwroty środków odbywały się tą samą metodą płatności lub na tę samą kartę, której użyto do dokonania płatności źródłowej (w sytuacji płatności Kartami Flotowymi i Płatniczymi)*, przy czym np. w przypadku zagubienia karty lub wypowiedzenia umowy karty zwrot tą samą metodą może nie być wykonalny. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany treści powyższego postanowienia na następujące: *„Wykonawca zapewnia, aby zwroty środków były możliwe do realizacji tą samą metodą płatności lub na tę samą kartę, której użyto do dokonania płatności źródłowej (w sytuacji płatności Kartami Flotowymi i Płatniczymi). W sytuacji braku takiej możliwości z przyczyn*

obiektywnych Wykonawca poinformuje o tym fakcie Zamawiającego podając wszystkie szczegóły z tym związane” oraz nakazanie analogicznej zmiany w pkt 2.3.1.6 OPZ.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w brzmieniu: „Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Wykonawca zobowiązany jest do obsłużenia zwrotu zainicjowanego przez Zamawiającego (po złożeniu dyspozycji w Panelu Wykonawcy) i przekazania informacji tym samym kanałem o jego skutku. W przypadku braku możliwości zwrotu środków, Wykonawca postępuje zgodnie z pkt 2.2.9 OPZ.”

Izba ustaliła, że pkt 2.2.9 OPZ stanowi: „W przypadku odrzucenia płatności, o której mowa powyżej, Wykonawca umieszcza w Panelu Wykonawcy informację o przyczynie odrzucenia tej płatności”.

Nie jest zatem wiadomo, w jakim celu miałyby zostać wprowadzone postulowane przez Odwołującego zmiany, skoro w SWZ znajdują się postanowienia regulujące postępowanie wykonawcy w sytuacji braku możliwości zwrotu środków.

Ad zarzut 4bb.

Odwołujący stwierdził, że OPZ nie zawiera elementów opisu systemu informatycznego Zamawiającego wymaganych przez przepisy prawa (w szczególności rozporządzenia o krajowych ramach interoperacyjności – dalej rozporządzenie KRI) oraz informacji niezbędnych dla realizacji prac integracyjnych jakie będzie musiał przeprowadzić nowy (inny niż eService) wykonawca. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższych okoliczności, a w szczególności:

- nakazanie udostępnienia opisu usług sieciowych w sposób zgodny z § 8. Rozporządzenia KRI. Podanie nazw interfejsów oraz zdawkowe opisy zakresów danych (np. dowiadujemy się, że dla PushCardRegister przysłane są dane „skrócone”, ale nie wiemy na czym to skrócenia ma polegać i jakie są dane „pełne”, wiemy że PushCardPayments2 służy do komunikacji Systemu CRM z systemem płatniczym (terminalem płatniczym) w celu realizacji transakcji kartą płatniczą lub flotową, ale już nie wiemy jakież to dane są wysyłane tym kanałem, nie mówiąc już o tym, że od Wykonawcy wymaga się integracji z podsystemami o wieloznacznym akronimach (RIP, CRM) bez podania specyfikacji tychże systemów;
- nakazanie udostępnienia szczegółowej specyfikacji formatów danych oraz protokołów komunikacyjnych i szyfrujących, które mają być stosowane. W Załączniku nr 2 do OPZ – Obecna Architektura Systemu można spotkać niedopuszczalne, lakoniczne określenia w

rodzaju „Terminale te są podłączone do systemu Operatora Bramki Płatniczej przez VPN. Dodatkowo komunikacja jest szyfrowana” bez podania informacji, które pozwoliłyby nowemu wykonawcy na zorientowanie się jaki musi ponieść koszt na rozwiązania „dodatkowe” tudzież konkretne – być może komercyjne – rozwiązania klasy VPN;

- nakazanie dostarczenia modelu dziedziny lub modelu bazy danych zawierającego dane, które są wymieniane w trakcie integracji w kontekście ich natywnych systemów. Brak modelu uniemożliwi odpowiednie skalkulowanie i zaprojektowanie integracji, gdyż np. w przypadku otrzymania danych redundantnych wykonawca nie będzie wiedział czy ma interpretować takie zachowanie jako poprawne i składować kolejne komunikaty w odpowiednio przygotowanych strukturach, czy np. za każdym razem odrzucać kolejny komunikat z określonym kodem błędu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że pytanie było już zadane we wniosku o udzielenie wyjaśnień złożonym przez Wykonawcę w dniu 9 stycznia 2023 roku. Odpowiedź na to pytanie podana została w punkcie 39-44 w Tabeli nr 2 w Wyjaśnieniach Zamawiającego nr 2. Zamawiający zrezygnował z tego zapisu tzn. z zapisu „*Z wyjątkiem przypadków w których Umowa upoważnia Zamawiającego do jednostronnych zmian postanowień Umowy,*” i dokonał stosownych zmian w PPU opisanych w tej odpowiedzi.

Odpowiedź z wyjaśnień Zamawiającego: „Pytanie powiązane z pytaniami lp. 40-44 – odpowiedzi przy tych pytaniach”

„Rozwiązania te leżą po stronie Wykonawcy. Szczegóły Wykonawca przedstawi w Projekcie Technicznym zgodnie z wymaganiami SWZ. Informacje o działaniach zawierających szczegółowe dane dotyczące zastosowanych środków organizacyjnych, fizycznych i technicznych systemu e- TOLL, służących zapewnieniu bezpieczeństwa danych w tym systemie są przeznaczone do użytku wewnętrznego i stanowią informację prawnie chronioną, a upublicznienie ich mogłoby narazić Ministerstwo Finansów na szkodę. Informacje te zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu Umowy.” (odpowiedź na bb) pierwszy tiret)

„Zamawiający nie narzuca konkretnych metod szyfrowania. Metody szyfrowania przedstawi Wykonawca w Projekcie Technicznym.” (odpowiedź na bb) drugi tiret)

„Pytanie jest nieprecyzyjne. Informacje o działaniach zawierających szczegółowe dane dotyczące zastosowanych środków organizacyjnych, fizycznych i technicznych systemu eTOLL, służących zapewnieniu bezpieczeństwa danych w tym systemie są przeznaczone do użytku wewnętrznego i stanowią informację prawnie chronioną, a upublicznienie ich mogłoby narazić Ministerstwo Finansów na szkodę. Informacje te zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu Umowy.” (odpowiedź na bb) trzeci tiret).

Odwołujący podtrzymał ww. zarzut z uwagi na to, że – jak stwierdził na posiedzeniu - w jego ocenie Zamawiający odpowiadając na postawione w tym zakresie pytanie udzielił niepełnej odpowiedzi. Odwołujący nie podał jednak, dlaczego wprowadzone przez Zamawiającego zmiany nie wpływają na istotę rozumienia przez niego zarzutu, jak też nie wykazał bezzasadności twierdzeń Zamawiającego wskazujących na to, że podniesione w zarzucie kwestie leżą po stronie wykonawcy, np. w odniesieniu do metod szyfrowania, jak też twierdzeń dotyczących braku możliwości przekazania określonych danych przed podpisaniem umowy.

Ad zarzut 4ee.

Odwołujący stwierdził, że wzór umowy (§ 20) w sprawie zamówienia publicznego przewiduje przekazywanie danych płatników w ramach umowy powierzenia przetwarzania danych. Jednak agent rozliczeniowy wykonując usługi płatnicze przetwarza dane płatników jako odrębny administrator danych (tj. we własnym imieniu i interesie) a dostęp do danych następuje w drodze udostępnienia danych, a nie umowy powierzenia danych. Zatem zawieranie umowy powierzenia danych osobowych nie powinno mieć miejsca. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z wzoru umowy postanowień odnoszących się do powierzenia przetwarzania danych osobowych.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że nie powierza przetwarzania danych osobowych płatników w zakresie Kart Płatniczych, a powierzenie przetwarzania danych osobowych dotyczy wyłącznie Kart Flotowych. Kategorie danych osobowych, jakie Wykonawca będzie miał powierzone, wymienione są w §1 ust. 3 załącznika nr 4 do PPU i są niezbędne do realizacji pkt 2.7 OPZ, tj. zapewnienia autoryzacji i rozliczenia transakcji bezgotówkowych dokonywanych Kartami Flotowym wystawców, z którymi Szef KAS będzie miał podpisane umowy na moment rozpoczęcia świadczenia Umowy oraz Wystawcami Kart Flotowych, z którymi Szef KAS podpisze umowy w trakcie obowiązywania Umowy z Wykonawcą. W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał zapis SWZ.

Przepis § 20 umowy stanowi:

*20.1. Mając na uwadze, iż w ramach realizacji Umowy, Wykonawcy zostaną powierzone do przetwarzania dane osobowe, których administratorem jest Szef KAS, Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia z Szefem KAS umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych której wzór stanowi **Załącznik nr 4 (Umowa Powierzenia)**. Umowa Powierzenia zostanie zawarta przez Wykonawcę i Szefa KAS jednocześnie z zawarciem Umowy.*

20.2. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić zgodność realizacji Umowy z wymaganiami stawianymi przez każdorazowo obowiązujące przepisy dotyczące ochrony danych osobowych, w tym również RODO. W szczególności, Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia zasad stawianych przez RODO wobec systemów informatycznych przetwarzających dane osobowe, takich jak uwzględnianie ochrony danych w fazie projektowania oraz domyślna ochrona danych.

Zwraca uwagę, że Odwołujący domaga się usunięcia z wzoru umowy postanowień odnoszących się do powierzenia przetwarzania danych osobowych, a nie kwestionuje wskazanych przez Zamawiającego postanowień SWZ, w których zostało wskazane jakie Wykonawca będzie miał powierzone dane i jakim celom one służą. Nie wykazuje przy tym, aby postanowienia te naruszały obowiązujące przepisy prawa.

Ad zarzut 4ff.

Odwołujący wskazał, że we wzorze umowy nie jest uregulowana kwestia reklamacji wnoszonych przez Zamawiającego lub płatników (osób dokonujących płatności kartami). Odwołujący wniósł o nakazanie doprecyzowania kwestii zgłaszania reklamacji.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że procedura reklamacji będzie uzgodniona przez Zamawiającego i Wykonawcę po podpisaniu Umowy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby uzgodnienie procedury reklamacji po podpisaniu umowy uniemożliwiało skalkulowanie ceny oferty lub naruszało obowiązujące przepisy prawa.

Ad zarzut 4ll.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2.7.16.1 OPZ „Wykonawca uzgadnia i podpisuje umowę z Wystawcą Kart Flotowych i Dostawcą Kart Flotowych o zachowaniu poufności danych w celu zachowania bezpieczeństwa tych danych i umożliwienia wymiany specyfikacji technicznych”. Zawarcie umowy zależy od woli obu stron – odmowa podpisania umowy przez Wystawcę Karty Flotowej lub Dostawcę Karty Flotowej jest okolicznością niezależną od wykonawcy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany 2.7.16.1 OPZ i nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca uzgadnia i podpisuje umowę z Wystawcą Kart Flotowych i Dostawcą Kart Flotowych o zachowaniu poufności danych w celu zachowania bezpieczeństwa tych danych i umożliwienia wymiany specyfikacji technicznych. Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za odmowę zawarcia w/w umowy przez Wystawcę Kart Flotowych lub Dostawcę Kart Flotowych”.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że jego rolą jest wyegzekwowanie od Wystawców/Dostawców Kart Flotowych podpisania stosownych umów. Zamawiający podpisał takie umowy, w których zagwarantował, iż podmioty te zawrą z Wykonawcą niniejszego zamówienia umowy o zachowaniu poufności danych w celu zachowania bezpieczeństwa tych danych i umożliwienia wymiany specyfikacji technicznych.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby wymóg dotyczący zachowania poufności danych w celu zachowania bezpieczeństwa tych danych i umożliwienia wymiany specyfikacji technicznych był nieuzasadniony uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, aby był niemożliwy do zrealizowania, jak też naruszał obowiązujące przepisy prawa.

Ad zarzut nr 5c

Odwołujący wskazał, że w ramach umowy agent rozliczeniowy powinien realizować transakcje kartowe. Natomiast umowa całkowicie pomija kwestie odpowiedzialności za takie transakcje. W szczególności kwestia chargebacków (reklamacji chargeback) – brak jej uregulowania może prowadzić do przerzucenia całej odpowiedzialności na wykonawcę. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do umowy postanowienia zobowiązującego Zamawiającego do przestrzegania regulacji organizacji kartowych określającego odpowiedzialność Zamawiającego za chargebacki.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił jakie konkretnie zapisy miałyby zostać wprowadzone do umowy. Zamawiający nie wyraża zgody in blanco na przestrzeganie jakichkolwiek regulacji wydanych przed podmioty prywatne. Żeby Zamawiający mógł podjąć decyzję co do tego czy Zamawiający zgadza się na to, aby być związany konkretną regulacją, Odwołujący powinien przedstawić Zamawiającemu jej treść tak, aby Zamawiający mógł ocenić czy dana regulacja dotyczy Zamawiającego i jakie są ryzyka wynikające dla Zamawiającego z tej regulacji.

Należy podzielić ww. stanowisko Zamawiającego co do niezasadności oczekiwań, iż nie mając wiedzy o jakie konkretnie regulacje miałyby zostać uzupełniona umowa, nie może się na nie z góry zgodzić.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby brak w umowie oczekiwanych przez niego postanowień naruszał obowiązujące przepisy prawa.

Ad zarzut 5e

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ust. 3.2 wzoru umowy, „W przypadku, gdy wystąpią jedynie nieprawidłowości nieistotne dla Wdrożenia Usług, Zamawiający może (według swego uznania) podpisać Protokół Odbioru Technicznego z zastrzeżeniami [...]” i

wniósł o nakazanie zmiany ust. 3.2 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku, gdy wystąpią jedynie nieprawidłowości nieistotne dla Wdrożenia Usług, Zamawiający podpisze Protokół Odbioru Technicznego z zastrzeżeniami [...]”. Zdaniem Odwołującego pozostawianie Zamawiającemu decyzji w zakresie realizacji umowy „wedle swego uznania”, zwłaszcza w przypadkach dotyczących odbiorów prac, może prowadzić do nierównego traktowania Wykonawców już na etapie szacowania ryzyka, a zatem kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian żądanych przez Odwołującego. Wykonawca zobowiązany jest wykonać Projekt Techniczny tak, aby był wolny od jakichkolwiek nieprawidłowości. Zapis o odbiorze z zastrzeżeniami umożliwia odbiór w przypadku, gdy Zamawiający uzna, iż nieprawidłowości nie stoją na przeszkodzie w realizacji Wdrożenia Usług zgodnie z SWZ.

Odwołujący nie wykazał, aby zakwestionowane przez niego postanowienie naruszało wskazany w odwołaniu przepis Pzp, bądź inny przepis ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....