

**WYROK**  
**z dnia 22 września 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 września 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 sierpnia 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa, Ministra Finansów, w imieniu którego działa i postępowanie prowadzi Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne w Warszawie**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1 A, 1C, D, E oraz 2 A, B, C, D, H, I, J, z uwagi na cofnięcie zarzutów przez Odwołującego;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:**
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Dnia 24 sierpnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 roku, poz. 843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **KapschTelematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący”

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi pośredniej obsługi klienta Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS)”, prowadzi Zamawiający: Ministerstwo Finansów - Biuro Administracyjne w Warszawie, ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2020/S 155-379698 w dniu 12 sierpnia 2020 r.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego, polegającej na określeniu treści ogłoszenia o zamówieniu, a także treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”). Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucono:

1) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej wymagania Zamawiającego, co w konsekwencji znacząco utrudnia lub nawet uniemożliwia Odwołującemu rzetelną kalkulację oferty oraz złożenie w postępowaniu oferty porównywalnej do innych ofert, jakie mogą złożyć potencjalni konkurencyjni wykonawcy, w szczególności poprzez:

a) brak określenia w § 7.5.1. wzoru umowy — Załącznik J do SIWZ (dalej jako „IPU”) zasad dystrybucji urządzenia pokładowego obsługiwane przez operatora, którego system teleinformatyczny został dopuszczony przez szefa KAS, w szczególności brak zasad współpracy z operatorem dedykowanego urządzenia pokładowego wpływającego na poziom kosztów wykonania przez Wykonawcę usługi dystrybucji takiego urządzenia oraz brak wskazania w załączniku A.1. do SIWZ - Formularz Cenowy osobnej pozycji dla dystrybucji OBU, która winna stanowić odrębną jednostkę cenotwórczą;

b) brak wskazania w punkcie 3.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) szczegółowych informacji dotyczących systemu SPOE KAS, w tym informacji dotyczących systemu rozliczeniowego Zamawiającego, jego specyfikacji oraz danych, które powinny być wymienne pomiędzy narzędziem wykonawcy a systemem rozliczenia stosownym przez Zamawiającego;

- c) brak określenia w punkcie 3.3. e) OPZ definicji „nowych usług” oraz szczegółowych zasad wprowadzania i rozliczania Wykonawcy z tytułu ich realizacji;
  - d) brak wskazania w punkcie 3.2 OPZ sposobu, w jakim będzie następował import danych rejestracyjnych Klientów; brak wskazania w punkcie 3.6. OPZ listy zdarzeń, w związku z którymi Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania napraw w ramach procedury reklamacyjnej.
- 2) naruszenie art. 5 k.c i art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 oraz art. 29 Pzp poprzez ukształtowanie IPU oraz OPZ w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, w szczególności poprzez:
- a) wprowadzenie w § 3 punkt 3.5. IPU możliwości rozwiązania Umowy z chwilą wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację Zadania 1 niezależnie od czasu trwania Umowy (36 miesięcy);
  - b) uznanie w § 3 punkt 3.3. IPU za skuteczne oświadczenia Zamawiającego o przesunięciu terminu realizacji Umowy złożonego w placówce operatora pocztowego;
  - c) wyznaczenie w § 4 punkt 4.3. IPU terminu 15 dni roboczych na podpisanie protokołu odbioru lub odmowę jego podpisania, co biorąc pod uwagę 45 dniowy termin wykonania zadania, znacząco utrudnia jego realizację;
  - d) wprowadzenie w § 4 punkt 4.5.2 IPU wymogu rejestracji w SPOE KAS co najmniej 150 000 pojazdów podlegających Opłacie Elektronicznej w terminie do 31 stycznia 2021 r.,
  - e) wprowadzenie szeregu jednostronnych uprawnień Zamawiającego przy rażąco nieproporcjonalnych obowiązkach wykonawcy w zakresie § 5 punkt 5.1. IPU, § 3 punkt 3.1, 3.2. i 3.4. IPU, § 18.9.2.IPU bez wynagrodzenia dla wykonawcy (brak odrębnej ceny jednostkowej w załączniku A. 1. do SIWZ - Formularz Cenowy) i możliwości choćby dochodzenia zwrotu kosztów przygotowania i wdrożenia usług w ramach Etapu 1 w przypadku m.in. przesunięcia terminu realizacji Etapu 2, a także przyznaje Zamawiającemu prawa do jednostronnego przesunięcia terminu realizacji Etapu 1 w ciągu 30 dni od zawarcia Umowy, mimo iż sam termin realizacji Etapu 1 biegnie od dnia zawarcia Umowy;
  - f) w § 5 punkt 5.1. IPU uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wyłącznie od wartości transakcji płatniczych bez prawa Wykonawcy do uzyskania wynagrodzenia stałego, pokrywającego ponoszone koszty stałe powstałe w ramach realizacji Zadania 1;
  - g) sformułowanie w § 5 punkt 5.3. IPU obowiązków Wykonawcy w zakresie wystawiania faktur niezgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. ustawą o podatku od towarów i usług;

- h) określenie w § 5 punkt 5.15 IPU wysokości odsetek niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz postanowieniami punktu 3.5.3. OPZ oraz pozbawienie w § 5 punkt 5.14 IPU Wykonawcy prawa do wynagrodzenia;
- i) wskazanie w punkcie 3.1. OPZ, że w ramach SPOE KAS mogą być wykorzystywane płatności drogą elektroniczną na zamówienie pocztowe albo telefoniczne, co jest wewnątrznie sprzeczne i niemożliwe do zrealizowania;
- j) określenie w punkcie 3.4. OPZ w ramach obowiązków przypisanych Wykonawcy w zakresie „zachowania czasu przekazywania danych” pod rygorem zapłaty kar umownych, obowiązków leżących całkowicie w gestii podmiotu trzeciego, tj. wykonawcy wybranego w odrębnym postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- a) doprecyzowanie przez Zamawiającego § 7 punkt 7.5.1. IPU poprzez określenie zasad współpracy z operatorem dedykowanego urządzenia pokładowego, którego system teleinformatyczny został dopuszczony przez szefa KAS, w szczególności zasad rozliczania opłat za urządzenia oraz kosztów dystrybucji oraz wprowadzenie do formularza cenowego osobnej pozycji cenowej dla wykonania usługi w postaci dystrybucji OBU;
- b) doprecyzowanie punktu 3.3. e) OPZ poprzez zdefiniowanie, co należy rozumieć pod pojęciem „nowych usług” oraz określenie zasad ich realizowania oraz rozliczania wynagrodzenia z tytułu ich wykonania;
- c) doprecyzowanie punktu 3.2. OPZ poprzez wskazanie sposobu importowania danych rejestracyjnych Klientów;
- d) doprecyzowanie punktu 3.6. OPZ poprzez wskazanie listy zdarzeń obligujących Wykonawcę do podjęcia działań w ramach reklamacji;
- e) wprowadzenie zmiany do IPU i ustalenie wyłącznie stałego okresu wykonywania umowy, tj. 36 miesięcy bez względu na wartość wykonywanych transakcji;
- f) zmianę § 3 punkt 3.3. IPU poprzez dodanie zdania „Wraz ze złożeniem pisma w placówce pocztowej, Zamawiający tego samego dnia przekaże Wykonawcy pismo za pośrednictwem e-mail oraz faksu na adres i numer wskazane w Umowie”;
- g) zmianę § 4 punkt 4.3. IPU poprzez dodanie zastrzeżenia, że wykonawca ma 45 dni od rozpoczęcia prac do dnia zgłoszenia gotowości do odbioru. tj. pomyślnego przeprowadzenia testów usług z Etapu 1, i termin ten nie skraca się w wyniku procedury odbiorowej stosowanej przez Zamawiającego (15 Dni Roboczych na zgłaszanie uwag);
- h) usunięcie § 4 punkt 4.5.2 IPU przewidującego obowiązek Wykonawcy rejestracji w SPOE KAS co najmniej 150 000 pojazdów podlegających Opłacie Elektronicznej w terminie do 31 stycznia 2021 r.;

- i) wskazanie w § 5 punkt 5.1. IPU, IPU, § 3 punkt 3.1, 3.2. i 3.4, IPU, § 18.9.2. IPU oraz załączniku A.1. do SIWZ - Formularz Cenowy wynagrodzenia za wykonanie usług w ramach Etapu 1 oraz możliwości dochodzenia zwrotu kosztów przygotowania i wdrożenia usług w ramach Etapu 1 w przypadku m.in. przesunięcia terminu realizacji Etapu 2, a także doprecyzowanie zasad przesunięcia w czasie prac zarówno w ramach Etapu 1, jak i Etapu 2, w szczególności, że przesunięcie terminu realizacji Etapu 1 nie może nastąpić w terminie 30 dni od zawarcia Umowy, skoro sam termin realizacji Etapu 1 biegnie od dnia zawarcia Umowy; zmianę § 5 punkt 5.1. IPU poprzez określenie zasad wynagradzania Wykonawcy z tytułu ponoszonych przez niego kosztów stałych obsługi;
- j) zmianę § 5 punkt 5.3, IPU poprzez dodanie zdania: „Jeżeli Wykonawca prześle Zamawiającemu fakturę, przed dniem zaakceptowania Raportu Miesięcznego z wykonania Usługi w danym Okresie Rozliczeniowym, termin zapłaty będzie liczony od dnia jego zaakceptowania przez Zamawiającego”;
- k) zmianę § 5 punkt 5.15 IPU wysokości odsetek poprzez określenie wysokości na poziomie ustawowym oraz usunięcie § 5 punkt 5.14 IPU;
- l) wykreślenie ze zdania w punkcie 3.1. OPZ „W ramach SPOE KAS mogą być wykorzystywane płatności drogą elektroniczną na zamówienie pocztowe albo telefoniczne (MO/TO)” sformułowania „na zamówienie pocztowe albo telefoniczne (MO/TO)”, ewentualnie doprecyzowanie na jakiej zasadzie takie zamówienia pocztowe i telefoniczne mają być realizowane; wskazanie w punkcie 3.1. OPZ szczegółowych informacji o funkcjonowaniu systemu SPOE KAS, niezbędnych dla realizacji zamówienia, w tym informacji dotyczących systemu rozliczeniowego Zamawiającego, jego specyfikacji oraz danych, które powinny być wymienne pomiędzy narzędziem wykonawcy a systemem rozliczenia stosownym przez Zamawiającego;
- m) usunięcie punktu 3.4. OPZ i tym samym obowiązku wykonania przez Wykonawcę zadań w zakresie wskaźników efektywności (SLA), ewentualnie dostosowanie wskaźników efektywności do zakresu prac, za które odpowiada wyłącznie Wykonawca.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, we wniesieniu odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu. Z powodu dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności, złożenie rzetelnie przygotowanej i skalkulowanej oferty jest obecnie istotnie utrudnione lub wręcz niemożliwe, co naraża Odwołującego na ryzyko utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia,

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego stanowiących przedmiot odwołania w dniu 12 sierpnia 2020 roku. Tego dnia opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu oraz nastąpiło

zamieszczenie na stronie Zamawiającego pozostałych dokumentów postępowania. Zatem odwołanie wniesiono w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Szczegółowe uzasadnienie zarzutów:

#### Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył powyższy przepis, ponieważ w opublikowanej przez niego dokumentacji przetargowej znalazły się niejasności uniemożliwiające prawidłową kalkulację ceny oferty.

Wykonawca nie ma możliwości skalkulować swojej oferty, jeśli w opisie przedmiotu zamówienia brak jest podstawowych elementów, które składają się na jej cenę oraz jeśli w oparciu o zaproponowane przez Zamawiającego warunki, Wykonawca nie jest w stanie ocenić ryzyk, jakie będą na nim spoczywały w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne. W chwili obecnej, Odwołujący nie tylko nie ma możliwości kalkulacji oferty, ale także powstaje po jego stronie niepewność co do rzeczywistego wynagrodzenia, jakie otrzyma on w związku z realizacją umowy oraz zakresu jego odpowiedzialności.

W przedłożonej bowiem dokumentacji, pozostawione zostały bowiem niezapełnione punkty, dotyczące choćby wysokości kar umownych. Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy (tak wyrok KIO z dnia 8 listopada 2018 roku, sygn. akt KIO 2196/18, 2197/18).

Niejednoznaczny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia prowadzi też do sytuacji, w której złożone oferty są nieporównywalne, co w konsekwencji wpływa na konkurencyjność ofert.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wymóg ten jest uszczegółowieniem bardziej ogólnej dyrektywy ustawowej, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, mówiącej, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przygotowana przez Zamawiającego dokumentacja winna być skonstruowana w taki sposób, aby wykonawcy mogli rzetelnie przygotować ofertę, a cenę obliczyć uwzględniając wszelkie czynniki, jakie mogą na nią wpłynąć. W tym celu oferent musi wiedzieć, z jakich elementów składa się zamówienie, jakie są jego obowiązki oraz jakich zasobów potrzebować będzie do jego realizacji.

Zarzut 1a):

W ramach tego zarzutu, Odwołujący podnosił nieprecyzyjne opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, wpływające w sposób istotny na kalkulację oferty.

W § 7 punkt 7.5.1. IPU nałożony został na Wykonawcę obowiązek dystrybuowania co najmniej jednego rodzaju urządzenia pokładowego obsługiwane przez operatora, którego system teleinformatyczny jest dopuszczony przez Szefa KAS do SPOE KAS zgodnie z art. 13i ust. 3e ustawy o drogach publicznych.

Zgodnie z definicją zawartą w punkcie I OPZ, OBU jest to urządzenie pokładowe umożliwiające uiszczenie Opłaty Elektronicznej lub Opłaty za Przejazd w SPOE KAS. Przedmiotowe urządzenie jest instalowane w pojeździe użytkownika i stanowi podstawę automatycznego naliczania opłat z tytułu użytkowania płatnych dróg publicznych.

Poza powyżej wskazanymi w zakresie OBU, ani w IPU ani w OPZ nie znajdują się żadne inne informacje dotyczące zasad dystrybucji urządzeń pokładowych, tj. OBU. Zamawiający nie określił bowiem, czy przedmiotowe urządzenia mają być dostarczane przez Wykonawcę czy przez Zamawiającego. Brak jest również wskazania na jakiej zasadzie rozliczana ma być kwestia dystrybucji OBU oraz obsługa Klienta. W załączonym do SIWZ formularzu cenowym nie znajduje się bowiem osobna pozycja dotycząca dystrybucji tego urządzenia, co powoduje niepewność, pod jaką pozycję formularza cenowego, należy skalkulować powyższe czynności.

Wykonawca nie posiada także szczegółowych danych dotyczących zasad współpracy z operatorem dedykowanego urządzenia pokładowego, co istotnie wpływa na poziom kosztów wykonania przez Wykonawcę usługi dystrybucji takiego urządzenia. Brak tych informacji uniemożliwia zatem rzetelną kalkulację oferty.

Zamawiający nie udostępnił Wykonawcy danych, o których mowa powyżej, w związku z czym, Wykonawca nie posiada niezbędnych informacji umożliwiających mu kalkulację oferty, gdyż nie ma informacji o dostawcach urządzeń OBU, których dystrybucji ma się podjąć oraz o zasadach tej dystrybucji, zarówno określonych przez dostawców, jak i samego Zamawiającego. Nie jest też sam w stanie ustalić samodzielnie warunków finansowych dotyczących dostawy OBU, ich ceny, itd. Wykonawca, nawet jako podmiot profesjonalny, nie ma obowiązku pozyskiwania tych danych „na własną rękę”. To Zamawiający, jako organizator postępowania, zobligowany jest podać do wiadomości wykonawców wszystkie niezbędne informacje, a zwłaszcza te, które mają wpływ na kalkulację oferty i w konsekwencji wynagrodzenie, jakie otrzyma Wykonawca z tytułu realizacji umowy. Wykonawca nie może domyślać się jakie są intencje Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, dla czynności określonych w § 7 punkt 7.5.1. IPU powinna zostać przewidziana w formularzu cenowym osobna pozycja cenowa, co pozwoli uniknąć wykonawcom wszelkich wątpliwości w przedmiocie wynagrodzenia z powyższego tytułu.

Oparcie wynagrodzenia na czynnikach niezależnych od liczby tych rodzajów OBU, stanowi dla wykonawcy ryzyko ponoszenia nieprzewidzianych kosztów, co naraża go na straty finansowe.

W oparciu o takie brzmienie § 7 punkt 7.5.1. IPU, Wykonawca nie jest w stanie na obecnym etapie skalkulować swojej oferty, w związku z czym, wniosek o zmianę tego postanowienia Odwołujący uważa za zasadny.

#### Zarzut 1b

W punkcie 3.1 OPZ Zamawiający wprowadza wymóg integracji z systemem SPOE KAS, nie wskazuje jednak, zasad funkcjonowania tego systemu. Brak jest jakiegokolwiek informacji w tym przedmiocie, co wpływa na kalkulację oferty. W szczególności brak jest informacji dotyczących systemu rozliczeniowego Zamawiającego, jego specyfikacji oraz danych, które powinny być wymienne pomiędzy narzędziem wykonawcy a systemem rozliczenia stosowanym przez Zamawiającego

Odwołujący wnosil o przekazanie niezbędnych informacji o przedmiotowym systemie, m.in.. specyfikacji systemu rozliczeniowego Zamawiającego oraz danych, które powinny być wymieniane pomiędzy narzędziem Wykonawcy, a systemem stosowanym przez Zamawiającego.

#### Zarzut 1 c)

Zgodnie z punktem 3.3 e) OPZ określającym wymagania dotyczące płatności Kartami Flotowymi, Wykonawca zobowiązany będzie do akceptacji i rozliczania wszystkich rodzajów transakcji w związku z SPOE KAS. Wykonawca będzie akceptował transakcje rozliczeniowe dla wszelkich nowych usług wprowadzonych w przyszłości w ramach SPOE KAS. Zamawiający nie precyzuje jednak co należy rozumieć pod pojęciem „nowych usług”, nie określa także jakie mają być zasady ich wprowadzania, a następnie rozliczania.

Brak tych informacji uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty.

Odwołujący wnosil o doprecyzowanie tego postanowienia, poprzez wskazanie usług, jakie mogą zostać wprowadzone w przyszłości, zasad ich realizowania oraz rozliczania wynagrodzenia z tytułu ich wykonania.

#### Zarzut 1d)

W punkcie 3.2. OPZ opisującym wymagania dotyczące usług rejestracji, Zamawiający nie wskazał w jaki sposób zostanie umożliwiony Wykonawcy import danych rejestracyjnych Klientów, w szczególności brak jest informacji skąd będą przekazywane te dane, jakie narzędzie do tego będzie wymagane i kto ma je dostarczyć. Zamawiający nie sprecyzował także wymagań formalnych co do rejestracji Użytkowników w systemie KAS SPOE. Zamawiający nie wskazał bowiem jakie narzędzia zostaną udostępnione podmiotom prywatnym, co z kolei uniemożliwi Wykonawcy realizację zadania w zakresie opisanym w punkcie 3.2. OPZ.

### Zarzut 1e)

W punkcie 3.6 OPZ wskazane zostały regulacje dotyczące procedury reklamacyjnej. Brak jest jednak określenia listy zastrzeżeń podlegających reklamacji, który powoduje po stronie Wykonawcy niepewność. Brak jednoznacznego określenia zdarzeń podlegających reklamacji prowadzić może do sytuacji, w której Zamawiający będzie żądał realizacji nieuzasadnionych usług, co wpłynie nie tylko na czas, ale i na sytuację finansową Wykonawcy.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o wskazanie listy zdarzeń, jakie będą uprawniały Zamawiającego do żądania wykonania napraw z tytułu gwarancji.

### Zarzut nr 2:

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie i konsekwentnie wskazywano, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu warunków umowy, jaka zawarta ma zostać w wyniku udzielania zamówienia, nie jest nieograniczona (tak wyrok KIO z dnia 30 października 2018 roku, sygn. KIO 2115/18; wyrok KIO z dnia 8 listopada 2018 roku, sygn. KIO 2196/18, 2197/18).

Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2018 roku, sygn. KIO 1380/18 oraz 1384/18).

Innymi słowy, przygotowane przez Zamawiającego dokumenty, zarówno SIWZ, jak i proponowane warunki umowy, jaka ma zostać zawarta w wyniku udzielenia zamówienia powinny być skonstruowane w taki sposób, aby wykonawcy mogli rzetelnie przygotować ofertę, a cenę obliczyć uwzględniając wszelkie czynniki, jakie mogą na nią wpłynąć. W tym celu oferent musi wiedzieć, z jakich elementów składa się zamówienie oraz jakich zasobów potrzebować będzie do jego realizacji lecz także wiedzieć jakie ryzyka przy realizacji umowy (w tym powodujące możliwość nałożenia na niego kar umownych) powinien brać pod uwagę. Nieprecyzyjne zdefiniowanie ryzyk stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawców, którzy mają znacznie większe rezerwy i zasoby finansowe.

Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia IPU, wykraczają poza ustawową zasadę swobody umów i rodzą po stronie Wykonawcy niepewność co do zakresu jego odpowiedzialności, powinny być one zatem odpowiednio zmienione.

Zamawiający powinien zobowiązać się do zapewnienia współpracy ze strony tych podmiotów, z którymi ma zawarte umowy. Zaś wykonawca nie powinien odpowiadać za zdarzenia wynikające z działań lub zaniechań Zamawiającego (w tym opóźnień w realizacji Umowy będących następstwem braku zapewnienia przez Zamawiającego współpracy z podmiotami, z którymi łączy go stosunek umowny).

Zarzut 2a):

W § 3 punkt 3.5 IPU Zamawiający wskazał, że niezależnie od terminów określonych w Umowie, Umowa ulega rozwiązaniu z chwilą wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację Zadania (całkowite maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy).

Co istotne, wynagrodzenie wykonawcy jest zmienne i wartość transakcji dokonywanych kartami nie jest zależna od Wykonawcy, a od ruchu drogowego oraz ilości użytkowników którzy korzystają z płatności wskazanymi środkami. Tym samym, Wykonawca ponosi ryzyko iż umowa może wygasnąć po np. 30 miesiącach, czy wcześniej. W takiej sytuacji wykonawca ponosi ryzyko, iż nie wszystkie koszty, które ponosiłby w związku z wykonywaniem umowy zostałyby pokryte i tym samym niemożliwe jest poprawne skalkulowanie oferty.

Odwołujący wnosił o ustalenie pewnego okresu wykonywania umowy w zakresie Etapu 2 czyli 36 miesięcy, co jest wskazane w § 3 punkt 3.12. IPU

Dodatkowo, Wykonawca wnosił o przedstawienie danych historycznych lub też predykcji Zamawiającego dotyczących wartości płatności dokonywanych kartami flotowymi. Zgodnie bowiem z formularzem cenowym wartość zamówienia objętego zadaniem podstawowym, to iloczyn sumarycznej wartości transakcji za planowany czas trwania umowy prognozowanej przez Zamawiającego przez oferowaną przez wykonawcę marżę, wyrażoną w procentach.

Zamawiający zakłada pewien stały budżet, który nie jest wskazany w treści SIWZ (SIWZ określa jedynie szacunkową wartość transakcji na potrzeby określenia ceny). Budżet ten opiera się prawdopodobnie na stałej średniomiesięcznej wartości transakcji, tymczasem realna wartość transakcji może znacznie odbiegać o tych założeń. Wartość ta zależy od realnej liczby przejazdów drogą płatną, od wysokości opłaty oraz od udziału płatności kartami flotowymi w systemie SPOE KAS (możliwe będzie też uiszczanie opłat kartami płatniczymi oraz gotówką) (każdy z tych czynników może w ulec zmianie). W szczególności, biorąc pod uwagę te czynniki może dojść do sytuacji, gdy budżet Zamawiającego wyczerpie się istotnie szybciej niż w ciągu 36 miesięcy. Przykładowo, gdyby wartość transakcji wzrosła o 10%, to budżet wyczerpałby się przed zakończeniem 33 miesiąca. W tej sytuacji, Wykonawca przez 3 miesiące nie otrzymywałby wynagrodzenia, natomiast musiałby ponosić koszty stałe związane z zatrudnieniem personelu, realizacją umów podwykonawczych, pokrycia kosztów stałych. Wynika to z faktu, iż Wykonawca nie znając obiektywnych

kryteriów dla określenia okres obowiązywania umowy, nie może zawrzeć odpowiednio dostosowanych umów podwykonawczych.

Zarzut 2b):

W § 3 punkt 3.3. IPU Zamawiający przewidział możliwość przesunięcia terminu realizacji Umowy, z zastrzeżeniem, iż oświadczenie złożone w tym przedmiocie będzie skuteczne z chwilą nadania go w placówce pocztowej. W ocenie Odwołującego, takie postanowienie wprowadza nieproporcjonalne ryzyko po stronie Wykonawcy.

Skuteczność oświadczenia złożonego przez Zamawiającego nie może być niezależna od skuteczności jego doręczenia Wykonawcy. Może bowiem prowadzić do sytuacji, w której nadana przesyłka zaginie i nie zostanie nigdy doręczona adresatowi, a skutki nedoręczenia będą mimo to obarczać wykonawcę. W związku z tym, nie może być wiążącą data stempla pocztowego. Mając na uwadze opóźnienie w doręczeniu oświadczenia za pomocą poczty polskiej względem daty oświadczenia, należy uznać, iż w razie wysłania oświadczenia o zmianie terminu rozpoczęcia etapu umowy w przeddzień startu określonego domyślnie przez Umowę, Wykonawca nie mając wiedzy o powyższym oświadczeniu musiałby rozpocząć usługę w terminie domyślnie określonym w Umowie.

Odwołujący wnosil o zmianę tego postanowienia, zgodnie z wnioskiem odwołania.

Zarzut 2c):

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w § 4 punkt 4.3. IPU wskazuje, iż okres na wykonanie Etapu 1 to 45 dni. Z drugiej strony, Zamawiający wskazuje, iż w ciągu 15 dni roboczych od zgłoszenia gotowości do odbioru dokona odbioru. 15 dni roboczych to w skrajnych przypadkach 21 dni kalendarzowych, zatem prawie połowa czasu na wykonanie zadania.

Wykonawca wnosi zatem, aby w terminie 45 dni objęte zostały tylko czynności, za które on odpowiada, bez zawarcia w tym terminie czynności związanych z odbiorem. Takie ukształtowanie IPU i terminów, uniemożliwia realizację zadania.

Zarzut 2d)

W § 4 punkt 4.5.2 IPU Zamawiający zawarł wymóg rejestracji w SPOE KAS co najmniej 150 000 pojazdów podlegających Opłacie Elektronicznej w terminie do 31 stycznia 2021 r.

Takie ukształtowanie IPU stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, powodując po stronie Wykonawcy powstanie ryzyk, których nie można przewidzieć.

Wymóg zarejestrowania pojazdów w wymaganej przez Zamawiającego ilości jest niemożliwy do zrealizowania. Wykonawca nie dysponuje bowiem środkami nacisku na kierowców pojazdów, których efektem byłaby ich rejestracja w SPOE KAS i to w dodatku w liczbie opisanej w IPU. Co więcej, obok systemu KAS, równolegle na rynku istnieje system Viatoll, dlatego też, użytkownicy będą mieli możliwość korzystania z dotychczasowego

systemu. Nie jest zatem możliwe zagwarantowanie, iż zdecydują się oni na rejestrację w nowym systemie.

Z uwagi na fakt, że równoległe mogą działać dwa systemy poboru opłat, bez określenia daty, w której dotychczasowy system będzie wygaszony, w skrajnej sytuacji może nie być użytkowników opłacających przejazdy za pośrednictwem narzędzi dostarczonych w ramach niniejszego zamówienia. Tym samym, wykonawca nie będzie otrzymywał wynagrodzenia bądź też otrzyma wynagrodzenie z transakcji, które nie będzie pokrywać kosztów stałych utrzymywania systemu. Wynagrodzenie wykonawcy jest bowiem wprost proporcjonalne od wolumenu transakcji dokonywanych przez klientów w systemie SPOE KAS z wykorzystaniem Usług.

Aby użytkownik mógł dokonywać płatności w systemie SPOE KAS wymagana jest rejestracja oraz korzystanie z urządzenia pokładowego lub aplikacji mobilnej (która nie jest zdefiniowana w OPZ). W związku wymogiem IPU w § 7 punkt 7.5.1. Wykonawca jest zobligowany do dystrybucji co najmniej jednego rodzaju urządzeń pokładowych. W takiej sytuacji wymóg ten oznacza potencjalną konieczność zapewnienia min. 150 000 liczby urządzeń pokładowych do daty 31 stycznia 2021 roku. Nie ma możliwości oszacowania wielkości zapotrzebowania na te urządzenia pokładowe, ponieważ nie jest wiadome, jaka część klientów będzie korzystała z aplikacji mobilnej (SIWZ nie określa w jakim czasie będzie dostępna ta aplikacja, czy będzie darmowa i czy jakie będą wymagania sprzętowe), oraz jaka część klientów będzie nadal korzystać z dotychczas działającego systemu.

Wykreślenie tego wymogu jest o tyle istotne, że za jego niespełnienie Zamawiający przewiduje sankcje w postaci kar umownych

#### Zarzut 2e):

Zamówienie objęte postępowaniem, podzielone zostało na etapy, gdzie Etap 1 obejmuje przygotowanie i wdrożenie usług dotyczących obsługi SPOE KAS w terminie 45 dni od dnia podpisania Umowy, natomiast Etap 2 obejmuje realizację i rozwój usług dotyczących obsługi SPOE KAS i nie może rozpocząć się wcześniej niż 1 stycznia 2021 r.

Jednocześnie, w § 5 punkt 5.1. IPU oraz w załączniku A.1. do SIWZ wskazane zostały podstawy wynagradzania Wykonawcy za realizację poszczególnych usług.

Jak wynika z brzmienia IPU oraz załączonego do SIWZ formularza cenowego, Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia za wykonanie Etapu 1.

Zgodnie z § 5 punkt 5.1. IPU oraz formularzem cenowym „*wynagrodzenie Wykonawcy za wykonywane Usługi — realizowanie Zadania 1 w danym Okresie Rozliczeniowym będzie równe kwocie netto odpowiadającej procentowej wartości salda transakcji płatności zrealizowanych w tym Okresie Rozliczeniowym, na Kontach Klientów zarejestrowanych przez Wykonawcę. Saldo transakcji płatniczych uwzględni transakcje uznaniowe, powiększające saldo transakcji niezbędne do obliczenia wysokości*

*wynagrodzenia Wykonawcy oraz transakcje kredytowe (zwroty), które pomniejszają saldo transakcji niezbędne do obliczenia wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (...)*”.

Nie przyznając Wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie Etapu 1, Zamawiający przyznaje sobie dodatkowe jednostronne uprawnienia. Przykładowo, w § 3 punkty 3.2. i 3.4. Zamawiający przewiduje możliwość przesunięcia terminów realizacji Etapu 1 i Etapu 2 o nie więcej niż 6 miesięcy od terminów pierwotnie ustalonych w Umowie w drodze jednostronnego oświadczenia woli złożonego Wykonawcy (punkt 3.2), za co Wykonawcy wprost nie przysługuje z tego tytułu żadne dodatkowe wynagrodzenie ani nawet zwrot rzeczywiście poniesionych kosztów (punkt 3.4), mimo iż Wykonawca poniesie koszty przygotowania i wdrożenia Usług.

Wykonawca podkreśla, iż przygotowanie i wdrożenie Usług wymagają dużego zaangażowania zasobów wewnętrznych i zewnętrznych przez cały okres trwania zadania. Zadania wymienione w OPZ w ramach Etapu 1 nie wyczerpują całości prac koniecznych do wykonania po stronie wykonawcy, takich jak: budowa dedykowanego rozwiązania informatycznego, dostosowanie interfejsów, zbudowanie nowych interfejsów, wszelkie prace wdrożeniowe, dostosowanie lub zbudowanie narzędzia rozliczeniowego, zakup sprzętu i innych środków trwałych, ewentualny zakup odpowiedniej puli urządzeń pokładowych (minimum 150 000).

W ramach etapu pierwszego muszą być ponadto wykonane wszelkie prace konieczne do startu Etapu 2, np. podpisanie umów z dostawcami kart flotowych (plus ewentualne wynagrodzenie dostawców kart flotowych za implementację) oraz z innymi podmiotami, z którymi współpraca jest konieczna z uwagi na wymagania Zamawiającego.

Zamawiający oczekuje także wykonania Etapu 1 w ciągu 45 od dnia zawarcia umowy, przy czym w § 3 punkt 3.2.1 IPU wskazuje, iż może dokonać zmiany terminu dla Etapu 1 do 30 dni od zawarcia umowy. W konsekwencją powyższego Wykonawca może być już bliżej końca wykonywania zadań z Etapu 1, a jednocześnie otrzyma informację od Zamawiającego o przesunięciu terminu wdrożenia Etapu nawet o okres 6 miesięcy. W takiej sytuacji Wykonawca znowu poniesie już znaczące koszty, za które nie otrzyma wynagrodzenia i dodatkowo w przypadku przesunięcia możliwe, iż będzie musiał powtórzyć wykonane w ciągu pierwszych 30 dni czynności, zwiększając swoje koszty względem pierwotnej kalkulacji.

Ponadto, w § 18.9.2 IPU Zamawiający przewiduje karę umowną w wysokości 2000 zł za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zadań objętych Etapem 1. W związku z tym, dochodzi do sytuacji, w której Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za realizację Etapu 1 a jest jednocześnie karany za jakikolwiek nieterminowe zrealizowanie tego Etapu. Z uwagi na określenie odpowiedzialności nawet w przypadku opóźnienia, a nie zwłoki, a więc bez

winy Wykonawcy, Wykonawca zostanie obciążony karą umowną za nieterminową realizację Etapu 1 nawet w sytuacji, gdy niedochowanie terminu nie jest przez niego zawinione.

Takie ukształtowanie IPU oraz zasad odpowiedzialności Wykonawcy, naraża go na straty i przyczynia się do powstania sytuacji, w której Wykonawca w ramach zamówienia objętego postępowaniem, poniesie koszty, bowiem nie otrzyma żadnego wynagrodzenia i zmuszony będzie zapłacić Zamawiającego karę umownych z przyczyn przez niego niezawinionych.

Odwołujący wnosił o zmianę IPU i załącznika A.1 do SIWZ poprzez określenie zasad wynagradzania Wykonawcy z tytułu wykonania usług w ramach Etapu 1 i dodanie stosownej pozycji cenowej w formularzu.

#### Zarzut 2f:

W § 5 punkt 5.1. IPU Zamawiający uzależnił wypłatę wynagrodzenia od wartości transakcji płatniczych bez prawa Wykonawcy do wynagrodzenia z tytułu ponoszonych kosztów stałych powstałych w ramach Zadania 1. Takie ukształtowanie postanowień IPU naraża Wykonawcę na nieproporcjonalne ryzyko. Wykonawca nie wie ile transakcji może mieć miejsce (czy wszyscy użytkownicy będą korzystać z tego systemu), a jednocześnie musi ponosić stałe koszty z tytułu jego utrzymywania i obsługi. Niepewność, co do liczby transakcji oraz konieczność jednoczesnej obsługi systemu, może go narażać na stratę. Wniosek o dodanie dla tych czynności osobnej pozycji cenowej jest w ocenie Odwołującego pełni zasadny.

#### Zarzut 2g

W § 5 punkt 5.3. IPU Zamawiający wskazuje, że Wykonawca wystawiał będzie comiesięczne faktury, w terminie 5 Dni Roboczych od zatwierdzenia danego Raportu Miesięcznego przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, w celu zachowania zgodności z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług Zamawiający powinien dopuścić możliwość wystawienia faktury w terminie wcześniejszym niż wskazany powyżej i dostosować odpowiednio termin płatności, np. poprzez dodanie zapisu: „Jeżeli Wykonawca przekaze Zamawiającemu fakturę, przed dniem zaakceptowania Raportu Miesięcznego z wykonania Usługi w danym Okresie Rozliczeniowym, termin zapłaty będzie liczony od dnia jego zaakceptowania przez Zamawiającego”.

Z ustawy wynika bowiem, że w przypadku świadczenia usług o charakterze ciągłym rozliczanych w miesięcznych okresach rozliczeniowych, mając na uwadze przepisy art. 106i ust. 1 w zw. z art. 19a ust 3 ustawy o podatku od towarów i usług (t. j. Dz.U. z 2020 r., poz. 106 z późna zm.), termin wystawienia faktury powinien nastąpić nie później niż do 15 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym wykonano usługę. Zatem w przypadku, gdy akceptacja Raportu będzie następować po 15 dniu miesiąca następującego po miesiącu, w którym wykonano usługę, wystawienie faktury w terminie zgodnym z proponowanymi

zapisami umowy może powodować po stronie Wykonawcy powstawanie regularnych opóźnień w fakturowaniu skutkujących sankcjami karno-skarbowymi.

Utrzymanie wymagania w obecnym brzmieniu doprowadza potencjalnie do sytuacji niezgodności z prawem po stronie wykonawcy, bez jakiegokolwiek winy po jego stronie.

#### Zarzut 2h

W przypadku każdego opóźnienia Wykonawcy w przekazaniu środków finansowych z tytułu wystawionej noty, zgodnie z punktem 3.5. OPZ, na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego, Wykonawca jest zobowiązany do uiszczenia na rzecz Zamawiającego odsetek za opóźnienie w wymiarze 1 % nieprzekazanych w terminie środków finansowych za każdy dzień opóźnienia.

Zapis ten jest sprzeczny z zapisem punktu 3.5.3 OPZ, w którym wysokość odsetek za opóźnienie została określona jako odsetki ustawowe. Ponadto, stopa procentowa 1% dziennie, czyli 365% w stosunku rocznym byłaby niezgodna z przepisami kodeksu cywilnego.

Powyższe przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie zmierza do obejścia art. 481 ust. 2<sup>1</sup> k.c., który przewiduje zakaz określania odsetek na poziomie ponad wysokość odsetek maksymalnych. Zgodnie z art. 359 § 2 k.c. odsetki ustawowe wynoszą obecnie 5,6% rocznie. Maksymalna wysokość odsetek za opóźnienie nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie, czyli 11,2% rocznie, na co wskazuje art. 359 § 2<sup>1</sup> k.c.). Pytanie czy taki zapis umowny jako stojący w sprzeczności z przepisem powszechnym w ogóle miałby zastosowanie.

Jednocześnie, w § 5 punkt 5.14 IPU Zamawiający przewidział brak prawa do wynagrodzenia w przypadku każdego opóźnienia Wykonawcy w przekazaniu środków finansowych. Tego rodzaju rozwiązanie stanowi de facto karę umowną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenie pieniężnego, co jest niedopuszczalne na gruncie k.c. Takie rozwiązanie jest ominięciem art. 483 ust. 1 k.c. mówiącym o zakazie nakładania kar umownych od świadczeń pieniężnych.

Postanowienie w § 5 punkt 5.15 IPU oraz § 5 punkt 5,14 IPU jest sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i winno zostać odpowiednio zmienione i usunięte przez Zamawiającego.

#### Zarzut 2i

W punkcie 3.1 OPZ wskazane zostało, że w ramach SPOE KAS mogą być wykorzystywane płatności drogą elektroniczną na zamówienie pocztowe albo telefoniczne.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie jest wewnętrznie sprzeczne, ponieważ Zamawiający z jednej strony wprowadza elektroniczną formę płatności, z drugiej przewiduje możliwość zlecenia płatności pocztą albo telefonicznie, którym nie można przypisać formy elektronicznej. Zlecenie płatności za pośrednictwem poczty czy telefonicznie

było przyjętą praktyką kilkanaście lat temu, kiedy to nie były jeszcze rozwinięte transakcje elektroniczne. W ocenie Odwołującego postanowienie to powinno zostać uaktualnione i dostosowane do obecnie panujących standardów rynkowych i bezpieczeństwa.

Wystawcy kart flotowych mogą nie mieć technicznej możliwości realizacji transakcji, w których dane karty są podawane drogą pocztową lub telefonicznie. Co więcej, realizacja takich transakcji może być niezgodna z przyjętymi przez te podmioty zasadami bezpieczeństwa informatycznego, w związku z czym realizacja tego wymogu może okazać się niemożliwa dla wykonawców.

Skoro prowadzone postępowanie ma na celu m.in. uproszczenie procedur związanych z elektronicznym poborem opłat, wniosek o wykreślenie sformułowania na zamówienie pocztowe albo telefoniczne, ewentualnie o doprecyzowanie na jakiej zasadzie takie zamówienia i ich realizacja mają wyglądać, jest zdaniem Odwołującego w pełni zasadny.

#### Zarzut 2i

W punkcie 3.4. OPZ Zamawiający wymaga od Wykonawcy realizacji zadań w zakresie wskaźników efektywności (SLA).

W ocenie Odwołującego, wskaźnik „Poprawność rejestracji danych i zmian na Koncie Klienta” nie dotyczy usług objętych postępowaniem, z uwagi na fakt, iż wskazuje on na dane rejestracyjne i zmiany wprowadzonych na Koncie Klienta w Punkt Dystrybucji i Przygraniczny Punkt Obsługi Klienta przez inny podmiot.

Podobnie wygląda sytuacja, jeśli chodzi o drugi opisany wskaźnik, tj. „Dostępność kanału płatniczego w Punktach Dystrybucji”. Wykonawca nie odpowiada bowiem za dostarczenie do Punktów terminali kart płatniczych i ich oprogramowania. Odpowiedzialny jest za to podmiot trzeci, wybrany w innym postępowaniu, w związku z czym, wymóg realizacji tych obowiązków powinien zostać wykreślony z OPZ.

Mając powyższe argumenty na uwadze, Odwołujący uważa, że odwołanie jest w pełni zasadne.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, iż Odwołujący Kapsch jako wykonawca zainteresowany ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie oraz deklarujący potencjał do jego realizacji, wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenie opisu w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Na posiedzeniu przed Izłą Odwołujący wycofał część zarzutów oznaczonych numerami 1 A, 1C, D, E oraz 2 A, B, C, D, H, I, J, co powodowało, że Izba umorzyła postępowanie w powyższym zakresie. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie w treści sentencji wyroku (pkt 1).

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że pierwotnie w zapisach SIWZ i OPZ wskazano, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie Pośredniej Obsługi Klienta SPOE KAS przez Wykonawcę przez 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy jednak nie wcześniej niż od 01.02.2021 r.

System Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej to system służący do elektronicznego naliczania Opłat za Przejazd lub Opłaty Elektronicznej. Na potrzeby poboru Opłaty Elektronicznej za pomocą SPOE KAS stosowane są urządzenia mobilne, zewnętrzne systemy lokalizacyjne oraz urządzenia pokładowe, wykorzystujące technologie pozycjonowania satelitarnego i transmisji danych. Obecnie sieć dróg płatnych obejmuje ok 3 660 km dróg. W systemie jest obecnie zarejestrowanych ok. 800 000 podmiotów, a łączna liczba pojazdów zarejestrowanych w systemie wynosi ok 1 450 000.

Przedmiotem zamówienia został podzielony na dwa etapy :

Etap 1: Przygotowanie i wdrożenie Usług,

Etap 2: Świadczenie Usług

Ewentualnie Rozwój usług w ramach prawa opcji.

Etap 1 obejmuje przygotowanie i wdrożenie usług dotyczących obsługi SPOE KAS. W okresie 45 dni od dnia podpisania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest do zakończenia realizacji Etapu 1, przez co należy rozumieć osiągnięcie gotowości do realizacji Etapu 2, w tym:

- a) opracowanie specyfikacji wymiany danych ze SPOE KAS,
- b) opracowanie wspólnie z Zamawiającym Podręcznika Operacyjnego,
- c) przeprowadzenie testów usług z Etapu 1.

Etap 2 obejmuje realizację i rozwój usług dotyczących obsługi SPOE KAS. Rozpocznie się po zakończeniu realizacji Etapu 1, przy czym nie wcześniej niż od 1 stycznia 2021 r. Wykonawca w ramach Etapu 2 zrealizuje w szczególności zadania:

- a) świadczenie Usług zgodnie z wymaganiami w pkt. od 3.1 do 3.4 oraz zgodnie z utworzoną dokumentacją,
- b) rejestracja w SPOE KAS co najmniej 150 000 pojazdów podlegających Opłacie Elektronicznej w terminie do 31.01.2021 r.,
- c) raportowanie o wynikach,
- d) aktualizację specyfikacji wymiany danych ze SPOE KAS
- e) wprowadzanie zmian do opracowanej dokumentacji operacyjnej przy akceptacji Zamawiającego, w tym dostosowywania jej do zmieniających się przepisów prawa oraz procedur SPOE KAS.

Zamawiający dopuszcza możliwość późniejszego terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi, odpowiednio jednak nie później niż do sześciu miesięcy od poszczególnych dat początkowych. Zamawiający dopuszcza możliwość przesunięcia poszczególnych terminów realizacji Umowy o nie więcej niż 6 miesięcy od terminów pierwotnie określonych w drodze jednostronnego oświadczenia woli złożonego Wykonawcy przez Zamawiającego w formie pisemnej pod rygorem nieważności, przy czym:

2.4.1 Przesunięcie terminu zakończenia realizacji Etapu 1 może nastąpić nie później niż w terminie 30 dni od zawarcia Umowy,

2.4.2 Przesunięcie terminu rozpoczęcia i zakończenia realizacji Etapu 2 może nastąpić nie później niż w terminie 14 dni od zakończenia realizacji Etapu 2.

W punkcie **3.1. Pośrednia obsługa Klienta - wymagania ogólne**, określono, że przedmiotem zamówienia w omawianym zakresie jest zapewnienie dostępności w SPOE KAS usług co najmniej pięciu operatorów Kart Flotowych, posiadających doświadczenie w obsłudze Klientów Elektronicznego Systemu Poboru Opłat viaTOLL, którzy świadczyliby usługi w zakresie:

- a) rejestracji w SPOE KAS podmiotów podlegających Opłacie Elektronicznej za przejazd Drogami Płatnymi;

b) zapewnienia dostępności płatności Kartami Flotowymi w Miejscach Obsługi Klienta z wykorzystaniem Terminali Płatniczych dostarczanych i utrzymywanych przez Zamawiającego;

c) zapewnienia dostępności płatności Kartami Flotowymi w samoobsługowym kanale SPOE KAS (selfservice) dostarczonym i utrzymywanym przez Zamawiającego;

d) dystrybucji OBU Klientom zarejestrowanym przez Wykonawcę.

Wykonawca zintegruje swoje narzędzia z systemem rozliczeniowym dostarczonym i utrzymywanym przez Zamawiającego.

Zamawiający dostarcza Terminale Płatnicze do Sieci Dystrybucji SPOE KAS.

W ramach SPOE KAS mogą być wykorzystywane płatności drogą elektroniczną na zamówienie pocztowe albo telefoniczne (MO/TO).

Wykonawca zobowiązany jest również do dystrybucji co najmniej jednego dedykowanego urządzenia pokładowego obsługiwane przez operatora, którego system teleinformatyczny jest dopuszczony przez Szefa KAS do SPOE KAS zgodnie z art. 13i ust. 3e ustawy o drogach publicznych dostępnych na rynku dla Klientów SPOE KAS. Informacje dotyczące dokumentacji technicznej dla operatorów urządzeń pokładowych znajdują się na stronie <https://www.qov.pl/web/kas/publikacja-projektow-dokumentacji-integracvinei-z-svstem-poboru-oplatv-elektronicznei-kas>

### Zgodnie z punktem **3.2. Wymagania dotyczące usług rejestracji:**

Wykonawca w ramach usługi rejestracji w SPOE KAS, przekazuje dane :

- imię i nazwisko lub nazwę właściciela, posiadacza albo użytkownika pojazdu, adres zamieszkania lub adres jego siedziby;

- numer PESEL, numer identyfikacji podatkowej albo inny numer identyfikacyjny używany w państwie zamieszkania lub siedziby albo numer, za pomocą którego właściciel, posiadacz albo użytkownik pojazdu jest zidentyfikowany na potrzeby podatku od towarów i usług albo podatku od wartości dodanej, a jeżeli nie został nadany, nazwę i numer dokumentu stwierdzającego tożsamość osoby fizycznej niewykonującej działalności gospodarczej będącej właścicielem, posiadaczem albo użytkownikiem pojazdu oraz nazwę państwa, które ten dokument wydało,

- dane pojazdu samochodowego, w szczególności:

- numer rejestracyjny,

- określenie dopuszczalnej masy całkowitej,

- poziom emisji zanieczyszczeń (normy EURO),

- markę,

- model,

- rodzaje paliwa,

- rok produkcji,

- pojemność skokową silnika i maksymalną moc netto silnika
- numer VIN;

Wykonawca na żądanie Klienta dokona zmiany/uzupełniania rejestru o:

- kategorię pojazdu lub liczbę osi pojazdu,
- numery rejestracyjne przyczepy lub naczepy stanowiących zespół pojazdów;

W przypadku braku możliwości zaimportowania danych o Kliencie lub ich ręcznej modyfikacji niezbędne jest dodanie odwzorowanych cyfrowo dokumentów potwierdzających prawidłowość wskazanych danych. Rejestracji nie dokonuje się w przypadku uiszczenia opłaty elektronicznej z wykorzystaniem usługi EETS.

W punkcie **3.4.** określono **Wskaźniki efektywności (SLA):**

Wykonawca zobowiązany jest do realizacji Usługi zgodnie z określonymi wskaźnikami efektywności, które będą podlegać weryfikacji. Okresem pomiaru wskaźników efektywności jest pełny Okres Rozliczeniowy. Jako wskaźniki określono:

- Poprawność rejestracji danych i zmian na Koncie Klienta
- Dostępność kanału płatniczego w Punktach Dystrybucji
- Dostępność kanału płatniczego w Przygranicznych Punktach Obsługi Klienta
- Czas przekazania danych.

Punkt 3.5. ustalał zasady rozliczenia z Wykonawcą:

**3.5.1.** Wystawianie Noty dla Wykonawcy za transakcje dla Kont Przedpłaconych.

Nota za transakcje dla Kont Przedpłaconych jest wystawiana i wysyłana do Wykonawcy każdego Dnia Roboczego. Wykonawca zobowiązany jest uregulować należność w ciągu 14 dni od daty wystawienia Noty na indywidualny rachunek bankowy wskazany w dokumencie.

Dane do Noty są przygotowywane na podstawie plików rozliczeniowych wysyłanych codziennie do Wykonawcy. Dane z pliku rozliczeniowego (tj. łączna kwota, .kod produktu, data) służą do wystawienia Noty w formie elektronicznej jest przesyłana do Wykonawcy zgodnie z kanałem komunikacji wskazanym w Umowie.

**3.5.2.** Wystawianie Noty dla Wykonawcy za transakcje dla Kont z Odroczonej Płatnością.

Nota za transakcje dla Kont z Odroczonej Płatnością jest wystawiana i wysyłana do Wykonawcy w ciągu 3 Dni Roboczych po zakończeniu Okresu Rozliczeniowego. Okresem Rozliczeniowym jest zakres transakcji od pierwszego do ostatniego dnia miesiąca. Wykonawca zobowiązany jest uregulować należność w ciągu 14 dni od daty wystawienia noty na indywidualny rachunek bankowy wskazany w dokumencie.

Dane do Noty są przygotowywane na podstawie plików rozliczeniowych wysyłanych codziennie do Wykonawcy. Dane z pliku rozliczeniowego (tj. łączna kwota, kod produktu, data) służą do wystawienia Noty. Przedmiotowy dokument w formie elektronicznej jest przesyłany do Wykonawcy zgodnie z kanałem komunikacji wskazanym w Umowie.

**3.5.3.** Konieczne jest wskazanie przez Wykonawcę formy kontaktu w przypadku rozliczenia należności (niedopłata, nadpłata, bądź całkowity brak wpłaty) lub w przypadku potwierdzenia salda. W przypadku nieterminowej płatności, Zamawiający będzie naliczał odsetki ustawowe za opóźnienia w płatności.

**3.5.4.** Do każdej płatności dokonanej przez Wykonawcę zgodnie z pkt 3.5.1 oraz pkt 3.5.2. Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu raport identyfikujący rozliczenie Klientów z tytułu operacji bezgotówkowych związanych z SPOE KAS. W Etapie 1 Zamawiający uzgodni z Wykonawcą sposób przekazania oraz wzór raportu identyfikującego rozliczenie Klientów z tytułu operacji bezgotówkowych z SPOE KAS.

**W punkcie 3.6. ustalono procedurę „Reklamacje Zamawiającego”**

Reklamacje Zamawiającego będą zgłaszane przez Zamawiającego telefonicznie lub drogą elektroniczną do Wykonawcy na wskazane przez Wykonawcę numery telefonu, adres poczty elektronicznej (e-mail).

Wykonawca zobowiązuje się do potwierdzenia otrzymania Reklamacji Zamawiającego telefonicznie lub e-mailem zwrotnym w terminie do 3 dni od momentu jej otrzymania.

Wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w zakresie Reklamacji Zamawiającego w terminie 5 dni roboczych od dnia jej złożenia przez Zamawiającego. Wykonawca dotrzyma terminu wskazanego powyżej w sytuacji, gdy przekaze Zamawiającemu szczegółowe i kompletne wyjaśnienia do wszystkich kwestii poruszonych w Reklamacji Zamawiającego. Jeżeli Wykonawca nie przedstawi wyjaśnień w terminie 5 dni roboczych od dnia złożenia Reklamacji Zamawiającego, uważa się, że uznał za zasadne zastrzeżenia przedstawione przez Zamawiającego. Nieuznanie zastrzeżeń przedstawionych przez Zamawiającego należy traktować jedynie jako stanowisko Wykonawcy.

Zamawiający na podstawie przedstawionych wyjaśnień podejmie decyzję odnośnie konsekwencji finansowych w tym rozliczenie ewentualnych strat Zamawiającego z wynagrodzenia Wykonawcy.

Z zapisów punktu **3.7. Rozliczenia, raportowanie i deklarowana wolumetria** wynika, że zrealizowane usługi będą raportowane i rozliczane w Okresach Rozliczeniowych. Wykonawca wyznaczy minimum jedną osobę - Koordynatora ds. Dostawców Kart Flotowych odpowiedzialną za kontakt i współpracę z jednostkami, m.in. wyjaśnienie niezgodności i wątpliwości związanych z realizacją umowy, wystawionymi fakturami, itp. Wykonawca zapewni kontakt z ww. osobą w godzinach 07:00 - 18:00 w Dni Robocze. Z uwagi na możliwość wystąpienia zintensyfikowanego okresu wdrażania Usługi godziny te mogą ulec zmianie.

Wykonawca przedkładać będzie Zamawiającemu Raporty Miesięczne.

Wzór raportów zostanie uzgodniony z Zamawiającym na etapie wdrożenia usług.

Raporty Miesięczne będą dostarczane Zamawiającemu w wersji elektronicznej, na adres osoby wskazanej przez Zamawiającego w terminie 5 Dni Roboczych od zakończenia Okresu Rozliczeniowego.

Przekazane Raporty Miesięczne będą podlegać akceptacji przez Zamawiającego w terminie 5 Dni Roboczych od daty ich otrzymania. Zamawiający może żądać od Wykonawcy dodatkowych informacji w celu potwierdzenia lub wyjaśnienia przekazanych Raportów Miesięcznych. Zamawiający może zdecydować o zaakceptowaniu przekazanych Raportów Miesięcznych we własnym zakresie.

Wykonawca wystawi comiesięcznie faktury VAT za wykonaną Usługę, w terminie 5 dni od zatwierdzenia Raportu Miesięcznego przez Zamawiającego.

**Terminy wskazane przy przekazywaniu i akceptacji Raportu Miesięcznego oraz wystawieniu faktury VAT należy uznać za maksymalne, wobec czego zarówno Wykonawca jak i Zamawiający może dokonać opisanego działania przed upływem wskazanego terminu.**

Do faktur VAT Wykonawca załączy specyfikację wykonanych usług w postaci Raportu Miesięcznego. Postanowienia zawarte powyżej stosuje się odpowiednio do zapłaty wynagrodzenia za zrealizowanie Etapu 1 i zrealizowanie Etapu 2.

Z wzoru umowy wynika, że

### **§ 3. Okres obowiązywania Umowy**

3.1. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji Umowy w następujących terminach:

3.1.1. Etap 1 zostanie zrealizowany przez Wykonawcę w terminie 45 dni od daty zawarcia Umowy,

3.1.2. Etap 2 będzie realizowany przez Wykonawcę przez 36 miesięcy i rozpocznie się w terminie od zakończenia Etapu 1, przy czym nie wcześniej niż od 1 stycznia 2021 roku.

3.2. Zamawiający dopuszcza możliwość przesunięcia poszczególnych terminów realizacji Umowy o nie więcej niż 6 miesięcy od terminów pierwotnie ustalonych w Umowie w drodze jednostronnego oświadczenia woli złożonego Wykonawcy przez Zamawiającego w formie pisemnej pod rygorem nieważności, przy czym:

3.2.1. Przesunięcie terminu zakończenia realizacji Etapu 1 może nastąpić nie później niż w terminie 30 dni od zawarcia Umowy,

3.2.2. Przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji Etapu 2 nastąpi nie później niż w terminie 30 dni od terminu zakończenia realizacji Etapu 1. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do przesunięcia terminu rozpoczęcia realizacji Etapu 2, to 36-miesięczny okres realizacji Etapu 2 będzie liczony od terminu rozpoczęcia realizacji Etapu 2 wskazanego przez Zamawiającego w oświadczeniu o przesunięciu tego terminu.

3.3. Za datę złożenia Wykonawcy oświadczenia przez Zamawiającego należy uznać datę nadania pisma w przedmiocie oświadczenia o przesunięciu terminu realizacji Umowy w placówce operatora pocztowego - wiążąca data stempla pocztowego.

3.4. Wykonawcy w związku ze skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnienia, o którym mowa powyżej nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie oraz Wykonawca oświadcza, że nie będzie występował w żadnymi roszczeniami (w szczególności: *lucrum cessans*, *damnum emergens*) względem Zamawiającego w związku z nierozpoczęciem świadczenia usług w pierwotnie określonym terminie.

3.5. Niezależnie od upływu terminów określonych powyżej, Umowa ulega rozwiązaniu z chwilą wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację Zadania 1 (całkowite maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 5.1. Umowy).

#### **§ 4 Odbiory**

4.3. W terminie nie późniejszym niż 15 Dni Robocze od zgłoszenia gotowości do odbioru, Zamawiający podpisze protokół odbioru albo odmówi podpisania protokołu odbioru danego zadania i zgłosi nieprawidłowości w formie pisemnej lub pocztą elektroniczną. Przez nieprawidłowości należy rozumieć (i) jakiegokolwiek niezgodności z OPZ prac zgłoszonych do odbioru, (ii) jakiegokolwiek inne uchybienia obowiązkom Wykonawcy, które zgodnie z Umową Wykonawca ma zrealizować w ramach odbieranych zadań.

4.5. Powyższą procedurę stosuje się odpowiednio do odbioru

4.5.1. Podręcznika operacyjnego

4.5.2. Rejestracji w SPOE KAS co najmniej 150 000 pojazdów podlegających Opłacie Elektronicznej w terminie do 31 stycznia 2021 roku z Etapu 2.

#### **§ 5. Wynagrodzenie i warunki płatności**

5.1. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonywanie Usługi - realizowanie Zadania 1 - w danym Okresie Rozliczeniowym będzie równe kwocie netto odpowiadającej procentowej wartości salda transakcji płatniczych zrealizowanych w tym Okresie Rozliczeniowym, na Kontach Klientów zarejestrowanych przez Wykonawcę. Saldo transakcji płatniczych uwzględnia transakcje uznaniowe, powiększające saldo transakcji niezbędne do obliczenia wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz transakcje kredytowe (zwroty), które pomniejszają saldo transakcji niezbędne do obliczenia wysokości wynagrodzenia Wykonawcy. Wartość procentowa określona w ofercie Wykonawcy jest stała i będzie stanowiła jedyny składnik wynagrodzenia związany ze świadczeniem Usługi w ramach Zadania 1. Omawiane wynagrodzenie Wykonawcy zostanie powiększone o podatek VAT w stawce obowiązującej w wysokości: .....(słownie VAT: .....). Całkowite maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za realizowanie Zadania 1 w całym okresie obowiązywania Umowy nie przekroczy kwoty netto .....zł (słownie złotych: .....), plus podatek VAT co stanowi kwotę brutto .....zł (słownie złotych:

.....).Wynagrodzenie za jedną roboczogodzinę wykonywania Usługi - realizowanie Zadania 2 - w danym Okresie Rozliczeniowym będzie równe kwocie .....zł netto.

Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonywanie Zadania 2 (prawo opcji) jest stałe i będzie stanowiło jedyny składnik wynagrodzenia związany ze świadczeniem Usługi w ramach Zadania 2. Omawiane wynagrodzenie Wykonawcy zostanie powiększone o podatek VAT w stawce obowiązującej w wysokości:..... (słownie VAT.....)

5.2. Wartość procentowa salda transakcji płatniczych, o których mowa w ust. 5.1 określona została w Formularzu Cenowym, jako cena, zaś wysokość wynagrodzenia za realizowanie Zadania 2 (prawo opcji) zostało określone w Formularzu Cenowym, jako cena 2.

5.3. Wykonawca wystawi comiesięcznie faktury, w terminie 5 Dni Roboczych od zatwierdzenia danego Raportu Miesięcznego przez Zamawiającego.

5.4. Wynagrodzenie Wykonawcy za poszczególne Okresy Rozliczeniowe będzie płatne w terminie 30 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z zaakceptowanym przez Zamawiającego Raportem Miesięcznym obejmującym usługi za które ma być dokonana płatność.

5.14. Wynagrodzenie za dany Okres Rozliczeniowy jest nienależne w przypadku jakiegokolwiek opóźnienia Wykonawcy w przekazaniu środków finansowych na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego w tym Okresie Rozliczeniowym.

5.15. W przypadku każdego opóźnienia Wykonawcy w przekazaniu środków finansowych z tytułu wystawionej Noty zgodnie z pkt. 3.5 OPZ na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do uiszczenia na rzecz Zamawiającego odsetek za opóźnienie w wymiarze 1 % nieprzekazanych w terminie środków finansowych za każdy dzień opóźnienia.

## **§ 7. Obowiązki Wykonawcy**

7.5. Strony określają, że:

7.5.1. Wykonawca jest zobowiązany do dystrybuowania co najmniej jednego rodzaju urządzenia pokładowego obsługiwane przez operatora, którego system teleinformatyczny jest dopuszczony przez Szefa KAS do SPOE KAS zgodnie z art. 13i ust. 3e ustawy o drogach publicznych.

## **§18. Kary umowne**

18.9.1. Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy zapłaty następujących kar umownych (za każdy przypadek):

18.9.2. w przypadku opóźnienia Wykonawcy w realizacji Etapu 1 (w stosunku do terminu wynikającego z § 3 Umowy) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną wysokości 2000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia i za każde zadanie, którego dotyczy opóźnienie (kara umowna naliczana jest za każde zadanie z osobna).

Zamawiający w dniu 10 września 2020 roku dokonał modyfikacji zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, OPZ i IPU, w tym w zakresie elementów tych dokumentów odnoszących się do przedstawionych w odwołaniu zarzutów:

- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ Rozdział II pkt. 2.1: 2.1 Przedmiotem zamówienia jest świadczenie Usługi przez Wykonawcę od dnia 01.01.2021r. z możliwymi wyjątkami przewidzianymi poniżej.
- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ Rozdział II pkt. 2.3.2 – wykreślono b) rejestracja w SPOE KAS co najmniej 150 000 pojazdów podlegających Opłacie Elektronicznej w terminie do 31.01.2021 r.
- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ Rozdział II pkt. 3.1. – zmieniono zapis na: Zamawiający dopuszcza możliwość dystrybucji przez Wykonawcę dedykowanych urządzeń pokładowych obsługiwanych przez operatora, jest dopuszczony przez Szefa KAS do SPOE KAS zgodnie z art. 13i ust. 3e ustawy o drogach publicznych dostępnych na rynku dla Klientów SPOE KAS. Informacje dotyczące dokumentacji technicznej dla operatorów urządzeń pokładowych znajdują się na stronie <https://www.gov.pl/web/kas/publikacja-projektow-dokumentacjiintegracyjnej-z-system-poboruopłaty-elektronicznej-kas>.
- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ Rozdział II pkt 3.2. – dodano zapis: Wykonawca jest zobowiązany, na żądanie Zamawiającego do przekazania dokumentu potwierdzającego zgodę Klienta na rejestrację i przekazanie danych do SPOE KAS. W tym celu niezbędne jest przekazanie Zamawiającemu odwzorowanych cyfrowo dokumentów potwierdzających zgodę Klienta lub zgodę podpisaną cyfrowo.
- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ Rozdział II pkt 3.4. – dodano zapis: Zamawiający wymaga zachowania poprawności danych rejestracyjnych i zmian wprowadzonych na Konce Klienta.
- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ Rozdział I „Raport Miesięczny” – dodano zapis: Raport zawierający informacje dotyczące zrealizowanych usług w danym Okresie Rozliczeniowym, z uwzględnieniem ilości i danych rejestracji Kont Klientów, Kont Pojazdów, edycji Kont Klientów, edycji Kont Pojazdów. Ponadto ilość i dane przypisanych kart do Kont Klientów/Kont Pojazdów, ilość i dane zablokowanych kart (Czarna Lista), ilość i dane Kart Flotowych przypisanych do automatycznego doładowania salda.
- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ Rozdział I „Reklamacja Zamawiającego” – dodano zapis: Zamawiającego odnoszące się do usług świadczonych przez Wykonawcę w szczególności dot. jakości oraz terminów.
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 3 pkt. 3.1.2 – zmieniono zapis na: Etap 2 będzie realizowany przez Wykonawcę w terminie od dnia następującego po dniu w którym zostanie zakończony Etapu 1, przy czym nie wcześniej niż od 1 stycznia 2021 roku.

- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 3 pkt. 3.1.3 – zmieniono zapis na: Bez względu na termin rozpoczęcia Etapu 2, będzie on realizowany przez Wykonawcę nie dłużej niż do 30 czerwca 2022 roku.
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 3 pkt. 3.2.2 – zmieniono zapis na: Przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji Etapu 2 nastąpi nie później niż w terminie 30 dni od terminu zakończenia realizacji Etapu 1. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do przesunięcia terminu rozpoczęcia realizacji Etapu 2, to okres realizacji Etapu 2 będzie liczony od terminu rozpoczęcia realizacji Etapu 2 wskazanego przez Zamawiającego w oświadczeniu o przesunięciu tego terminu.
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 3 pkt. 3..3. – zmieniono zapis na: Za datę złożenia Wykonawcy oświadczenia przez Zamawiającego należy uznać datę nadania pisma w przedmiocie oświadczenia o przesunięciu terminu realizacji Umowy w placówce operatora pocztowego – wiążąca data stempla pocztowego. Zamawiający dopuszcza możliwość przekazania pisma w przedmiocie oświadczenia o przesunięciu terminu realizacji Umowy przez przekazanie pisma podpisanego podpisem kwalifikowanym za pośrednictwem e-mail na adres poczty elektronicznej wskazany w Umowie.
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 4 pkt. 4.5.2 – wykreślono
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 5 pkt. 5.14 – zmieniono zapis na: Wynagrodzenie za dany Okres Rozliczeniowy jest nienależne w przypadku jakiegokolwiek opóźnienia Wykonawcy w przekazaniu środków finansowych na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego w tym Okresie Rozliczeniowym. Wynagrodzenie za dany Okres Rozliczeniowy jest nienależne do czasu przekazania przez Wykonawcę środków finansowych na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego.
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 5 pkt. 5.15 – zmieniono zapis na: W przypadku każdego opóźnienia Wykonawcy w przekazaniu środków finansowych z tytułu wystawionej Noty zgodnie z pkt. 3.5 OPZ na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do uiszczenia na rzecz Zamawiającego odsetek ustawowych za opóźnienie.
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 7 pkt. 7.5 – wykreślono
- Załącznik J do SIWZ Wzór Umowy § 18 pkt. 18.9.3 – wykreślono.

W dniu 16 września 2020 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania zadane w postępowaniu, w tym istotne z punktu przedstawionych zarzutów:

**Pytanie 3** Rozdział II 2.3.1 a.

Zamawiający wymaga od Wykonawcy opracowania specyfikacji wymiany danych ze SPOE KAS.

Czy zatem budowa interface'u do systemu SPOE KAS będzie po stronie Zamawiającego? Prosimy o doprecyzowanie w celu umożliwienia oszacowania oferty.

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że przesyłanie i otrzymywanie danych między SPOE KAS, a Wykonawcą realizowane będzie z użyciem w szczególności usług sieciowych lub SFTP. Wykonawca przy udziale Zamawiającego opracuje specyfikację wymiany danych dotyczących klientów SPOE KAS niezbędnych w realizacji przedmiotu Umowy.

**Pytanie 6** Rozdział III OPZ 3.1.

a) Zamawiający wskazuje, że *„Wykonawca zintegruje swoje narzędzia z systemem rozliczeniowym dostarczanym i utrzymywanym przez Zamawiającego”*.

Jaki system rozliczeniowy będzie dostarczony i utrzymywany przez Zamawiającego?

Aby Wykonawca mógł prawidłowo wycenić koszty integracji oraz skalkulować ofertę, niezbędne jest otrzymanie od Zamawiającego szczegółowych informacji dotyczących narzędzia rozliczeniowego, specyfikacji tego systemu oraz danych, które powinny być wymieniane pomiędzy narzędziem Wykonawcy a systemem rozliczeniowym Zamawiającego.

b) Czy Zamawiający dopuszcza możliwość bezpośredniej integracji systemów informatycznych operatorów Kart Flotowych z systemem rozliczeniowym Zamawiającego?

c) Czy Wykonawca ma dostarczyć oprogramowanie na terminalach płatniczych Zamawiającego dostarczanych do Sieci Dystrybucji SPOE KAS?

d) Czy Wykonawca ma dostarczyć system informatyczny umożliwiający autoryzację i przetwarzanie danych o transakcjach kartami flotowymi zrealizowanych na terminalach płatniczych lub w samoobsługowym kanale SPOE KAS?

e) Czy Wykonawca ma dostarczyć całość rozwiązania umożliwiającego realizację transakcji kartami flotowymi (oprogramowanie terminala płatniczego, system autoryzacyjny, system rozliczeniowy, system przepływu danych pomiędzy systemem rozliczeniowym Zamawiającego a analogicznymi systemami operatorów Kart Flotowych)? Czy też Zamawiający zapewni wszystkie elementy wskazane powyżej?

f) Zamawiający wskazuje, że *„w ramach SPOE KAS mogą być wykorzystywane płatności drogą elektroniczną na zamówienie pocztowe albo telefoniczne (MO/TO)”*. Wykonawca prosi o uszczegółowienie, o jakie płatności dokładnie chodzi.

g) Zamawiający wskazuje, że *„Wykonawca zobowiązany jest również do dystrybucji co najmniej jednego dedykowanego urządzenia pokładowego obsługiwanego przez operatora, którego system teleinformatyczny jest dopuszczony przez Szefa KAS do SPOE KAS zgodnie z art. 13i ust. 3e ustawy o drogach publicznych dostępnych na rynku dla Klientów SPOE KAS”*

ga) czy w ramach wykonania umowy wykonawca ma dokonywać dystrybucji OBU? Jeśli tak

wnosimy o określenie, ile maksimum rodzajów urządzeń pokładowych ma dystrybuować Wykonawca, bowiem koszty związane z dystrybucją jednego rodzaju urządzenia będą zasadniczo różne od kosztów dystrybucji wielu typów urządzeń. Brak określenia liczby typów urządzeń uniemożliwia skalkulowanie oferty.

gb) jeżeli wykonawca miałby dystrybuować urządzenia innego podmiotu, to na jakich zasadach miałyby odbywać się współpraca pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem?

gc) kto ponosi koszty dystrybucji urządzenia pokładowego?

gd) kto jest odpowiedzialny za utrzymanie stanów magazynowych dla urządzeń pokładowych?

ge) czy urządzenie pokładowe ma być dostępne w Miejscach Obsługi Klienta?

gf) czy istnieje lista zatwierdzonych przez Szefa KAS urządzeń pokładowych dostarczanych przez operatorów urządzeń pokładowych? Jeśli nie, to kiedy taka informacja będzie dostępna?

gg) czy Wykonawca w ramach tego postępowania przetargowego jest zobowiązany do zapoznania się z dokumentacją techniczną dla operatorów urządzeń pokładowych.

**Odpowiedź:**

Ad a) Zamawiający informuje, że przesyłanie i otrzymywanie danych między SPOE KAS, a Wykonawcą planowane jest z użyciem w szczególności usług sieciowych lub SFTP. Zakres danych wymienianych pomiędzy SPOE KAS a Wykonawcą, w zakresie operatorów kart flotowych, będzie w szczególności obejmował:

- czarne listy i odpowiedź na przesłaną czarną listę;
- rozliczenia szczegółowe (transakcje) dla płatności odroczonej i przedpłaty;
- dokumenty finansowe tzn. nota obciążeniowa wystawiana za okres rozliczeniowy;
- raport dot. szczegółowych rozliczeń dla płatności odroczonej i przedpłaty przekazywany przez Wykonawcę na potrzeby rozliczenia płatności;
- dodanie i modyfikacja danych Klientów (dane rejestracyjne, adresowe, dane finansowe – informacje o kartach flotowych);
- dodanie i modyfikowanie danych pojazdów (pojazdów, przyczep, urządzeń OBE);
- potwierdzanie karty użytej przy rejestracji w MOK.

Zamawiający określając wymagania dot. konieczności wymiany danych z Wykonawcą przewidział możliwość użycia standardowych metod komunikacji, które wykorzystywane są w większości podobnych rozwiązań rynkowych.

Ad b) Zamawiający zawarł w odp Ad a) zakres danych oraz sposoby integracji z Systemem Zamawiającego.

Ad c) Zamawiający informuje, iż dostarcza Terminale Płatnicze do Sieci Dystrybucji SPOE KAS wraz z niezbędnym oprogramowaniem.

Ad d) Zamawiający wskazuje, iż dostarcza Terminale Płatnicze do Sieci Dystrybucji SPOE KAS wraz z niezbędnym oprogramowaniem.

Ad e) Zamawiający udzielił odpowiedzi na przedmiotowe pytanie w pozycji Ad a), Ad b), Ad c), Ad d).

Ad f) Zamawiający wskazując transakcje MO/TO opisane w pkt. 3.1 OPZ miał na myśli transakcje realizowane bez fizycznego użycia karty. W tym wypadku zlecenie składane jest na podstawie zamówienia na płatność za pośrednictwem portalu internetowego lub punktu obsługowego. Realizacja tego zamówienia nie jest wykonywana bezpośrednio po jego zleceniu lecz po osiągnięciu parametru określonych w zleceniu. W ten sposób Klient SPOE KAS zleca wykonanie płatności cyklicznej, która to zgodnie z ogólnie przyjętą definicją określona jest jako transakcja MO/TO. Przykładem określenia takiej definicji jest: <https://www.polcard.pl/rozwiązania-dla-ciebie/terminale-wirtualne/>

Ad ga - gd) Zamawiający wskazuje, że w dn. 10 września 2020 r. została opublikowana zmiana treści SIWZ. Patrz zmiana SIWZ: ust. 2, Tabela, wiersz L.p. 3.

Ad ge) Zamawiający wyjaśnia, iż pytanie Wykonawcy nr 6 ge) nie jest związane z przedmiotem postępowania.

Ad gf-gg) Zamawiający wskazuje, że w dn. 10 września 2020 r. została opublikowana zmiana treści SIWZ. Patrz zmiana SIWZ: ust. 2, Tabela, wiersz L.p. 3.

**Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.**

#### Zarzut 1B

Odwołujący zarzucał brak wskazania w punkcie 3.1. OPZ szczegółowych informacji dotyczących systemu SPOE KAS, w tym informacji dotyczących systemu rozliczeniowego Zamawiającego, jego specyfikacji oraz danych, które powinny być wymienne pomiędzy narzędziem wykonawcy a systemem rozliczenia stosownym przez Zamawiającego.

W ocenie Izby zarzut okazał się niezasadny. Dostrzeżenia przy tym wymaga, iż Odwołujący w katalogu żądań ujętych w odwołaniu, nie wskazał w jaki sposób Zamawiający miałby dokonać zmian opisu przedmiotu zamówienia. Nie określono minimalnego zakresu wymaganych informacji, które zdaniem Odwołującego uczyniłyby opis przedmiotu zamówienia wyczerpującym. Dopiero na rozprawie przed Izbą Odwołujący przedstawił szczegółową argumentację, jakie elementy o systemie rozliczeń uważa za niezbędne. Skład orzekający Izby uważa, że zarzut nie został w odwołaniu przez Odwołującego wystarczająco skonkretyzowany. Brakuje w pisemnym stanowisku Odwołującego argumentacji dlaczego dane zawarte w OPZ nie są wystarczające dla możliwości dokonania wyceny prac, nie wskazano jakich konkretnie danych czy informacji

Wykonawca potrzebuje. Ponadto opisowi zarzutu nie towarzyszą konkrety ujęte w ramach żądań odwołania.

Jednocześnie, jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz udzielonych odpowiedziach na pytania (odpowiedź nar 3 i 6) przesyłanie i otrzymywanie danych między SPOE KAS, a Wykonawcą planowane jest z użyciem w szczególności usług sieciowych lub SFTP (Protokołu komunikacyjnego typu klient-serwer, który umożliwia przesyłanie plików poprzez sieć TCP/IP). Zamawiający określił także, że zakres danych wymienianych pomiędzy SPOE KAS a Wykonawcą, w zakresie operatorów kart flotowych, będzie w szczególności obejmował:

- a) czarne listy i odpowiedź na przesłaną czarną listę;
- b) rozliczenia szczegółowe (transakcje) dla płatności odroczonej i przedpłaty;
- c) dokumenty finansowe tzn. nota obciążeniowa wystawiana za okres rozliczeniowy;
- d) raport dot. szczegółowych rozliczeń dla płatności odroczonej i przedpłaty przekazywany przez Wykonawcę na potrzeby rozliczenia płatności;
- e) dodanie i modyfikacja danych Klientów (dane rejestracyjne, adresowe, dane finansowe informacje o kartach flotowych);
- f) dodanie i modyfikowanie danych pojazdów (pojazdów, przyczep, urządzeń OBE);
- g) potwierdzanie karty użytej przy rejestracji w MOK.

Zamawiający określając wymagania dotyczące konieczności wymiany danych z Wykonawcą przewidział możliwość użycia standardowych metod komunikacji, które wykorzystywane są w większości podobnych rozwiązań rynkowych. Ponadto Zamawiający z punkcie 2.3.1. lit. a) OPZ wprowadził zmianę, że określenie specyfikacji wymiany danych jest zadaniem Wykonawcy, realizowanym w ramach przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby wprowadzone przez Zamawiającego zmiany i udzielone wyjaśnienia, wobec braku zakreślenia przez Odwołującego katalogu niezbędnych informacji i poziomu szczegółowości informacji, jakich oczekuje, są wystarczające. Zamawiający pokreślił, że to Wykonawca ma zaproponować rozwiązanie w pierwszym etapie (w fazie projektowej) i sposób wdrożenia tych elementów związany jest z etapem realizacji przedmiotu umowy.

#### Zarzuty 2 E i 2 F

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Tytułem wprowadzenia do problematyki kontroli postanowień wzorców umownych w postępowaniu odwoławczym, w szczególności w aspekcie określenia wysokości kar umownych i zasad ich naliczania, godzi się przypomnieć, że zasada swobody kontraktowania, której naruszenia - w przekonaniu Odwołującego - miał się dopuścić Zamawiający, doznaje w sferze zamówień publicznych istotnych ograniczeń. Zamawiający jest zazwyczaj uprzywilejowaną stroną umowy, bowiem to on kształtuje jej warunki, które

następnie muszą być w całości zaakceptowane przez wykonawcę, pozbawionego możliwości ich zmiany w drodze negocjacji. Dominująca pozycja zamawiającego w stosunkach obligacyjnych w zamówieniach publicznych wprowadzona została nieprzypadkowo. Warto pamiętać, że zamawiający dysponują środkami publicznymi, którymi należy gospodarować w ściśle określony sposób (tak ustawa o finansach publicznych), oraz że udzielając zamówień publicznych realizują cele wykraczające poza ich bieżące funkcjonowanie a realizujące zazwyczaj interes publiczny odnoszący się do ogółu społeczeństwa. Nie można wreszcie tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że zamawiający nie mają swobody wyboru kontrahenta - strony umowy. W tym zakresie ograniczeni są procedurami udzielania zamówień publicznych, które formalizują sposób wyboru drugiej strony kontraktu.

Bez wątplenia Zamawiający nie przewidział zapłaty wynagrodzenia w etapie 1, zapłata za tę część wykonanych czynności nastąpi w etapie 2, według określonych zasad. Jednocześnie w wyniku dokonanych modyfikacji SIWZ Zamawiający usunął zapisy, które zobowiązywały Wykonawcę do zakupu i dystrybucji co najmniej jednego rodzaju urządzenia pokładowego OBU, jednocześnie jedynie dopuszczając możliwość takiej dystrybucji, decyzję pozostawiając w gestii Wykonawcy. Zamawiający przyznał, że w ramach etapu 1 był to element zobowiązania, który mógł generować wysokie koszty dla Wykonawców, na rekompensatę których Wykonawca musiałby czekać do rozpoczęcia etapu 2.

Odwołujący wnosil o wprowadzenie do Formularza Cenowego i postanowień umownych zasad wynagrodzenia za wykonanie usług w ramach Etapu 1 oraz możliwości dochodzenia zwrotu kosztów przygotowania i wdrożenia usług w ramach Etapu 1 w przypadku przesunięcia wykonania etapu 2. O ile w ocenie składu orzekającego Izby generalnie zasadnym wydaje się wprowadzenie zasad otrzymania wynagrodzenia w etapie 1, zwłaszcza w sytuacji przesunięcia rozpoczęcia wykonywania etapu 2, o tyle Izba nie jest władna ustalać takie zasady samodzielnie, czy powinno to być wynagrodzenie na stałym poziomie, płatne procentowo, miesięcznie, w innym okresie, itp. Niewątpliwie wykonanie szeregu prac w etapie 1 generować może po stronie danego wykonawcy określone koszty, zwłaszcza osobowe (zespołu projektowego) i w przypadku przesunięcia terminu realizacji etapu 2 – koszty pozostawania w gotowości. Pewnie możliwym jest uwzględnienie wysokości tych kosztów w ramach wynagrodzenia prowizyjnego za etap 2, ale zachowanie choćby podstawowych zasad równowagi kontraktowej powinno skutkować otrzymaniem wynagrodzenia za usługi rzeczywiście wykonane.

Izba ponownie jednak dostrzec musi, iż Odwołujący nie przedstawił w zakresie żądań sposobu wprowadzenia zmian do dokumentów postępowania, nie podano jakiegokolwiek propozycji tych zapisów. W ocenie składu orzekającego Izby, a także ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa, to Odwołujący, formułując swoje żądania, wskazuje,

jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi Odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Niestaranne lub nieprecyzyjne sformułowanie zarzutu oraz jego uzasadnienia, a także postawienie żądania w formie blankietowej przez Odwołującego czyni niemożliwym ze strony Izby przychylenie się do zarzutów i żądań na dalszym etapie postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań Zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie SIWZ oraz postanowień umownych nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany tych dokumentów - one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści umowy, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Żądania wyznaczają bowiem oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. Jest to szczególnie istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub wzoru umowy. To żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub postanowień umownych. Jak już wskazano w niniejszym orzeczeniu, żądania Odwołującego miały charakter ogólnych oczekiwań, nie odwoływały się do propozycji konkretnych zapisów, co uniemożliwiało Izbie uwzględnienie przedmiotowych zarzutów.

Samego zastrzeżenia przez Zamawiającego uprawnień do przesunięcia poszczególnych terminów realizacji umowy, które może mieć miejsce w ściśle określonych terminach i o nie więcej niż podany w OPZ i wzorze umowy czasookres od terminów pierwotnie ustalonych, w ocenie składu orzekającego Izby nie stanowi postanowienia, które naruszałoby równowagę kontraktową. Wykonawca znając w jakich ramach czasowych może poruszać się Zamawiający, może w ofercie skalkulować odpowiednio ryzyko przesunięcia terminu i konieczność oczekiwania na wynagrodzenie.

Co do przewidzianych w umowie kar umownych, to Izba nie rozstrzyga w postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących zasadności naliczania określonej kary umownej. Ocena taka, ograniczona do zindywidualizowanego okolicznościami przypadku, należy bowiem do sądu powszechnego. Rolą KIO jest zaś generalna ocena, czy wprowadzenie określonych kar umownych do wzoru umowy wpływa, bądź może wpływać, na krąg potencjalnych wykonawców. W tym kontekście pamiętać trzeba, że - po

pierwsze - postanowienia wzoru umowy są wspólne wszystkim wykonawcom i będą dotyczyły w równym stopniu każdego wykonawcy, który uzyska zamówienie i zawrze z zamawiającym umowę na jego realizację. Po drugie - wykonawcom przyznano istotny instrument służący przeciwdziałaniu ryzyku naliczania kar umownych w postaci wyłącznego uprawnienia do ukształtowania ceny oferty w sposób owo ryzyko niwelujący, bądź minimalizujący. Zastrzeżenie kary umownej ma charakter dyscyplinujący i mobilizujący Wykonawców do należytego wypełniania ich obowiązków umownych.

W przypadku etapu 2 Odwołujący wnioskował o wprowadzenie stałego elementu wypłaty wynagrodzenia, nie uzależnionego od ilości transakcji przeprowadzanych w ramach nowowprowadzanego systemu. Oceniając zasadność zarzutu, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego. Z uwagi na okoliczność, że mamy do czynienia z systemem, który jest nowy, Zamawiający tworząc opis przedmiotu zamówienia polega na danych, które uzyskuje z obecnie funkcjonującego systemu. Innymi danymi Zamawiający nie dysponuje, jednocześnie nie ma możliwości zagwarantowania Wykonawcom minimalnego poziomu przyszłych transakcji bowiem ta ilość zależna jest od liczby użytkowników, którzy zdecydują się przejść do nowego systemu. Z drugiej strony Zamawiający umożliwia takie działania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, które pozwolą Wykonawcom na zwiększenie skali wynagrodzenia. Zamawiający przewiduje możliwość korzystania przez użytkowników systemu poprzez dostęp do bezpłatnej aplikacji mobilnej, która nie wymaga urządzeń, a więc to jest również czynnik zachęcający użytkowników do korzystania z nowego systemu. Wykonawca będzie mieć także możliwość zaproponowania atrakcyjnych elementów dostawy urządzeń pokładowych, co także powinno skłonić znaczną liczbę użytkowników do przeniesienia transakcji do nowego systemu. Przewidziano mechanizmy gwarantujące konkurencyjność tego systemu, dlatego też nie ma potrzeby wskazywania sztywnych reguł wykonawcom w jaki sposób mogą realizować świadczenie i jakie usługi proponować użytkownikom. Od kreatywnego podejścia Wykonawcy do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia będzie zależało, czy dany kontrakt będzie dla niego rentowny. Natomiast przyjęcie modelu wynagrodzenia, w którym Wykonawca uzyskuje wynagrodzenie w systemie prowizyjnym w zależności od ilości wykonanych usług jest dopuszczalne.

### Zarzut 2G

Z jednej strony Odwołujący w zarzucie oponował przeciwko ustalonym w SIWZ przez Zamawiającego regułom wystawiania faktur VAT, które uważa za niezgodne z przepisami, z drugiej zaś strony w żądaniu opisano propozycję odnoszącą się do liczenia terminu zapłaty za fakturę od określonego momentu. Odwołujący proponował dodanie zapisu: „Jeżeli Wykonawca prześle Zamawiającemu fakturę, przed dniem zaakceptowania Raportu Miesięcznego z wykonania Usługi w danym Okresie Rozliczeniowym, termin zapłaty będzie

liczony od dnia jego zaakceptowania przez Zamawiającego”. Zdaniem Izby przedstawiono żądanie nieadekwatne do przedmiotu sporu, mianowicie ustalenia momentu, w którym przedsiębiorca zobowiązany zostaje do wystawienia faktury za wykonane usługi, podczas gdy w żądaniu Odwołujący odnosił się do momentu ustalenia początkowego terminu zapłaty za wykonane usługi.

Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający nie polemizował z okolicznością, że świadczone usługi mają charakter usług ciągłych. Nie polemizowano również z faktem, iż zgodnie z przepisami prawa podatkowego w przypadku takich usług obowiązek wystawienia dokumentu sprzedaży potwierdzającego zaistniałą transakcję pośredniczących ze sobą stron musi mieć miejsce do 15 każdego miesiąca po wykonaniu usługi.

W ocenie Izby, która podziela w tej materii zapatrywania Zamawiającego, Odwołujący błędnie identyfikuje moment powstania obowiązku podatkowego dla usług będących przedmiotem realizacji, uznając, że momentem tym będzie koniec każdego miesiąca, a wystawienie raportu ma charakter deklaratoryjny w stosunku do wykonywanych usług. Zdaniem składu orzekającego Izby to ustalenie ostatecznego kształtu raportu i ustalenie ostatecznej liczby transakcji, za którą będzie przysługiwało Wykonawcy wynagrodzenie jest spełnieniem świadczenia za dany miesiąc i dopiero uzgodnienie raportu uprawnia Wykonawcę do wystawienia faktury. Nie będą zatem zachodziły okoliczności, o których pisano w odwołaniu, które narażać miały Wykonawcę na odpowiedzialność karnoskarbową. Obowiązkom raportowania poświęcono cały rozdział wzoru umowy (§ 6), rozpisano w jaki sposób przebiegał będzie cały proces. Raport zawierać informacje dotyczące zrealizowanych usług w danym okresie rozliczeniowym, uwzględnić ilość transakcji i danych rejestracji Kont Klientów, Kont Pojazdów, edycji Kont. Należy w nim ująć również ilość i dane przypisanych kart do Kont Klientów/Kont Pojazdów, ilość zablokowanych kart (czarna lista), ilość i dane Kart flotowych przypisanych do automatycznego doładowania salda. Nie jest to li tylko dokument zawierający proste zestawienie zbioru danych, które są podstawą do wystawienia faktury. Proces uzgodnienia ostatecznego kształtu tego dokumentu zawiera się, zdaniem składu, w opisie składającym się na przedmiot świadczenia. Zatem dopiero o ostatecznych ustaleniach Stron umowy możliwe będzie wystawienie faktury na podstawie danych pochodzących ze zweryfikowanego raportu miesięcznego.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Ponadto Izba zwraca uwagę na kwestię, że podstawą oddalenia zarzutów i nieuwzględnienia podniesionych żądań był nie tylko brak merytorycznej ich zasadności, ale także brak sprecyzowania żądań lub ich nieadekwatność do argumentacji ujętej w uzasadnieniu merytorycznym zarzutów.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....