

Kancelaria Adwokacka Marcin Radecki
ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego 44 lok. 69 03-982 Warszawa
tel. 601 513 535 faks: +48 223784636
email: marcin.radecki@adwokatura.pl

Warszawa, 21 maja 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-678 Warszawa

Zamawiający:

Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot

ul. Długi Targ 39/40, 80-830 Gdańsk
KRS: 0000398498
NIP: 583-315-17-48
tel. 58 301 48 84, tel. 58 301 24 84
email: 1. malgorzata.stupakowska@um.sopot.pl
2. biuro@metropoliagdansk.pl

Odwołujący:

Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji

ul. Przasnyska 6B, 01-756 Warszawa
tel.: (+48) 22 208 99 90
faks: (+48) 22 244 29 63
KRS 0000646950
NIP 895-198-10-07
reprezentowany przez
adwokata Marcina Radeckiego
Kancelaria Adwokacka Marcin Radecki
ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego 44 lok. 69
03-982 Warszawa
email: marcin.radecki@adwokatura.pl
nr faks: +48223784636

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na „URUCHOMIENIE, ZARZĄDZANIE I EKSPLOATACJA SYSTEMU ROWERU METROPOLITALNEGO”, numer sprawy: OMGGG/DK/01/2020, dalej „Postępowanie”.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku prawo zamówień publicznych w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy

wprowadzające ustawę – prawo zamówień publicznych w imieniu Wykonawcy – Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”, „Nextbike”) wnosząc odwołanie od:

- czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) - do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Niniejsze Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w 2020 roku. Do Postępowania zastosowanie znajdują więc przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku („ustawa Pzp”). Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych - do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Niniejsze odwołanie jest więc wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w oparciu o przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku.

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

- 1) **art. 60e ust. 4 ustawy Pzp** poprzez wyznaczenie termin składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty;
- 2) **art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez żądanie od wykonawców dokumentów zbędnych do przeprowadzenia Postępowania oraz określenia wymagań co do treści dokumentów w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i nieproporcjonalny;
- 3) **art. 29 ust. 1 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 w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiającą dokonanie wyceny przedmiotu oferty;
- 4) **art. 29 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 5) **art. 60e ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz pkt 16) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję;
- 6) **art. 353¹ i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) (dalej: „kc”) w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp** przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób

sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem;

- 7) **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Interes we wniesieniu odwołania

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkada ta wynika z faktu, że kwestionowane postanowienia SIWZ uniemożliwiają lub istotnie utrudniają Odwołującemu złożenie oferty w niniejszym Postępowaniu oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji. Wadliwe określenie opisu przedmiotu zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy powoduje, że zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i warunki realizacji zamówienia nie są obiektywne i przejrzyste. W interesie Odwołującego jest, aby wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił zgodnie z ustawą Pzp z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom do wniesienia niniejszego odwołania.

Termin

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) na stronie internetowej w dniu 11 maja 2021r. W tym samym dniu przekazał ją Odwołującemu.

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 072-172095.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego. W dniu 11.05.2021r. Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i załącznikami do niej.

I. Wstęp do zarzutów

1. Przeprowadzona przez Odwołującego się szczegółowa analiza treści SIWZ wskazuje, że Zamawiający zdefiniował wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia, postanowień umowy, dokumentów składanych wraz z ofertą z naruszeniem przepisów prawa, w tym w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

2. Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. **Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka.** Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015, KIO 897/15).
3. Ustawa Pzp zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a który jest zakazany w myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Aby zasada dotycząca opisu przedmiotu zamówienia wypływająca z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp mogła zostać zrealizowana zamawiający powinien podczas dokonywania tego opisu wskazać tylko te jego cechy, które mają dla niego znaczenie kluczowe i istotnie są uzasadnione celem prowadzonego postępowania. Swoboda zamawiającego w precyzowaniu swoich wymagań ograniczona jest bowiem w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interesy Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej zaś nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć więc na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06).

4. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ustawodawca sankcjonuje samo już zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez zamawiającego, a co za tym idzie osłabia ciężar dowodowy, który obciążałby wykonawcę chcącego kwestionować z tego powodu czynności dokonane przez zamawiającego. *Ponieważ art. 29 ust. 2 p.z.p. posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza to, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym (wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r., KIO 1630/12).*
5. Reasumując, Odwołujący nie kwestionuje, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest decyzją Zamawiającego, ponieważ jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania (usługi) w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2013 r., KIO 766/13). Jednakże Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Dlatego też Odwołujący w Postępowaniu nie dąży do opisanie wymagań za Zamawiającego. Celem Odwołującego jest opisanie tych wymagań przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić ich zgodność z prawem, a w konsekwencji konkurencyjność Postępowania i możliwość złożenia przez Odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu i takiej, która będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Przy obecnej treści SIWZ osiągnięcie tych celów jest niemożliwe.

WZÓR UMOWY

6. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony [...]. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2014 r. (V CSK 322/13) odwołanie się do zasad współzycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współzycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współzycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15).
7. Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, zamawiający powinien **tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa**. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. **Nie może także przerzucić całości ryzyka**

gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05).

I. TERMIN SKŁADANIA OFERT

1. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 25 maja 2021 roku o godz. 11:00 – rozdz. 13 ust. 2 SIWZ. W dniu 20.05.2021r. Zamawiający zmienił termin składania ofert na dzień 8 czerwca 2021 r. godz. 11:00.
2. Zgodnie z rozdz. 12 ust. 16 SIWZ Wykonawca składając ofertę, złoży wraz z nią, **jako elementy treści oferty koncepcję funkcjonowania systemu SRM MEVO** uwzględniając ustalenia wypracowane w trakcie dialogu konkurencyjnego. KONCEPCJA FUNKCJONOWANIA SYSTEMU ROWERU METROPOLITALNEGO SRM MEVO stanowi załącznik nr 1 do formularza oferty („Koncepcja”). Zgodnie z jej treścią, lit. c): *„w ramach koncepcji funkcjonowania przekazuję 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganie elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem niezbędnymi do uruchomienia i ładowania rowerów. Rowery będą poddane badaniom potwierdzającym spełnienie warunków opisu przedmiotu zamówienia odpowiednio art. 2 i 3 OPZ”*.
3. Termin składania ofert jest zbyt krótki, zważywszy na żądanie dostarczenia wraz z ofertą 2 rowerów standardowych i 2 rowerów ze wspomaganie elektrycznym i oprogramowaniem do nich. **Rowery mają stanowić de facto gotowy produkt.** Ponadto wraz z Koncepcją mają być złożone także zgodnie z rozdz. 12 ust. 21 lit. b) i c) SIWZ:
 - *szczegółowa specyfikacja nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganie elektrycznym,*
 - *certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych – odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 - lub równoważne*

Powyższe wskazuje nie tylko na konieczność posiadania rowerów, ale także odpowiedniego ich opisanie w formie szczegółowej dokumentacji i przede wszystkim wykonania stosownych badań za zgodność ze wskazanymi normami. Zwrócić przy tym należy uwagę na okoliczność, że w szczególności rower elektryczny stanowi skomplikowane rozwiązanie.

4. Co więcej, nie wystarczy złożyć same egzemplarze rowerów, ale także niezbędne urządzenia i oprogramowanie potrzebne do uruchomienia i ładowania rowerów.
5. Odwołujący nie dysponuje gotowymi rowerami i oprogramowaniem, spełniającymi specyficzne wymogi zamawiającego, choćby z tego powodu, że zgodnie z rozdz. 2 ust. 10 SIWZ: *„Specyfika przedmiotu zamówienia polega na tym, że **wygląd oraz cechy elementów systemu** roweru metropolitalnego objętych niniejszym postępowaniem, **stanowią elementy innowacyjne**. Uzasadnione jest zachowanie integralności i zamysłu koncepcyjnego projektu systemu roweru metropolitalnego poprzez generowanie i wdrażanie innowacji w postaci nowych produktów, usług, technologii i metod zarządzania”*. W przypadku zamawianych rowerów i oprogramowania dostosowanie ich do wymogów zamawiającego wymaga podjęcia po

całej sekwencji działań, których czasochłonność uniemożliwia Odwołującemu przygotowanie i złożenie oferty wraz z rowerami i pozostałymi wymaganymi elementami w zastrzeżonym terminie.

6. Dalej należy również zwrócić uwagę na tę okoliczność, że Zamawiający przewidział realizację przedmiotu umowy w trzech etapach. Zgodnie z §2 ust. 2 lit. a) wymaga wykonania: „*Etap I - w terminie do 14 miesięcy od dnia zawarcia Umowy nastąpi wewnętrzny rozruch systemu rozumiany jako udostępnienie Zamawiającemu 100 rowerów do testów przeprowadzanych przez wskazanych przez Zamawiającego testerów [...]*”. **Dostawa rowerów jest najbardziej czasochłonnym elementem realizacji zamówień na systemy rowerowe. Zamawiający na pierwszą dostawę rowerów przewidział na etapie realizacji umowy 14 miesięcy.** Na przygotowanie samych projektów wizualnych rowerów przewidział zgodnie §4 ust. 1 wzoru umowy 45 dni: „*Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w formie papierowej i elektronicznej w formacie pdf projekty wizualne rowerów, Stacji Postoju i Totemów Informacyjnych, Serwisu Internetowego, Aplikacji w terminie do 45 dni od daty zawarcia Umowy*”. **W świetle tego żądanie dostarczenia 2 rowerów standardowych oraz 2 rowerów ze wspomaganie elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów w terminie 28 dni od zaproszenia do składania ofert jest terminem daleko niewystarczającym.**

Innowacyjność systemu – brak widocznych łączeń i spawów

7. Innowacyjność na którą wskazuje Zamawiający polega w przypadku roweru standardowego i elektrycznego na wymaganiu, aby **rowery te nie posiadały widocznych łączeń i spawów** (art. 2 lit. a) OPZ – rower standardowy, art. 2 lit. a) w zw. art. 3 zdanie pierwsze OPZ – rower ze wspomaganie elektrycznym). W przypadku wymogu wykonania roweru „bez widocznych łączeń i spawów” w grę mogą wchodzić następujące rozwiązania, które **bardzo odbiegają od standardowych rozwiązań stosowanych w systemach rowerów publicznych, ale również są rzadko spotykane wśród producentów standardowych „cywilnych” rowerów:**

- 1) odlew ramy jako jednego elementu – jest to technicznie możliwe, ale skomplikowane i bardzo drogie rozwiązanie. Dodatkowym minusem takiego rozwiązania, powodującym, że nie powinno być ono stosowane w systemach rowerów publicznych jest fakt, że aluminium do wtryskiwania jest mniej wytrzymałe, niż hutnicze, a w związku z tym taka konstrukcja będzie mniej wytrzymała na warunki użytkowania, w których rowery publiczne są wykorzystywane (intensywnie, przez wielu użytkowników, w zmiennych warunkach atmosferycznych, narażone na mniejsze dbanie o sprzęt, narażone na akty wandalizmu i próby zniszczenia itp.). Innym rozwiązaniem jest wykorzystanie do produkcji ramy zamiast aluminium - tworzyw sztucznych. Jest to rozwiązanie optymalniejsze z punktu widzenia ciężkich i zmiennych warunków eksploatacji rowerów publicznych, ramy takie są przy tym lekkie. Ograniczeniem w stosowaniu tego typu rozwiązań, jest cena takiego roweru, który jest bardzo drogi, a w związku z ryzykami i warunkami wykorzystywania rowerów z wypożyczalni publicznych, takie rozwiązanie nie jest stosowane, gdyż generowałoby ogromne koszty serwisowania, naprawiania i uzupełniania tego typu rowerów, które padałyby ofiarami aktów wandalizmu i jeszcze intensywniejszych prób kradzieży. W przypadku uderzenia czy upadku taka rama byłaby też bardziej podatna na ewentualne pęknięcia;

- 2) **wykonanie spawania, a następnie szpachlowanie, szlifowanie i malowanie roweru. Minusem tego rozwiązania, które powoduje, że nie jest ono stosowane, jest osłabienie połączeń i spawów na rowerze, co będzie prowadziło do mniejszej wytrzymałości rowerów.** Dodatkowo jest to rozwiązanie **kosztotwórcze i wydłużające proces produkcji rowerów**, gdyż musiałyby być wykonywane częściowo w sposób niezautomatyzowany;
- 3) literalnie czytając treść zapisu można również pokusić się o jeszcze jedno rozwiązanie, które jednak również nie jest praktykowane na rynku, a mianowicie zasłonięcie łączeń i spawów, aby były one niewidoczne. Nie jest to jednak ani praktykowane, ani rekomendowane przez producentów rowerów publicznych, z kilku względów. Po pierwsze, osłony te musiałyby być odporne na warunki zewnętrzne i użytkowe. Przy intensywnej eksploatacji przez wielu użytkowników, w zmiennych warunkach atmosferycznych można zakładać, że gumowe lub podobne elementy nie byłyby w stanie zachować trwałości, natomiast elementy plastikowe lub z innych tworzyw sztucznych mogłyby utrudniać użytkowanie rowerów. Ponadto byłyby to elementy dodatkowo obciążające rower. **Ze względu na niestosowanie w praktyce tego typu rozwiązań, nie są dostępne na rynku, więc należałoby je zaprojektować, przetestować (łącznie z próbami starzeniowymi) i dopiero wdrożyć, co wymaga dodatkowego czasu (przynajmniej 3 miesiące).** Z użytkowego punktu widzenia, wyżej opisane rozwiązanie nie powoduje, że rower jest ładniejszy (a nawet wręcz przeciwnie, raczej zakrycie spawów miałyby funkcję ochronną a nie estetyczną), a takie rozwiązanie dodatkowo znacząco podraża koszty roweru.

Innowacyjność systemu – pojemność baterii

8. Kolejnym innowacyjnym rozwiązaniem, którego wymaga Zamawiający w przypadku roweru ze wspomaganie elektrycznym jest: *„akumulator w technologii litowo-jonowej lub podobnej, o pojemności użytecznej minimum 600Wh, zabezpieczony przed dostępem do niego przez osoby postronne”* (art. 3 lit. e) OPZ). Czas potrzebny na przygotowanie próbek rowerów oraz dodatkowych elementów niezbędnych do uruchomienia i ładowania rowerów wynika z faktu, że wymaganie Zamawiającego **odbiega znacznie od standardowych wymagań odnośnie systemu rowerów publicznych. Innowacyjne i niestandardowe jest już samo wymaganie oparcia systemu rowerów publicznych na rowerach elektrycznych. Dodatkowo skala przedsięwzięcia jest innowacyjna i niespotykana w tej części Europy, a i na świecie jest niewiele podobnej skali i zakresu systemów.** Dodatkowym innowacyjnym elementem jest postawienie wymogu zarządzania systemem opartym na wymianie baterii. Dotychczas bardziej rozpowszechnionym modelem były systemy oparte o ładowanie rowerów na stacjach ze stojaków zasilanych energią elektryczną z sieci. Jednak najbardziej innowacyjnym i niestandardowym elementem jest zapisany przez Zamawiającego **wymóg zapewnienia bardzo mocnej baterii do rowerów.** Pojemność której wymaga Zamawiający będzie innowacyjna, ponieważ **większość rowerów elektrycznych dostępnych na rynku ma baterie standardowo w przedziale 9 Ah-16 Ah pojemności całkowitej.**
9. Należy pamiętać, że baterii litowo-jonowych nie można rozładowywać do końca i nie należy ładować do 100% (optymalnie 80-90% - ma to bowiem istotny wpływ m.in. na żywotność baterii, ilość cykli ładowania, a więc kluczowe kwestie kosztowe), więc **żeby zapewnić 600 Wh tj. ok. 16,7 Ah użytecznej pojemności, należy zbudować baterię o**

pojemności całkowitej minimum 18,4 Ah (16,7 Ah + 10%), a optymalnie ok. 20 Ah (16,7 Ah + 20%). Wzór: pojemność w Wh dzielona przez napięcie w V = pojemność w Ah). **Na rynku rowerów publicznych nie funkcjonują tak pojemne baterie, co więcej, nawet wśród producentów rowerów do użytku indywidualnego, produkuje się standardowo rowery elektryczne o mniejszej pojemności baterii:**

- a) rowery EkoBike - baterie dostępne: 10,4 Ah i 36 V a więc 374 Wh w standardzie, natomiast w opcji maksymalnie 16 Ah czyli 575 Wh,
 - b) rowery Geobike – najpowszechniejsze parametry do pojemność 10,4 Ah i baterie 24-36 V, a więc 250-374 Wh,
 - c) rowery Kross - pojemności baterii wynosi pomiędzy 7,8-10,4 Ah x 36 V, a więc 280-374 Wh.
10. Jak widać bateria 600 Wh jest baterią bardzo dużą nawet dla rowerów komercyjnych, dostępnych w sklepach. **Wymaganie Zamawiającego powoduje, że nawet przy nabyciu baterii już gotowej, z rynku, zachodzi konieczność przeprojektowania posiadanych w ofercie handlowej rowerów.**
11. Rzecz w tym, że Zamawiający zamawiając innowacyjne rowery, przewidział termin składania ofert, a wraz z ofertą rowerów standardowych i elektrycznych, taki jakby to były typowe rowery, które mają spełniać wymagania wyłącznie takie, które stanowią rynkowy standard. Wykonawca nie mógł ich wcześniej wyprodukować ze względu na innowacyjne wymagania Zamawiającego i ich nie posiada. Zamówienie na takie rowery można złożyć dopiero po zapoznaniu się z ostateczną wersją wymagań Zamawiającego. Aby dostarczyć rowery wraz z ofertą w pierwszej kolejności konieczne jest przeprojektowanie posiadanych rowerów, zgodnie z odpowiednimi normami, przygotowanie egzemplarzy prototypowych, przetestowanie ich, zazwyczaj kończące się naniesieniem kolejnych zmian i powtórzeniem testów.
12. Niezbędny czas na przygotowanie i przedstawienie niestandardowego roweru, zawierającego innowacyjne, oczekiwane przez Zamawiającego rozwiązania to ok. 6-8 miesięcy (Odwołujący wnosi w żądaniu o zmianę uwzględniającą 6 miesięcy, ponieważ rozpoczął już wcześniej prace). Na ten czas składa się:
- 1) projektowanie CAD, modelowanie, wykonanie testowej wersji przy założeniu niewielkich zmian to czas 8-12 tygodni,
 - 2) badania wg norm (dla rowerów elektrycznych, wg ISO 4210 oraz Znak CE) to czas ok 13-16 tygodni (jeśli pojawi się potrzeba dokonania poprawek, to czas badań się przedłuża),
 - 3) produkcja próbki zatwierdzonego roweru – ok. 4 tygodnie. Odwołujący nadmienia, że termin ten dotyczy produkcji wyłącznie próbek, pojedynczych egzemplarzy, a nie produkcji seryjnej. Należy mieć na względzie, że aktualnie ze względu na pandemię COVID-19 wiele procesów produkcyjnych zostało wstrzymanych lub spowolnionych, gdzie dostępność części i podzespołów wciąż jest daleka od standardowej i wszystkie procesy, w tym również wykonywania prototypów i próbek, a także badania wg norm, mogą się wydłużyć.
13. Zamawiający wyznaczył zaledwie 28-dniowy termin składania ofert. **Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez zmianę terminu składania ofert na dzień 21.11.2021r.**

II. ŻĄDANIE ZBĘDNYCH DOKUMENTÓW

14. Zamawiający zgodnie z rozdz. 12 ust. 21 lit. b), c) i d) wymaga, aby wraz z Koncepcją złożyć odpowiednio:
- 1) *szczegółową specyfikację nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganie elektrycznym,*
 - 2) *certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych – odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 - lub równoważne*
 - 3) *w ramach Koncepcji funkcjonowania wykonawca przekaże 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganie elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów. Rowery winny być zgodne z warunkami opisu przedmiotu zamówienia odpowiednio art. 2 i 3 OPZ.*
15. Żądanie wskazanych dokumentów, w tym próbek rowerów wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów jest żądaniem nadmiernym i nieuzasadnionym w świetle pozostałych wymagań SIWZ. **Należy pamiętać, że w szczególności rower elektryczny jest innowacyjnym elementem zamówienia i wymaga zaprojektowania. Z jednej strony Zamawiający żąda złożenia wraz z Koncepcją próbek rowerów, a z drugiej strony postanowienia SIWZ wskazują na to, że proces projektowania roweru będzie trwał na etapie realizacji umowy, a sam Zamawiający chce w nim uczestniczyć.** Zgodnie z §3 ust. 9 lit. a) wzoru umowy w ramach Przedmiotu Umowy Wykonawca „*wykona i uzgodni z Zamawiającym projekty wizualne rowerów, stojaków rowerowych, Totemów Informacyjnych, Serwisu Internetowego oraz Aplikacji, przy czym wszystkie elementy, w szczególności: rower, Totemy Informacyjne itp., SRM MEVO powinny być oznakowane logami SRM MEVO, Stowarzyszenia Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot i powinny odznaczać się wysoką jakością, w szczególności wykonaniem z trwałych materiałów*”. W §4 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wymaga: „*Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w formie papierowej i elektronicznej w formacie pdf projekty wizualne rowerów, Stacji Postoju i Totemów Informacyjnych, Serwisu Internetowego, Aplikacji w terminie do 45 dni od daty zawarcia Umowy*”. W §4 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wniesienia uwag do projektów: „*W czasie nie dłuższym niż 15 dni od daty przekazania przez Wykonawcę projektów o których mowa w pkt 1 i 3 Zamawiający ma prawo wnieść uwagi do tych projektów*”. Przy czym zakres uwag, które może zgłosić Zamawiający jest niezwykle szeroki i opisany w kolejnych ustępach – 5 i 6:
- „*5. Zamawiający będzie uprawniony do wniesienia nie tylko uwag w zakresie wad dokumentacji, w szczególności niezgodności z wymogami wynikającymi z OPZ, ale także wszelkich wiążących dla Wykonawcy zastrzeżeń i sugestii dotyczących dokumentacji określającej funkcjonowanie systemu, jego elementów, praw i obowiązków Klientów i innych uwag, które Zamawiający uzna za zasadne. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że ostateczny kształt SRM MEVO należy do decyzji Zamawiającego.*
6. Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad oraz uwzględnienia wszelkich uwag Zamawiającego, o których mowa jest w pkt 4 i 5 w terminie 15 dni od przekazania przez

Zamawiającego uwag. Wykonawca może zawnieoskować o wydłużenie terminu, w przypadku, gdy termin o którym mowa w zdaniu pierwszym jest obiektywnie niemożliwy do dochowania”.

16. **Zmiana projektu wizualnego roweru powoduje, że nie będzie to ten sam rower, lecz inny.** Wykonawca składając projekty rowerów (standardowego i ze wspomaganie elektrycznym) na etapie realizacji umowy, jeśli wymóg złożenia rowerów wraz z Koncepcją by się ostał, to oczywiście złożył by projekty wizualne wiernie odzwierciedlające te rowery, które złożył wraz z Koncepcją. **Jednakże wniesienie jakichkolwiek uwag przez Zamawiającego do projektu wizualnego, powodowałyby konieczność zmian czy to mechanicznych, konstrukcyjnych, czy to w zakresie podzespołów.** Za projektem wizualnym roweru kryją się przecież konkretne rozwiązania konstrukcyjne i sprzętowe, które dany wykonawca/producent stosuje, a które determinują jego projekt wizualny (rama roweru, podzespoły) i specyfikację techniczną. A to z kolei skutkuje koniecznością wykonania na nowo badań/testów rowerów po ich zmianie.
17. **W świetle powyższego wykonawca na etapie realizacji umowy ma dostarczyć projekty wizualne rowerów, a Zamawiający je akceptuje. Dopiero po ich zaakceptowaniu możliwe jest zlecenie produkcji, wyprodukowanie i dostarczenie rowerów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym rowery składane wraz z ofertą nie mogą stanowić „wzorca” do przyszłych dostaw, bo wzorzec ten może ulec zmianie. W takiej sytuacji dostarczenie rowerów wraz z ofertą jako element Koncepcji jest nadmierne i zbędne.**
18. Cytowane powyżej postanowienia dotyczące akceptacji projektów wizualnych rowerów (nie samych rowerów) były by zupełnie bezprzedmiotowe, jeśli ostatecznie rowery miałyby być składane wraz z Koncepcją. Wówczas stanowiły by one treść oferty. W takiej sytuacji to te rowery, w takim wykonaniu, jak je złożono powinny stanowić podstawę do przyszłych dostaw. Zamawiający uznając ofertę za niepodlegającą odrzuceniu, co następowaloby po badaniu i ocenie także Koncepcji, w tym rowerów, tym samym akceptowałby rowery, w tym oczywiście w zakresie projektów wizualnych. Odwołujący pomija kwestię samego wzoru malowania i kolorystyki roweru, które zostaną przekazane przez Zamawiającego niezwłocznie po zawarciu umowy z Wykonawcą (art. 2 lit. d) OPZ – dla roweru standardowego, art. 2 lit. d) OPZ w zw. z art. 3 zdanie pierwsze – dla roweru elektrycznego). Wzór malowania i kolorystyka roweru pozostawione zostały do wyłącznej kompetencji Zamawiającego. Tym niemniej na tej podstawie także staje oczywiste, że rowery dostarczone wraz z Koncepcją nie mogą stanowić ostatecznego rozwiązania.
19. Powyższe rozważania pozostają w pełni aktualne w stosunku do innego wymaganego elementu Koncepcji, tj. szczegółowej specyfikacji nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganie elektrycznym oraz certyfikatów zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych, które to potwierdzenia trzeba będzie wykonać na nowo w konsekwencji zmian roweru.
20. W związku z powyższym Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów zbędnych do przeprowadzenia Postępowania.

21. **Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez usunięcie wymagania, aby wraz z Koncepcją złożyć:**

- 1) *szczegółową specyfikację nowego roweru standardowego i nowego roweru ze wspomaganiem elektrycznym,*
- 2) *certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych – odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 - lub równoważne,*
- 3) *w ramach Koncepcji funkcjonowania wykonawca przekaże 2 rowery standardowe oraz 2 rowery ze wspomaganiem elektrycznym, wraz z niezbędnymi urządzeniami i oprogramowaniem potrzebnymi do uruchomienia i ładowania rowerów. Rowery winny być zgodne z warunkami opisu przedmiotu zamówienia odpowiednio art. 2 i 3 OPZ.*

III. NIEJEDNOZNACZNE WYMAGANIA W STOSUNKU DO DOKUMENTÓW ŻĄDANYCH WRAZ Z KONCEPCJĄ

Rozbieżna treść wymagań

22. Zamawiający, jak opisano powyżej, żąda złożenia wraz z ofertą Koncepcji. Jednakże wymagania w stosunku do jednego z jej elementów zostały opisane w sposób rozbieżny i niejasny. Zgodnie z **rozd. 12 ust. 21 lit. c) SIWZ** Zamawiający wskazuje, że Koncepcja winna zawierać: *„certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych – odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 - lub równoważne”*. Jednakże w **załączniku nr 1 do formularza oferty - KONCEPCJA FUNKCJONOWANIA SYSTEMU ROWERU METROPOLITALNEGO SRM MEVO** wskazuje na konieczność dołączenia do Koncepcji pod lit. e), która zdaje się prawidłowo powinna być oznaczona jako lit. c) następujących dokumentów: *„odpowiednio: norma PN-EN 15194:2018-01 lub równoważna oraz PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-1:2014-09, PN-EN ISO 4210-2:2015-12, PN-EN ISO 4210-3:2014-09, PN-EN ISO 4210-4:2014-09, PN-EN ISO 4210-5:2014-09, PN-EN ISO 4210-6:2015-10, PN-EN ISO 4210-7:2014-08, PN-EN ISO 4210-8:2014-09, PN-EN ISO 4210-9:2014-09 - lub równoważne”*.
23. **Wobec powyższego zachodzi sprzeczność w wymaganiach Zamawiającego, bowiem w rozdz. 12 ust. 21 lit. c) SIWZ żąda złożenia dokumentów w postaci certyfikatów zgodności, potwierdzenia spełniania określonych norm, zaś w załączniku nr 1 do formularza oferty żąda złożenia samych norm.** Kwestia ta ma niezmiernie istotne znaczenie dla przygotowania oferty, zwłaszcza w kontekście terminu składania oferty i podstaw odrzucenia oferty w związku z niezłożeniem wymaganych dokumentów.

24. Niezależnie należy zauważyć, że wymagania licencyjne POLSKIEGO KOMITETU NORMALIZACYJNEGO, który przygotowuje treść norm nie pozwalają na takie ich załączanie do ofert. Zgodnie z informacją w normach PKN: „są one chronione prawem autorskim i opatrzone symbolem praw autorskich. Użytkownik ma prawo korzystania z zakupionych publikacji w celach wewnętrzzakładowych”. Ponadto „Zabronione jest reprodukcowanie, przesyłanie, wynajem, dzierżawienie, odsprzedaż lub bezpłatna dystrybucja na zewnątrz”. Dlatego też, **jeśli intencją Zamawiającego jest, aby wykonawcy dołączali do oferty treść wymienionych przez niego norm PN-EN, to takie wymaganie jest postawione wbrew ich warunkom licencyjnym.** Ponadto samo w sobie jest ono pozbawione sensu, ponieważ treść norm jest powszechnie dostępna – za opłatą i nie kreuje żadnej nowej treści oferty. Zatem żądanie takich dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów zbędnych do przeprowadzenia Postępowania.

Niejednoznaczny katalog dokumentów

25. Kolejna kwestia, która jest niejasna i budzi wątpliwości interpretacyjne, to treść rozdz. 12 ust. 21 lit. c) SIWZ. Zamawiający wskazuje na „**certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm [...]**”. Takie sformułowanie powoduje, że nie wiadomo:

- 1) czy Zamawiający wymaga, aby złożyć jednocześnie zarówno „certyfikaty zgodności”, jak i „potwierdzenia spełnienia określonych norm”, czy wystarczy złożenie tylko jednego z tych dokumentów,
- 2) co należy rozumieć przez „potwierdzenia spełnienia określonych norm”, ponieważ dokument ten nie został w żaden sposób zdefiniowany, i nie wiadomo jakie są w stosunku do jego treści wymagania, przez kogo powinien być wystawiony, czy dokument ten może przybrać formę np. deklaracji zgodności wystawionej przez producenta lub dystrybutora.

W związku z powyższym Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie wymagań co do treści tego dokumentu w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny.

26. Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez doprecyzowanie treści wymagań w stosunku do treści Koncepcji poprzez:

- 1) wskazanie, czy należy do Koncepcji załączyć **certyfikaty zgodności, potwierdzenia spełnienia wymaganych norm** przewidzianych dla rowerów standardowych i elektrycznych, czy same normy – a jeśli same normy, to nakazanie rezygnacji z żądania załączenia ich do Koncepcji,
- 2) wskazanie, czy Zamawiający wymaga, aby złożyć jednocześnie zarówno „certyfikaty zgodności”, jak i „potwierdzenia spełnienia określonych norm”, czy wystarczy złożenie tylko jednego z tych dokumentów,
- 3) wskazanie, co należy rozumieć przez „potwierdzenie spełnienia określonych norm”, określenie wymagań w stosunku do treści tego dokumentu, wskazanie przez kogo powinien być wystawiony, wskazanie, czy dokument ten może przybrać formę deklaracji zgodności wystawionej przez producenta lub dystrybutora.

IV. WYNAGRODZENIE

27. Zamawiający w §14 wzoru umowy uregulował zasady płatności wynagrodzenia wykonawcy. Zasady te są obarczone szeregiem uchybień i niejednoznaczne.

Płatność wynagrodzenia z tytułu uruchomienia systemu SRM MEVO

28. Zgodnie z §14 ust. 2 wzoru umowy: *„Czynniki cenotwórcze zostały opisane w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do Umowy”*. Załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego jest formularz cenowy, który zawiera dwie grupy cen:

- 1) za **uruchomienie** SRM MEVO – poz. 1 - 17, czyli część A w „Razem cena brutto (A+B)”,
- 2) za **zarządzanie i eksploatację** systemu SRM – poz. 1 – 7, czyli część B w „Razem cena brutto (A+B)”.

Wobec tego wynagrodzenie za wykonanie całości zakresu podstawowego zamówienia, o którym stanowi §14 ust. 1 wzoru umowy, dotyczy zarówno wynagrodzenia za uruchomienie, jak i za zarządzanie i eksploatację systemu SRM.

29. **Z postanowień wzoru umowy nie wynika w jaki sposób, na jakich zasadach będzie płatne wynagrodzenie z tytułu uruchomienia systemu SRM MEVO.** Szereg postanowień w §14 wzoru umowy wprost odnosi się wyłącznie do wynagrodzenia za zarządzanie i eksploatację – ustęp 3, 6, 7 i 8. W szczególności nie jest wiadomo, kiedy wykonawca będzie miał prawo do wystawienia faktury/faktur z tytułu uruchomienia, co ma stanowić podstawę ich wystawienia, czy płatność będzie jednorazowa czy w ratach, a jeśli w ratach, to ilu i kiedy płatnych – co zostało z kolei jednoznacznie uregulowane przy wynagrodzeniu za zarządzanie i eksploatację.

30. Jedyne postanowienie co do którego można domniemywać, że może dotyczyć wynagrodzenia za uruchomienie systemu SRM MEVO, to §14 ust. 5 wzoru umowy (w kontekście istotnych kwestii wskazanych w poprzednim punkcie): *„Wynagrodzenie będzie płatne w miesięcznych, równych ratach. Każda rata będzie wynosiła 1/72 kwoty wynagrodzenia określonego w ust. 1, począwszy od dnia uruchomienia całego SRM MEVO, na podstawie faktur wystawionych za każdy kolejny okres rozliczeniowy”*. Z jednej strony odnosi się ono ogólnie do wynagrodzenia. Jednakże postanowienie to stanowi o ratach w wysokości 1/72 kwoty wynagrodzenia wskazanego w ust. 1, a ustęp 1 dotyczy całości wynagrodzenia (uruchomienie + zarządzanie i eksploatacja). Tymczasem płatność wynagrodzenia za zarządzanie i eksploatację została uregulowana przecież w szeregu wskazanych powyżej ustępów §14 wzoru umowy, poświęconych wprost i wyłącznie tej części zamówienia. Zatem regulacja ust. 5 częściowo dubluje się z regulacją, w szczególności ust. 3 i 7. Co więcej, w §14 ust. 5 wzoru umowy mowa jest: *„na podstawie faktur wystawionych za każdy kolejny okres rozliczeniowy”*, zaś okres rozliczeniowy został zdefiniowany w §1 pkt 10 wzoru umowy: *„Okres rozliczeniowy – miesiąc kalendarzowy, po upływie którego Strony uprawnione są do podpisania protokołu odbioru, stanowiącego podstawę do wystawienia następnie przez Wykonawcę faktury za wykonane w tym miesiącu usługi stanowiące Przedmiot Umowy; za niepełny miesiąc kalendarzowy rozliczenie będzie następowało po zakończeniu tego miesiąca”*. Definicja ta odnosi się do usług wykonanych w danym miesiącu, co sugeruje, że w §14 ust. 5 wzoru umowy nie chodzi o wynagrodzenie za uruchomienie, ponieważ ono jest wykonywane jednokrotnie, więc zgodnie z definicją okresu rozliczeniowego mogłoby być rozliczone raz – w tym miesiącu, w którym zostało wykonane. Czyli płatność za uruchomienie mogłaby być tylko jednorazowa, co pozostaje w sprzeczności z fragmentem

wymagania z §14 ust. 5 wzoru umowy wskazującym na 72 raty. Liczba rat – 72 odpowiada liczbie miesięcy zarządzania i eksploatacji SRM MEVO. Definicja okresu rozliczeniowego stanowi także o niepełnym miesiącu – co może mieć miejsce przy usłudze o charakterze ciągłym – czyli zarządzaniu i eksploatacji, a nie uruchomieniu, co ma charakter jednorazowy.

Ryczałt

31. Zamawiający w §14 ust. 5 wzoru umowy: „Wynagrodzenie określone w ust. 1. uwzględnia wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę związane z realizacją Przedmiotu Umowy. Wykonawcy nie przysługuje żadna inna forma wynagrodzenia za wyjątkiem wynagrodzenia określonego w ust. 1, prawa do opłat dodatkowych oraz bonusu o którym mowa w § 11 ust. 1”. Jak wskazano powyżej wynagrodzenie w §14 ust. 5 wzoru umowy jest wyliczane w oparciu o załącznik nr 1 do formularza ofertowego - formularz cenowy. **Jednakże w formularzu cenowym przy części pozycji Zamawiający wpisał jako liczbę sztuk „1”.** Dotyczy to takich pozycji jak „remont stacji postoju”, „zmiana lokalizacji stacji postoju”. **Ponadto wynagrodzenie powinno przysługiwać także z tytułu nabycia elementów SRM MEVO zgodnie z §2 ust. 5 wzoru umowy.**
32. Zgodnie z art. 15 OPZ: „Zamawiający jest uprawniony do żądania bez konieczności uiszczenia dodatkowych opłat (z zastrzeżeniem zdania kolejnego) zmiany lokalizacji Stacji Postoju. W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego żądania dotyczącego zmiany lokalizacji w roku kalendarzowym więcej niż 20 Stacji Postoju oraz w przypadku żądania zmiany lokalizacji więcej niż 40 Stacji Postoju w okresie obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany będzie do zmiany lokalizacji zgodnie z dyspozycją Zamawiającego, przy czym Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Wykonawcy zryczałtowanej opłaty w wysokości netto zł, %VAT tj. złotych, brutto..... zł **za każdą dokonaną zmianę lokalizacji Stacji Postoju.** (Kwota zgodnie z treścią formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty)”. Wobec tego sam Zamawiający przewiduje obowiązek zapłaty za każdą zmienioną lokalizację ponad wskazany limit. Formularz cenowy, który uwzględnia wycenę zmiany lokalizacji tylko jednej stacji postoju w powiązaniu z §14 ust. 5 wzoru umowy prowadzi do braku zapłaty wykonawcy za przeniesione stacje (oprócz jednej stacji), za które powinno przysługiwać wynagrodzenie.
33. W zakresie pozycji „remont stacji postoju” postanowienia formularza cenowego również są nieprecyzyjne i nastroczają trudności w ustaleniu, czy chodzi o wycenę w tej pozycji remontu jednej stacji postoju, czy chodzi o wycenę zbiorczo remontu wszystkich stacji postoju. Nadmienić należy, że Zamawiający posiada własne stacje postoju i je udostępnia wykonawcy. Załącznikiem do OPZ jest załącznik nr 4 – stan techniczny stacji postoju. Są w nim wymienione m.in. usterki/uszkodzenia tych stacji, które należy usunąć. Analiza tego załącznika wskazuje, że poszczególne stacje postoju obciążone są różnymi usterekami/uszkodzeniami. Wobec czego wymaganie w tej pozycji formularza cenowego wyceny zbiorczo remontu wszystkich stacji wydaje się zasadne. Tym niemniej dokumentacja przetargowa powinna precyzyjnie tę kwestię określać.
34. Powyższe stanowi o naruszeniu art. 60e ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz pkt 16) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję. Zaś zarzut dotyczący ryczałtu (§14 ust. 5

wzoru umowy) stanowi dodatkowo o naruszeniu art. 353¹ i art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem.

35. **Wobec powyższego wnosimy o nakazie Zamawiającemu zmiany wzoru umowy oraz formularza cenowego poprzez:**

- 1) precyzyjne uregulowanie sposobu i zasad płatności wynagrodzenia za uruchomienie SRM MEVO, w szczególności kiedy wykonawca będzie miał prawo do wystawienia faktury/faktur z tytułu uruchomienia, co ma stanowić podstawę jej/ich wystawienia, czy płatność będzie jednorazowa czy w ratach, a jeśli w ratach, to ilu i kiedy płatnych,
- 2) zmianę §14 ust. 5 wzoru umowy i uwzględnienie w jego treści, że będzie wykonawcy przysługiwać wynagrodzenie ponad ryczałt także z tytułu „zmiany lokalizacji stacji postoju”, zgodnie z art. 15 OPZ, z tytułu nabycia elementów SRM MEVO zgodnie z §2 ust. 5 wzoru umowy,
- 3) doprecyzowanie w formularzu cenowym, że podana w jego kolumnie „Liczba udostępnianych elementów SRM MEVO” cyfra „1” oznacza konieczność wyceny zbiorczo wszystkich stacji postoju wymagających remontu.

V. FORMULARZ CENOWY

36. Zamawiający wymaga złożenia wraz z Formularzem ofertowym załącznik nr 1 do niego – Formularz cenowy. Formularz cenowy służy wyliczeniu ceny oferty i rozliczeniom z tytułu realizacji przedmiotu umowy. Wobec tego formularza zachodzi jednak szereg wątpliwości i sprzeczności:

- 1) pierwsza grupa pozycji rozliczeniowych, to pozycje z grupy „A” – „uruchomienie systemu SRM MEVO”. W opisie poszczególnych kolumn – kolumna 3, 4, 6 mowa jest jednak o „udostępnianych elementach”. Wobec tego nie jest wiadomym, czy wycena ma obejmować samo uruchomienie, czy generalnie „udostępnienie”. Zamawiający kilka razy użył sformułowania „udostępnienie”, co wskazuje na jego nieprzypadkowość. Słowo udostępnienie budzi dodatkowe wątpliwości, ponieważ zamówienie to realizowane jest w formule usługi (udostępnienie systemu, w tym jego elementów), a nie dostawy (przeniesienie własności systemu, w tym jego elementów). Przy czym druga grupa pozycji rozliczeniowych „B”, to właśnie pozycje usługowe „Zarządzanie i eksploatacja systemu SRM”. Co więcej, przeniesienie własności elementów systemu jest możliwe, ale dopiero po zakończeniu realizacji umowy, zgodnie z §2 ust. 5 wzoru umowy i za wynagrodzeniem. Postanowienie to jest kwestionowane odrębnym zarzutem, m.in. dlatego, że zawiera ono sformułowanie: „przy czym cena jednostkowa za poszczególne elementy infrastruktury nie przekroczy cen wskazanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym załączonym do oferty”. To z kolei sugeruje, że pozycje „uruchomienie systemu SRM MEVO” w formularzu cenowym, opisywane także w poszczególnych jego kolumnach jako „udostępnienie” mogą być cenami nabycia elementów infrastruktury systemu SRM MEVO. Dlatego **nie sposób**

ustalić tytułem czego konkretnie ma być płacone wynagrodzenie wskazane w pozycjach 1 - 17 z grupy „A” formularza cenowego;

- 2) jak wskazano powyżej szereg pozycji z grupy „A” – „uruchomienie systemu SRM MEVO” w opisie poszczególnych kolumn (3, 4, 6) mowa jest o „udostępnianych elementach”. **Jednakże część infrastruktury opisanej w tych pozycjach to Zamawiający udostępnia wykonawcy, więc ich wycena przez wykonawcę jest niewłaściwa.** Zamawiający udostępnia część rowerów (art. 1 ust. 2 OPZ), stojaki rowerowe i totemy informacyjne (art. 4 OPZ). Co prawda dla uruchomienia systemu należy, zgodnie z OPZ, wykonać przystosowanie przekazanych rowerów (art. 1 ust. 2 OPZ) oraz remont stojaków i totემów informacyjnych (art. 4 OPZ), ale te pozycje są wprost wskazane w formularzu cenowym, tj. poz. 6 (*dostosowanie rowerów przekazanych przez Zamawiającego*), poz. 7 (*zmiana oznakowania na dużych totemach*), poz. 8 (*zmiana oznakowania na małych totemach*), poz. 9 (*remont stacji postoju*). Wobec powyższego czynności, które należy wykonać wobec tych elementów udostępnionych przez Zamawiającego zawierają się w poz. 6 - 9. Dlatego budzą wątpliwości w formularzu cenowym pozycje: 1 (*mały totem*), 2 (*duży totem*), 3 (*stojak rowerowy*), 4 (*rower standardowy- udostępnienie **), 5 (*rower ze wspomaganie elektrycznym** - udostępnienie**), które dotyczą elementów stanowiących własność Zamawiającego, a zatem nieudostępnianych przez wykonawcę, zaś uruchomienie systemu SRM MEVO z nimi związane jest wycenione we wskazanych pozycjach 6 - 9;
 - 3) Zamawiający nie podał liczby sztuk w części pozycji (pominawszy pozycje, w których liczba ta zależy od woli wykonawcy (*rower ze wspomaganie elektrycznym** - udostępnienie** - poz. 5, *uruchomienie punktów serwisowych* – poz. 10, *uruchomienie punktów ładowania baterii* – poz. 11)). Brak podania wolumenu w tych pozycjach dodatkowo utrudnia zrozumienie intencji Zamawiającego, zważywszy, że w części innych pozycji wolumen ten podał.
37. Powyższe stanowi o naruszeniu art. 60e ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz pkt 16) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję.
38. **Wobec powyższego wnosimy o nakazie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez uzupełnienie sposobu obliczenia ceny ofertowej i zmianę treści formularza cenowego, tak, aby w sposób precyzyjny wyjaśnić co konkretnie należy wycenić we wszystkich pozycjach z grupy „A” – „uruchomienie systemu SRM MEVO”, w szczególności co ma podlegać wycenie w ramach „uruchomienia Systemu SRM MEVO” i „udostępnienia” poszczególnych elementów, czy wycenie ma podlegać także ta infrastruktura, którą przekazuje wykonawcy sam Zamawiający oraz podanie liczby sztuk we wszystkich pozycjach, których liczba ta nie zależy od woli wykonawcy.**

VI. NABYCIE INFRASTRUKTURY

39. Zgodnie z §2 ust. 5 wzoru umowy: „Strony wskazują, iż Zamawiający, po upływie okresu, o który mowa w § 2 ust. 1 Umowy, uprawniony będzie do **nabycia** od Wykonawcy tej części infrastruktury związanej z SRM MEVO (w szczególności Stacji Postoju, Stojaków i Totemów Informacyjnych), która stanowi własność Wykonawcy. Zamawiający ma prawo kupić określoną przez siebie część infrastruktury. Wykonawca zwolniony będzie z obowiązku demontażu zakupionej infrastruktury (lub jej części) w takim zakresie, w jakim Zamawiający skorzysta z prawa do nabycia. **Strony podejmą negocjacje dotyczące ceny przedmiotowej infrastruktury, przy czym cena jednostkowa za poszczególne elementy infrastruktury nie przekroczy cen wskazanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym załączonym do oferty.** W przypadku dokonania przez Zamawiającego zakupu infrastruktury zgodnie z postanowieniami niniejszego ustępu, Wykonawca udzieli Zamawiającemu 1-letniej rękojmi na zakupione elementy infrastruktury liczonej od daty dokonania nabycia”.
40. Przedmiotowe postanowienie odwołuje się do cen z formularza cenowego załączonego do oferty. **Rzecz w tym, że formularz cenowy nie zawiera cen nabycia infrastruktury związanej z SRM MEVO.** Przedmiotowy formularz zawiera dwie grupy cen:
- 3) za **uruchomienie** SRM MEVO – poz. 1 - 17, czyli część A w „Razem cena brutto (A+B)”,
 - 4) za **zarządzanie i eksploatację** systemu SRM – poz. 1 – 7, czyli część B w „Razem cena brutto (A+B)”.
41. **Jeśli intencją Zamawiającego jest, aby rzeczywiście ceny za uruchomienie lub za zarządzanie i eksploatację wyznaczały maksymalny limit cen za nabycie infrastruktury, to ceny te są nieadekwatne do transakcji nabycia infrastruktury.**
42. Przedmiotowe postanowienie jest wadliwe z tego względu, że:
- 1) niezależnie od uwzględnienia w nim cen z tytułu nabycia infrastruktury, **nie wskazano, które konkretnie z cen z formularza cenowego będą stanowić podstawę do wyznaczenia limitu cenowego przy nabyciu infrastruktury,**
 - 2) **nie został określony termin, w którym Zamawiający może złożyć oświadczenie o chęci nabycia infrastruktury** – wskazano jedynie „[...] Zamawiający, po upływie okresu, o który mowa w § 2 ust. 1 Umowy, uprawniony będzie do nabycia [...]”,
 - 3) **nie został określony termin, po upływie którego w razie bezskuteczności negocjacji wykonawca będzie mógł swobodnie dysponować infrastrukturą,**
43. Te wszystkie czynniki powodują, że wykonawca pozostaje w niepewności co do losów infrastruktury i zasad rozliczenia, jeśli tylko Zamawiający wyrazi chęć nabycia infrastruktury. Wobec odniesienia się zaskarżonemu postanowieniu do nieadekwatnych do nabycia infrastruktury cen, dodatkowo nie wiadomo których konkretnie, może skutkować to rozbieżnością stanowisk i finalnie spowoduje, że wykonawca może zostać uwikłany w przeciągające się negocjacje, bez możliwości swobodnego rozporządzenia w tym czasie infrastrukturą, której wolumen będzie przecież bardzo duży. Taka sytuacja znacznie osłabi jego pozycję negocjacyjną, bowiem w tym czasie przecież musi utrzymywać tę infrastrukturę i nie może jej użyć do innych projektów. W ocenie Odwołującego się rozsądnym rozwiązaniem jest, aby Zamawiający miał prawo złożyć oświadczenie o chęci nabycia infrastruktury najpóźniej na 1 miesiąc przed upływem okresu, o który mowa w § 2 ust. 1 Umowy, zaś negocjacje w sprawie warunków jej

nabycia, w tym cenowe powinny zakończyć się w terminie 2 tygodni od złożenia oświadczenia o chęci jej nabycia. Jeśli strony nie dojdą do porozumienia w tym terminie, wówczas wykonawca może swobodnie nią rozporządzić po upływie terminu na jaki umowa została zawarta. Jednocześnie, jeśli Zamawiający chciałby zapewnić sobie limit cenowy nabycia infrastruktury powinien w formularzu cenowym przewidzieć pozycje rozliczeniowe na tę okoliczność.

44. Przy rozliczeniu wynagrodzenia z tytułu nabycia infrastruktury odrębnego omówienia wymaga infrastruktura dostarcza w ramach prawa opcji, uregulowanego m.in. w §3 ust. 11 wzoru umowy. Oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji może zostać złożone przez Zamawiającego w terminie do 4 lat od daty zawarcia Umowy (§3 ust. 11 lit. c) wzoru umowy). Jeśli Zamawiający z prawa opcji skorzysta po upływie 11 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, Wykonawca zrealizuje zakres przewidziany prawem opcji w terminie do 6 miesięcy od dnia złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji (§3 ust. 11 lit. a) wzoru umowy). To oznacza, że dostawy w ramach prawa opcji mogą być wykonane nawet prawie po 4,5 roku od zawarcia umowy. Całość systemu SRM dla zamówienia podstawowego ma być dostarczona w terminie 17 miesięcy od dnia zawarcia umowy (§2 ust. 2 lit. c) wzoru umowy). **To oznacza, że sprzęt dostarczony w ramach prawa opcji może być znacznie młodszy od sprzętu w ramach zamówienia podstawowego nawet o 3 lata (zatem mniej wyeksploatowany).** Prawo opcji polega na zwiększeniu liczby Stacji Postoju i rowerów w SRM MEVO z możliwością rozszerzenia systemu o gminy należące do Stowarzyszenia OMGGs i bezpośrednio graniczące z gminami będącymi już w SRM MEVO, w ramach którego zakłada się, że szacowana liczba dodatkowych Stacji Postoju oraz rowerów w SRM MEVO wynikających z prawa opcji wynosi do 230 Stacji Postoju, w tym 1000 stojaków rowerowych z Małymi Totemami Informacyjnymi, wraz z 1 200 sztuk Rowerów standardowych lub Rowerów ze wspomaganiami elektrycznymi (§3 ust. 11 lit. a) wzoru umowy).
45. Przy zakupie elementów infrastruktury w ramach prawa opcji należy zatem wziąć pod uwagę:
- 1) **duży zakres prawa opcji,**
 - 2) **okoliczność, że sprzęt dostarczony w ramach prawa opcji może być zdecydowanie mniej wyeksploatowany, niż sprzęt w ramach zamówienia podstawowego,**
 - 3) **wykonawca może nie mieć możliwości zamortyzowania tego sprzętu – jeśli zostanie on zamówiony przez Zamawiającego na późniejszym etapie i będzie krócej eksploatowany w systemie. Należy bowiem pamiętać o tym, że ceny jednostkowe prawa opcji będą tożsame z zamówieniem podstawowym, określonym w Formularzu ofertowym (§3 ust. 11 lit. a) wzoru umowy). W przypadku zamówienia podstawowego wykonawca ma cały okres realizacji umowy na amortyzację sprzętu, w przypadku prawa opcji ma ten okres ograniczony i nie wiadomo, jaki jak długi on będzie – to zależy od momentu, kiedy Zamawiający skorzysta z prawa opcji. **Trzeba podkreślić, że to zamówienie realizowane jest w formie usługi, a nie dostawy z przeniesieniem własności infrastruktury, co dawałoby możliwość rozliczenia całości wynagrodzenia z tytułu dostawy, a zatem rozliczenia kosztów jego nabycia. W przypadku usługi rozliczenia wynagrodzenia zwymiarowane jest do długości okresu jej trwania, a przy prawie opcji jest to niewiadoma.****

46. Gdyby Zamawiający nie chciał nabywać infrastruktury objętej prawem opcji to wykonawcy pozostały by elementy infrastruktury, które w zależności od długości okresu ich użytkowania w systemie byłyby mniej lub bardziej wyeksploatowane, więc ich wartość byłaby różna. W tym przypadku wykonawca musi je sprzedać za taką samą cenę, jak znacznie starsze, bardziej zużyte i mniej wartościowe elementy z zamówienia podstawowego, co jest krzywdzące dla wykonawcy.
47. Takie wymaganie stanowi naruszenie art. 353¹ i art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, jak również jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiającą dokonanie wyceny przedmiotu oferty.
48. **Wobec powyższego wnosimy o nakazie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:**
- 1) usunięcie §2 ust. 5 wzoru umowy lub
 - 2) zmianę §2 ust. 5 wzoru umowy w następujący sposób:
 - a) Zamawiający ma prawo złożyć oświadczenie o chęci nabycia infrastruktury najpóźniej na 1 miesiąc przed upływem okresu, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy,
 - b) negocjacje w sprawie warunków jej nabycia, w tym cenowe powinny zakończyć się w terminie 2 tygodni od złożenia oświadczenia o chęci nabycia jej nabycia. Jeśli strony nie dojdą do porozumienia w tym terminie, wówczas wykonawca może swobodnie nią rozporządzić,
 - c) ceny nabycia infrastruktury dostarczonej w ramach opcji i dostarczone później niż zamówienie podstawowe będą ustalane w drodze negocjacji stron, przy czym cena jednostkowa za poszczególne elementy infrastruktury może przekraczać ceny wskazane przez wykonawcę w Formularzu cenowym załączonym do oferty,
 - 3) uwzględnienie w formularzu cenowym pozycji rozliczeniowych dla nabycia infrastruktury dla zamówienia podstawowego - jeśli Zamawiający chciałby zapewnić sobie limit cenowy nabycia tej infrastruktury.

VII. UZGADNIANIE PROJEKTÓW

49. Wykonawca na etapie realizacji umowy zobowiązany jest przedłożyć szereg dokumentów. Zgodnie z §4 ust. 1) wzoru umowy: „Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w formie papierowej i elektronicznej w formacie pdf projekty wizualne rowerów, Stacji Postoju i Totemów Informacyjnych, Serwisu Internetowego, Aplikacji w terminie do 45 dni od daty zawarcia Umowy”. Podobnie w §4 ust. 3 wzoru umowy: „Wykonawca dostarczy Zamawiającemu projekty dokumentów określających prawa i obowiązki Klientów, Zamawiającego oraz Wykonawcy, w szczególności regulamin korzystania z SRM MEVO, regulamin obsługi płatności i rozliczeń z Klientami w terminie do 45 dni od daty zawarcia Umowy”.

50. W §4 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wniesienia uwag do projektów: „W czasie nie dłuższym niż 15 dni od daty przekazania przez Wykonawcę projektów o których mowa w pkt 1 i 3 Zamawiający ma prawo wnieść uwagi do tych projektów”. **Przy czym zakres uwag, które może zgłosić Zamawiający jest niezwykle szeroki i opisany w §4 ust. 5 i 6 wzoru umowy:**

„5. Zamawiający będzie uprawniony do wniesienia nie tylko uwag w zakresie wad dokumentacji, w szczególności niezgodności z wymogami wynikającymi z OPZ, ale także wszelkich wiążących dla Wykonawcy zastrzeżeń i sugestii dotyczących dokumentacji określającej funkcjonowanie systemu, jego elementów, praw i obowiązków Klientów i innych uwag, które Zamawiający uzna za zasadne. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że ostateczny kształt SRM MEVO należy do decyzji Zamawiającego.

6. Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad oraz uwzględnienia wszelkich uwag Zamawiającego, o których mowa jest w pkt 4 i 5 w terminie 15 dni od przekazania przez Zamawiającego uwag. Wykonawca może zawnieć o wydłużenie terminu, w przypadku, gdy termin o którym mowa w zdaniu pierwszym jest obiektywnie niemożliwy do dochowania”.

51. Tak szeroko opisane uprawnienie Zamawiającego do wnoszenia uwag, w zasadzie powoduje, że Zamawiający na nowo może konstruować swoje wymagania. Dla wykonawcy punktem odniesienia podczas realizacji zamówienia są ni tylko wymagania postawione w dokumentacji przetargowej, lecz także (a może przede wszystkim) zastrzeżenia i sugestie Zamawiającego oraz „wszelkie” jego uwagi. Zamawiający zmierza do sytuacji, którą sam celnie opisał w cytowanym powyżej wymaganiu „**ostateczny kształt SRM MEVO należy do decyzji Zamawiającego**”. Tymczasem wykonawca składając ofertę opiera ją na swoim zamyśle i koncepcji realizacji zamówienia. Czyni to oczywiście w oparciu o wymagania SIWZ, ale oprócz tych wymagań pozostaje szereg kwestii nieuregulowanych, których sposób realizacji powinien być domeną wykonawcy. Skoro nie zostały uregulowane, to nie mają one istotnego znaczenia dla Zamawiającego. Nie można zaakceptować sytuacji, że dopiero na etapie realizacji zamówienia Zamawiający, w sposób wiążący dla wykonawcy, będzie dążył do opisanie swoich wymagań. Zwłaszcza, że nowo postawione wymagania mogą być sprzeczne z przyjętą przez wykonawcę koncepcją realizacji zamówienia. Nie chodzi tu oczywiście o Koncepcję, w rozumieniu dokumentu, którego żąda Zamawiający wraz z oferta, lecz o całościową koncepcję realizacji zamówienia. **Za tą koncepcją kryje się kalkulacja cenowa do niej zwymiarowana. Dlatego też wykonawca nie powinien być zmuszany do realizacji zamówienia w sposób inny niż przez niego zaplanowany i wyceniony.** Za tak szerokim wymaganiem Zamawiającego kryje się ryzyko, którego absolutnie nie można nawet wycenić.
52. Kwestionowane postanowienia świadczą o tym, że w ocenie Zamawiającego istotne dla niego kwestie pozostają nieuregulowane w SIWZ. Trzeba wskazać, że nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. **Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma**

możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015, KIO 897/15).

53. Takie wymaganie stanowi naruszenie art. 353¹ i art. 5 kc w związku art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, jak również jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiającą dokonanie wyceny przedmiotu oferty.
54. **Wobec powyższego wnosimy o nakazie Zamawiającemu zmiany §4 ust. 4 i 5 wzoru umowy, które to postanowienia Odwołujący się kwestionuje:**

„4. W czasie nie dłuższym niż 15 dni od daty przekazania przez Wykonawcę projektów o których mowa w pkt 1 i 3 Zamawiający ma prawo wnieść uwagi do tych projektów, zgodnie z ust. 5.

5. Zamawiający będzie uprawniony do wniesienia uwag w zakresie wad dokumentacji, w zakresie niezgodności z wymogami wynikającymi z dokumentacji przetargowej, dotyczących dokumentacji określającej funkcjonowanie systemu, jego elementów, praw i obowiązków Klientów. W pozostałym zakresie Zamawiający może przedstawiać Wykonawcy niewiążące sugestie”.

VIII. OPZ

55. Zamawiający sporządził załącznik nr 6 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) w niektórych elementach w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań, które mają wpływ na sporządzenie oferty. W dokumentacji znajduje się szereg ocennych i subiektywnych ocen dotyczących oceny elektrycznego wspomaganie roweru i pracy baterii:

- 1) art. 3 lit. e) OPZ: *„akumulator w technologii litowo-jonowej lub podobnej, o pojemności użytecznej minimum 600Wh, zabezpieczony przed dostępem do niego przez osoby postronne”.* Wymaganie to jest nieprecyzyjne, ponieważ nie wiadomo co oznacza *„zabezpieczony przed dostępem do niego przez osoby postronne”.* W ocenie Odwołującego, powinno chodzić o zabezpieczenie w utrudnienia wyjęcia baterii lub jej rozłączenia przez osoby nieuprawnione. Należy bowiem zauważyć, że działając intencjonalnie, każdą baterię można wymontować z roweru dokonując uszkodzenia elementów zabezpieczających, np. zamka. Dlatego też nie można wymagać, aby dostęp taki był niemożliwy, ponieważ takie rozwiązania nie istnieją. Wobec tego też wymaganie to powinno być zmienione i doprecyzowane w taki sposób, aby akumulator był zabezpieczony w taki sposób, aby jego wymontowanie przez osoby postronne było utrudnione, np. poprzez zastosowanie zamka;
- 2) art. 3 lit. p) OPZ: *„poziom elektrycznego wspomaganie napędu winien w odczuwalny sposób wspomagać wysiłek rowerzysty i umożliwiać łatwą i przyjemną jazdę, a system efektywnie wspomagać, również podczas podjeżdżania pod wzniesienia. W tym celu wymaga się, aby układ wspomaganie, pracował na poziomie średniego wydatku energetycznego nie mniejszego niż 6Wh na 1 km. Zatem do przejechania minimalnego, wymaganego dystansu*

100 km, na jednym ładowaniu baterii, niezbędne będzie wyposażenie roweru w baterię o pojemności minimum 600 Wh. Sprawdzenie zgodności układu wspomagania elektrycznego napędu z wymaganiami **będzie zawierało test praktyczny, przeprowadzony w warunkach terenowych gmin biorących udział w projekcie wdrożenia systemu SRM MEVO**. Zadeklarowana pojemność baterii (w Wh) zostanie podzielona przez całkowity dystans (w km) przejechany na jednym ładowaniu, a wynik określi średni poniesiony wydatek energetyczny na dystansie jednego kilometra (Wh/km)". Co do tego wymagania należy podnieść:

- a) elementy wymagania takie jak: „winien w odczuwalny sposób wspomagać”, „umożliwiać łatwą i przyjemną jazdę” są bardzo subiektywne. Opis przedmiotu zamówienia powinien opierać się na konkretnych i jednoznacznych wymaganiach, weryfikowalnych w sposób obiektywny. Ponadto zbędne jest opisywanie wymagań w ten sposób, bowiem to czy system odczuwalnie wspomaga pracę i umożliwia łatwą i przyjemną jazdę zależy (wedle osobistych preferencji) **od ustawienia mocy wspomagania napędu elektrycznego**. Sam Zamawiający to zauważa i wymaga: „W tym celu wymaga się, aby układ wspomagania, pracował na poziomie średniego wydatku energetycznego nie mniejszego niż 6Wh na 1 km”. Jeśli, w ocenie Zamawiającego, taki poziom wspomagania jest wystarczający, to zupełnie zbędne jest regulowanie tej kwestii po raz kolejny, ale już w sposób niejednoznaczny, ocenny, subiektywny;
- b) element wymagania „Zatem do przejechania minimalnego, wymaganego dystansu 100 km, na jednym ładowaniu baterii, niezbędne będzie wyposażenie roweru w baterię o pojemności minimum 600 Wh” ma być badany za pomocą testu praktycznego, przeprowadzonego w warunkach terenowych gmin biorących udział w projekcie. Z jednej strony cytowany fragment zawiera wymaganie, a z drugiej wskazuje sposób jego weryfikacji – 100 km na jednym ładowaniu baterii w gminach biorących udział w projekcie plus test praktyczny w tych gminach. Należy jednak zauważyć, że **taki opis wymagania, jak i jego weryfikacji jest bardzo nieprecyzyjny a testy praktyczne mogą być zdecydowanie nieporównywalne pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców**. Sytuacja jest bardzo podobna do zużycia paliwa przez samochód podczas jazdy, w zależności od warunków, w jakich odbywa się pomiar. Część tych warunków jest taka sama, a część analogiczna, jak przy jeździe rowerem ze wspomaganie elektrycznym. W przypadku samochodów istnieją przecież specjalne normy, szczegółowo określające warunki i sposób pomiaru (WLTP - Worldwide Harmonised Light Vehicles Test Procedure oraz wcześniejsza norma NEDC). Dla roweru ze wspomaganie elektrycznym na wyniki pomiaru, stopień zużycia energii i w konsekwencji przejechany dystans będą zależeć od:
 - średniej prędkości,
 - trybu jazdy i charakterystyki silnika (jazda spokojna, ciągła, lub częste hamowanie i przyspieszanie),
 - wiatru (w którą stronę wieje), czyli oporów, które stwarza, co znacząco wpływa na ich wynik,
 - wagi rowerzysty,
 - wagi bagażu,

- obrotów rpm (ile x w ciągu minuty obróci się pedałami),
- rodzaju opon i ciśnienia powietrza w oponach,
- nawierzchni,
- sezonu (lato, zima),
- warunków pogodowych,
- nawierzchni (rodzaj, równość) – jakie siły tarcia występują,
- przerzutki – jaki bieg,
- warunki terenowe – nachylenie powierzchni,
- rodzaj ramy,
- tryb jazdy – mieszany/ciągły, itp.

3) art. 2 lit. a) OPZ – rower standardowy, art. 2 lit. a) w zw. art. 3 zdanie pierwsze OPZ – rower ze wspomaganie elektrycznym): *„rower ma być fabrycznie nowy, estetyczny, bez zadrapań, zacieków, widocznych łączeń i spawów”*. Odwołujący przedstawił w zarzucie dotyczącym terminu składania ofert stanowisko dotyczące tego wymagania, które tutaj w całości przytacza na uzasadnienie tego zarzutu. Wymaganie to może być różnie rozumiane, co do tego, jaki sposób wykonania rowerów jest wymagany, aby rower był bez „widocznych łączeń i spawów” – hipotetycznie istnieją trzy możliwości interpretacji. Powstaje tutaj także wątpliwość, czy słowo „widoczne” odnosi się wyłącznie do łączeń, czy także spawów. Wymaganie to może być interpretowane w ten sposób, że nie widoczne mają być tylko łączenia, a spawów ma nie być w ogóle – co wskazywałoby na rower wykonywany poprzez odlew – bardzo drogi, nie stosowany w systemach rowerów publicznych. Wymaganie to z jednej strony jest nieprecyzyjne, a z drugiej, jakkolwiek by go nie rozumieć, to jest ono zupełnie nieuzasadnione i nadmierne, ze względu na argumentację przedstawioną w zarzucie dotyczącym terminu składania ofert.

56. W świetle powyższego tak postawione wymaganie jest wadliwe, a w konsekwencji wadliwy będzie także sposób jego weryfikacji. Zamawiający powinien doprecyzować swoje wymaganie w taki sposób, aby było ono takie sam dla wszystkich wykonawców i jego weryfikacja odbywała się w taki sam sposób względem wszystkich wykonawców. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

57. **Wobec powyższego wnosimy o nakazie Zamawiającemu zmiany OPZ:**

- 1) **art. 3 lit. e) OPZ** - poprzez nadanie mu treści: *„akumulator w technologii litowo-jonowej lub podobnej, o pojemności użytecznej minimum 600Wh, zabezpieczony w taki sposób, aby jego wymontowanie przez osoby postronne było utrudnione, np. poprzez zastosowanie zamka”*,
- 2) **art. 3 lit. p)** – poprzez usunięcie pierwszego zdania o treści: *„poziom elektrycznego wspomaganie napędu winien w odczuwalny sposób wspomagać wysiłek rowerzysty i umożliwiać łatwą i przyjemną jazdę, a system efektywnie wspomagać, również podczas podjeżdżania pod wzniesienia”*,
- 3) **art. 3 lit. p)** – poprzez precyzyjne opisanie warunków, w których rower ma przejechać 100 km na jednym ładowaniu baterii (średniej prędkości, trybu jazdy i charakterystyki silnika (jazda spokojna, ciągła, lub częste hamowanie i przyspieszanie), wiatru (w którą stronę wieje), czyli oporów, które stwarza, co znacząco wpływa na ich wynik, wagi rowerzysty, wagi bagażu, obrotów rpm (ile x w ciągu minuty obróci się

pedałami), opon, nawierzchni, sezonu (lato, zima), warunków pogodowych, nawierzchni (rodzaj, równość) – jakie siły tarcia występują, przerzutki – jaki bieg, warunki terenowe – nachylenie powierzchni, rodzaj ramy, tryb jazdy – mieszany/ciągły, itp.,

- 4) art. 2 lit. a) OPZ - nadanie mu treści: „rower ma być fabrycznie nowy, estetyczny, bez zadrapań, zacieków”.

Zważywszy na opisane naruszenia wniesienie odwołania jest konieczne i uzasadnione.

Z poważaniem

Załączniki:

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