



**JERZYKOWSKI I WSPÓLNICY**  
— SPÓŁKA KOMANDYTOWA —

**Jarosław Jerzykowski**  
radca prawny  
wspólnik zarządzający

**Stanisław Jerzykowski**  
radca prawny  
wspólnik (of counsel)

**Marcin Boczek**  
radca prawny  
wspólnik

**Anna Moczulska**  
radca prawny

**Martyna Wójcik**  
radca prawny

**Katarzyna Jurkowska**  
radca prawny

**Jerzykowski i Wspólnicy. Sp. K.**  
Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum  
w Szczecinie XIII Wydział  
Gospodarczy Krajowego Rejestru  
Sądowego KRSJ nr 0000244125

Szczecin, dnia 8 marca 2019 r.

**Do**  
**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a,**  
**02-676 Warszawa**

**Odwołujący:** Centrum Sp. z o.o.  
ul. Cyniarska 36,  
43 – 300 Bielsko - Biała

reprezentowana przez

r. pr. Jarosława Jerzykowskiego,  
r. pr. Stanisława Jerzykowskiego  
r. pr. Marcina Boczka  
r. pr. Annę Moczulską  
r. pr. Martynę Wójcik  
r. pr. Katarzynę Jurkowską

adres do doręczeń  
Jerzykowski i Wspólnicy. Sp. K.  
ul. Sławomira 4/13  
71-606 Szczecin  
e-mail: [kancelaria@jerzykowski.pl](mailto:kancelaria@jerzykowski.pl)  
fax: 91 425 27 38

**Zamawiający:** Miasto Stołeczne Warszawa -  
Zarząd Dróg Miejskich  
ul. Chmielna 120,  
00-801 Warszawa  
e-mail: [zpz@zdm.waw.pl](mailto:zpz@zdm.waw.pl)

ul. Sławomira 4/13  
71-606 Szczecin  
tel. +48 91 4646850-52  
fax +48 91 4252738

KRS 0000244125  
NIP 8512944369  
[www.jerzykowski.pl](http://www.jerzykowski.pl)  
[kancelaria@jerzykowski.pl](mailto:kancelaria@jerzykowski.pl)



Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 040-089827

## ODWOŁANIE NA CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn zm. – „PZP”), w imieniu Centrum Sp. z o.o z siedzibą w Bielsku – Białej („Odwołujący”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu,

### **wnoszę odwołanie**

wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich („Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dostawę dwóch sztuk samochodów elektrycznych, dwóch Systemów mobilnej kontroli pojazdów wraz ze szkoleniem operatorów systemu oraz usługą utrzymaniową Systemu e-kontroli przez okres 36 miesięcy”* („Postępowanie”) i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 29 ust. 2 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w zakresie zobowiązania polegającego na dostawie samochodu elektrycznego w sposób ograniczający konkurencję w związku z wprowadzeniem zestawu parametrów technicznych niemożliwych do spełnienia ;
- (2) art. 387 § 1 KC w zw. art. 14 ust. 1 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w zakresie zobowiązania polegającego na dostawie samochodu elektrycznego w sposób prowadzący do wykreowania świadczenia niemożliwego w związku z wprowadzeniem zestawu parametrów technicznych niemożliwych do spełnienia;
- (3) art. 29 ust. 2 PZP przez ustanowienie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu ręcznej rejestracji pojazdów w Systemie e-kontroli SPPN oraz ręcznego wyznaczania obszarów do postoju pojazdów;
- (4) art. 22a ust. 2 PZP poprzez ustanowienie wymogu złożenia zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (w trybie art. 22a ust. 1 PZP) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu, pomimo braku podstawy prawnej do żądania przedmiotowego zobowiązania w takiej formie;
- (5) art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Czas dostawy” w sposób punktujący najwyżej najdłuższe czasy dostawy, w sytuacji, gdy zasady uczciwej konkurencji nakazują punktować najwyżej najkrótszy czas dostawy;
- (6) art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Czas reakcji” w sposób punktujący najwyżej najdłuższe czasy usunięcia awarii i awarii krytycznej, w sytuacji, gdy zasady uczciwej konkurencji nakazują punktować najwyżej najkrótszy czas usunięcia



awarii i awarii krytycznej;

- (7) art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” w sposób niegwarantujący porównywalności warunków oceny w związku z przyjęciem założenia dotyczącego oceny ofert w tym kryterium, że ilość zaparkowanych pojazdów i kolejność pojazdów, biorących udział w teście, podczas trwania testu i przeprowadzania e-kontroli będzie losowa, a zatem nie będzie identyczna dla wszystkich wykonawców;
- (8) art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” umożliwiając Zamawiającemu swobodne zakończenie testu będącego podstawą przyznania punktów tym kryterium i powtórzenie tego testu w innym terminie;
- (9) art. 7 ust. 1 PZP poprzez opis oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” umożliwiając Zamawiającemu swobodny dobór zagranicznych tablic rejestracyjnych bez sprecyzowania, krajów pochodzenia tych tablic i bez zagwarantowania, iż zestaw tablic rejestracyjnych będzie identyczny dla wszystkich wykonawców;
- (10) art. 29 ust. 1 PZP poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia prawa opcji polegającego na dostawie dodatkowego samochodu elektrycznego bez określenia terminu wykonania jego dostawy lub podstaw określenia terminu wykonania jego dostawy;
- (11) art. 142 ust. 5 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie zastosowania przesłanki zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;
- (12) art. 353(1) KC w zw. z art. 14 ust. 1 PZP poprzez ukształtowanie projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i naturą stosunku prawnego umowy zobowiązaniowej w związku z ustaleniem katalogu kar umownych obciążających wyłącznie wykonawcę oraz katalogu podstaw do skorzystania z umownego prawa do odstąpienia przyznających to uprawnienie wyłącznie Zamawiającemu ;
- (13) art. 473 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 PZP poprzez brak jednoznacznego sprecyzowania okoliczności stanowiących rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania w stosunku do okoliczności za które wykonawca ponosi na mocy ustawy;

**W oparciu o tak sformułowane zarzuty wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w następującym zakresie:
  - a) zmianę Rozdziału V SIWZ pt. Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) w odniesieniu do w pkt 3.4. poprzez nadanie następującego brzmienia lub wykreślenie wskazanych poniżej jednostek redakcyjnych tego pkt SIWZ;



- w pkt 3.4.2. Silnik bulet drugiemu nadać brzmienie:  
*„znormalizowane zużycie paliwa (energii) w Wh/km – do 220 Wh/km,”*
  - pkt 3.4.3. Zasięg nadać brzmienie:  
*„zasięg minimalny w cyklu NEDC (na jednym ładowaniu akumulatora trakcyjnego) - nie mniej niż 220 km.”*
  - w pkt 3.4.4. Akumulator trakcyjny bulet drugiemu nadać brzmienie:  
*„pojemność energetyczna – minimum 35 kWh”,*
  - w pkt 3.4.5. Ładowanie bulet drugiemu nadać brzmienie:  
*„czas ładowania:*
    - *-terminal jednofazowy (3,7 kW) – nie dłużej niż 22 godzin,*
    - *terminal jednofazowy (7,4 kW) – nie dłużej niż 12 godzin,*
    - *terminal trójfazowy (22 kW) – nie dłużej niż 12 godzin,*
    - *terminal trójfazowy (50 kW) – nie dłużej niż 3 godziny (do 80% całkowitej pojemności).”*
  - w pkt 3.4.6. Wyposażenie specjalne bulet trzeciemu nadać brzmienie:  
*„układ ładowania akumulatora trakcyjnego z różnych typów terminali w czasie od 3 godzin do 22 godzin”;*
  - w pkt 3.4.6. Wyposażenie specjalne wykreślić bulet siódme dotyczące wymogu *„tryb jazdy ekologicznej uruchamiany przyciskiem „ECO”.*
  - pkt 3.4.7. Lakier nadać brzmienie:  
*„preferowany kolor – biały, srebrny lub inny jasny; Zamawiający dopuszcza też oklejenie pojazdu folią ochronną w kolorze wskazanym przez zamawiającego”.*
- b) wykreślenie w (1) pkt 2.3., 2.4. i 2.5. OPZ oraz (2) w Rozdziale VIII SIWZ pt. Protokół z przeprowadzenia testu – ocena funkcjonalności Systemu e-kontroli SPPN, w części pn. Lista kontrolna funkcjonalności podlegającej ocenie Systemu e-kontroli SPPN postanowień o weryfikacji wymagań wskazanych w pkt 2.3., 2.4. i 2.5. OPZ;
- c) wykreślenie w Rozdziale I SIWZ pt. Instrukcja dla Wykonawców („IDW”), w pkt 10.3. wymogu złożenia zobowiązania podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (w trybie art. 22a ust. 1 PZP) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu;
- d) dostosowanie w 16.2.4. IDW opisu oceny oferty w zakresie kryterium „Czas



reakcji” w taki sposób, aby punktować najwyżej najkrótszy czas na usunięcie awarii ;

- e) dostosowanie w pkt 16.2.5. IDW opisu oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” w sposób gwarantujący porównywalność warunków oceny poprzez przyjęcie założenia dotyczącego oceny ofert w tym kryterium, że ilość zaparkowanych pojazdów i kolejność pojazdów, biorących udział w teście będzie identyczna dla wszystkich wykonawców;
- f) dostosowanie w pkt 16.2.5. IDW poprzez precyzyjne i jednoznaczne wskazanie obiektywnych i weryfikowalnych przesłanek zakończenia testu będącego podstawą przyznania punktów tym kryterium i powtórzenia tego testu w innym terminie albo wykreślenie przedmiotowych postanowień;
- g) dostosowanie w pkt 16.2.5. IDW opisu oceny oferty w zakresie kryterium „Efektywność Systemu e-kontroli” poprzez wskazanie krajów pochodzenia zagranicznych tablic rejestracyjnych badanych podczas testu oraz zagwarantowanie, iż zestaw tablic rejestracyjnych badanych podczas testu będzie identyczny dla wszystkich wykonawców;
- h) uzupełnienie SIWZ, w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji polegającego na dostawie dodatkowego samochodu elektrycznego, poprzez określenie terminu wykonania jego dostawy lub podstaw określenia terminu wykonania jego dostawy;
- i) dostosowanie Rozdziału IV SIWZ pt. Wzór Umowy („Wzór Umowy”) do postanowień art. 142 ust. 5 pkt 4 PZP poprzez wprowadzenie do postanowień Wzoru Umowy przesłanki zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;
- j) dostosowanie Wzoru Umowy do art. 353(1) KC poprzez wprowadzenie do jego postanowień kar umownych za zwłokę w wykonaniu obowiązków umownych Zamawiającego (nie mających charakteru świadczeń pieniężnych) w analogicznej wysokości jak kary umowne przewidziane we Wzorze Umowy za zwłokę w wykonaniu obowiązków wykonawcy (tj. w analogicznej wysokości jak kary umowne, wskazane w § 12 ust. 4 pkt 1 i pkt 2 Wzoru Umowy), ewentualnie poprzez wykreślenie kar umownych wskazanych w § 12 ust. 4 pkt 1 i pkt 2 Wzoru Umowy;
- k) dostosowanie Wzoru Umowy do art. 353(1) KC poprzez wprowadzenie do jego postanowień podstawy do skorzystania przez wykonawcę z umownego prawa do odstąpienia w sytuacji, gdy Zamawiający wykonuje Umowę niezgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub w obowiązujących przepisach albo w istotny sposób naruszył postanowienia Umowy (tj. w analogicznej sytuacji jak przewidziana w § 13 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy), ewentualnie wykreślenie podstawy skorzystania z umownego prawa do odstąpienia wskazanej w § 13 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy;
- l) dostosowanie wzoru Umowy do art. 473 § 1 KC poprzez brak jednoznaczne sprecyzowania okoliczności stanowiących rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania w



stosunku do okoliczności za które wykonawca ponosi na mocy ustawy ewentualnie poprzez wprowadzenie zmianę postanowień § 12 ust. 4 Wzoru Umowy polegającą zastąpieniu kar umownych za opóźnienie karami umownymi za zwłokę;

- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed składem orzekającym KIO;
- 3) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania na okoliczności tam wskazane;

#### **TERMIN NA WNIESIENIE ODWOŁANIA**

1. Ogłoszenie o zamówieniu dla Postępowania („Ogłoszenie o zamówieniu”) zostało opublikowane w Suplemencie do Dzienniku Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 040-089827. W tym samym dniu została też opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego SIWZ.

W niniejszej sprawie określony w art. 182 ust. 2 pkt 2) PZP termin rozpoczął swój bieg w dniu 26 lutego 2019 r., tj. w publikacji SIWZ.

Termin na złożenie odwołania wobec ww. czynności Zamawiającego upływa w dniu 8 marca 2019 r. co oznacza, iż Odwołujący zachował ustawowo określony termin na skorzystania z przysługującego mu środka ochrony prawnej.

#### **INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA. SZKODA W WYNIKU NARUSZENIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO PRZEPISÓW USTAWY**

W związku z zaskarżonymi postanowieniami SIWZ uszczerbku doznaje interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polegający na uniemożliwieniu mu ubiegania się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu zgodnym z przepisami prawa, w tym w szczególności wskazanymi w zarzutach przepisami PZP i KC.

W związku z powyższym Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na uzyskaniu zysku z realizacji zamówienia będącego przedmiotem Postępowania.



## UZASADNIENIE

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 29 UST. 2 PZP POPRZEZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE ZOBOWIĄZANIA POLEGAJĄCEGO NA DOSTAWIE SAMOCHODU ELEKTRYCZNEGO W SPOSÓB OGRANICZAJĄCY KONKURENCJĘ ORAZ ZARZUT NARUSZENIA ART. 387 § 1 KC W ZW. ART. 14 UST. 1 PZP POPRZEZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE ZOBOWIĄZANIA POLEGAJĄCEGO NA DOSTAWIE SAMOCHODU ELEKTRYCZNEGO W SPOSÓB PROWADZĄCY DO WYKREOWANIA ŚWIADCZENIA NIEMOŻLIWEGO;**

2. Pkt 3.4 OPZ zawiera postanowienia dotyczące wymagań technicznych oferowanego pojazdu elektrycznego. Zestaw poszczególnych parametrów technicznych wskazanych w OPZ powoduje, iż nie mogą one być spełnione przez dostępne na rynku samochody elektryczne.
3. Parametr zasięgu pisany w pkt 3.4.3 OPZ, o wartości co najmniej 350 km powoduje, iż wymagania OPS spełnić mogą jedynie następujące pojazdy: (1) Hyundai Kona 64 kWh, (2) Kia eNiro, (3) Tesla 3 Long Range (4) Jaguar E-PACE oraz (5) Audi e-tron;
4. Parametr znormalizowanego zużycie paliwa (energii) w Wh/km – do 165 Wh/km opisany w pkt 3.4.2 bulet drugie powoduje, iż spośród samochodów spełniających parametr zasięgu opisany w pkt 3.4.3. OPZ, wymagania OPZ spełniają jedynie (1) Hyundai Kona Electric 64 kWh oraz (2) Tesla 3 Long Range.
5. Żaden spośród wymienionych powyżej samochodów (1) Hyundai Kona Electric 64 kWh oraz (2) Tesla 3 Long Range nie spełnia wymogu czasu ładowania na mocy 22kW (nie dłużej niż 3 godziny) opisanego w pkt 3.4.5. tiret drugie, bulet trzecie OPZ.
6. W efekcie żaden z dostępnych na rynku samochodów elektrycznych nie jest w stanie spełnić wymagań OPZ. Prowadzi to wykreowania świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 KC.
7. Dodatkowym ograniczeniem jest wprowadzenie wymogu zaferowania pojazdu jedynie w kolorze białym (pkt 3.4.7. OPZ) oraz bezwzględny wymóg, aby odległość autoryzowanego serwisu pojazdów od siedziby Zarządu Dróg Miejskich przy ul. Chmielnej 120 w Warszawie (00-801) nie większa niż 50 km (pkt 3.6.4. OPZ). Przy relatywnie krótkim terminie dostawy (maksymalnie 91 dni) ograniczenie kolorystyczne tylko do jednego koloru może spowodować zawężenie konkurencji w ramach Postępowania. Pojazdy elektryczne będące przedmiotem zamówienia nie są bowiem dobrem dostępnym od ręki i wymagają zamówienia u dostawcy. Z tego też względu koniecznym jest dopuszczenie również innych kolorów pojazdu lub też dopuszczenie możliwości oklejenia pojazdu folią ochronną. W takiej sytuacji kolor lakieru nie będzie stanowił zbędnego ograniczenia konkurencyjności w Postępowaniu.
8. Nie ma też żadnych podstaw, aby w samochodzie elektrycznym wymagać trybu ekologicznego. Tryb taki występuje w samochodach spalinowych lub hybrydowych, a w samochodach elektrycznych wszystkie tryby pracy mają charakter ekologiczny. Nie wiadomym jest zatem co Zamawiający rozumie poprzez powyższe wymaganie i jak należy definiować tego rodzaju tryb w przypadku samochodu elektrycznego. Zupełnie zaś jest niezrozumiałe dlaczego ewentualny tryb ekologicznych miałyby być uruchamiany jedynie przyciskiem Eco. Pomijając, iż jest to wymóg niejasny (brak definicji przycisku Eco), to przecież tryb taki może być uruchamiany w inny sposób umożliwiający dostęp do



odpowiednio zdefiniowanej funkcjonalności (np. za pośrednictwem ekranu dotykowego, przy pomocy pokrętki, przełącznika lub joysticka sterującego).

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 29 UST. 2 PZP PRZEZ USTANOWIENIE W OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA WYMAGU RĘCZNEJ REJESTRACJI POJAZDÓW W SYSTEMIE E-KONTROLI SPPN ORAZ RĘCZNEGO WYZNACZANIA OBSZARÓW DO POSTOJU POJAZDÓW;**

9. Zamawiający w pkt 2.3. OPZ ustanowił wymóg ręcznej rejestracji pojazdów w Systemie e-kontroli SPPN, a w pkt 2.4. OPZ wymóg ręcznego wyznaczania obszarów do postoju pojazdów.
10. W stosunku do funkcjonalności ręcznej rejestracji pojazdów w Systemie e-kontroli SPPN Zamawiający wskazał w pkt 2.3.1 OPZ, że system e-kontroli SPPN musi umożliwiać rejestrację pojazdów na obszarach wskazanych przez operatora systemu poprzez ręczne uruchomienie akcji rozpoznawania przy pomocy przycisku START/STOP dostępnego dla kierowcy pojazdu/operatora systemu. Z kolei w stosunku do funkcjonalności ręcznego wyznaczania obszarów do postoju pojazdów Zamawiający określił w pkt 2.4.1. OPZ, że system e-kontroli SPPN musi umożliwiać oznaczanie obszarów do postoju z wykorzystaniem przycisku START/STOP dostępnego dla kierowcy pojazdu/operatora systemu, z możliwością eksportu tych danych do pliku txt/.csv/.xlsx.
11. W związku z tymi postanowieniami SIWZ Zamawiający oczekuje w trakcie jazdy samochodem, oznaczania terenu jako miejsc parkingowych na podstawie: (i) aktualnej pozycji samochodu, (ii) wskazanej strony miejsca parkingowego (lewa, prawa, obie), (iii) wykorzystania manualnego przycisku start/stop do oznaczenia początku i końca miejsca parkingowego.
12. W ocenie Odwołującego wymaganie takie nie będzie skutecznym sposobem na wyznaczenie miejsc postojowych i dodatkowo będzie procesem niebezpiecznym, ponieważ kierowca w trakcie jazdy z prędkością, która miałaby być zbliżoną do normalnego ruchu miejskiego nie będzie w sposób dokładny wyznaczył takich obszarów (dla prędkości 30 km/h to przynajmniej 8 metrów przebytych każdej sekundy) Dodatkowo kierowca może stanowić zagrożenie w ruchu drogowym, ponieważ zamiast skupić się na bezpiecznym prowadzeniu samochodu będzie rozproszony poprzez operowanie systemem pomiaru zdjęć. W opinii Odwołującego jest to rozwiązanie niemożliwe do realizacji równoległe z prowadzeniem pojazdu.
13. Niezależnie od powyższego pomiar manualny będzie również niedokładny i niepewny - miejsca parkingowe są różnego typu i rozmiaru - w trakcie manualnego operowania systemem niemożliwe jest dokładne wyznaczanie (bliskie geodezyjnemu) miejsc parkingowych.
14. Oczekiwana funkcjonalność rejestracji miejsc parkingowych jest de facto funkcjonalnością dodatkową, nie mającą nic wspólnego z jej głównym przedmiotem, jakim jest automatyczna kontrola poprawności parkowania. Wykonywanie jej w oczekiwany przez Zamawiającego sposób nie przynosi oczekiwanego rezultatu w postaci precyzyjnego pomiaru miejsc parkingowych, natomiast znacząco ogranicza konkurencyjny postępowania z uwagi na ustanowienie wymogu nie mającego nic wspólnego z systemami automatycznej kontroli parkowania.





**ZARZUT NARUSZENIA ART. 22A UST. 2 PZP POPRZEZ USTANOWIENIE WYMAGU ZŁOŻENIA ZOBOWIĄZANIE PODMIOTÓW TRZECICH DO ODDANIA WYKONAWCY DO DYSPOZYCJI NIEZBĘDNYCH ZASOBÓW NA POTRZEBY REALIZACJI ZAMÓWIENIA (W TRYBIE ART. 22A UST. 1 PZP) W POSTACI ELEKTRONICZNEJ OPATRZONEJ KWALIFIKOWANYM PODPISEM ELEKTRONICZNYM PODMIOTU, POMIMO BRAKU PODSTAWY PRAWNEJ DO ŻĄDANIA PRZEDMIOTOWEGO ZOBOWIĄZANIA W TAKIEJ FORMIE;**

15. Zamawiający w pkt 10.3 IDW wskazał, że *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie, o którym mowa powyżej przedstawia Wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej. Zobowiązanie, o którym mowa powyżej powinno zostać złożone w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca.* Tym samym Zamawiający ustanowił wymóg złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
16. O ile wymóg przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w postaci elektronicznej nie może budzić żadnych wątpliwości w świetle art. 10a ust. 1 PZP, to wprowadzenie wymogu podpisania tego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie znajduje uzasadnienia w przepisach obowiązującego prawa. Zgodnie z art. 10a ust. 5 PZP obowiązek podpisania dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym dotyczy tylko dokumentu JEDZ, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty. Dla żadnego innego dokumentu obowiązek taki nie został przewidziany.
17. Wychodząc z aksjomatu racjonalności ustawodawcy wskazać należy, iż gdyby było jego wolą, aby zobowiązanie podmiotu trzeciego składać w postaci elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym to obowiązek taki wyraziłby wprost w którymś z przepisów PZP. Tym samym z milczenia ustawodawcy co do formy dokumentu, o którym mowa w art. 22a ust. 2 PZP żadną miarą nie można wywodzić obowiązku złożenia przedmiotowego dokumentu w formie z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
18. Wymagana przez Zamawiającego forma zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika też z przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.).

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP POPRZEZ OPIS OCENY OFERTY W ZAKRESIE KRYTERIUM „CZAS DOSTAWY” W SPOSÓB PUNKTUJĄCY NAJWYŻEJ NAJDŁUŻSZE CZASY DOSTAWY, W SYTUACJI, GDY ZASADY UCZCIWEJ KONKURENCJI NAKAZUJĄ PUNKTOWAĆ NAJWYŻEJ NAJKRÓTSZY CZAS DOSTAWY;**

19. W ramach kryterium oceny ofert „Czas dostawy” opisanego w pkt 16.2.2. IDW Zamawiający zastosował nielogiczny wzór służący przyznawaniu punktów w ramach tego kryterium. Wzór ten prowadzi do przyznawania większej ilości punktów ofertom, w których zaoferowano większą wartość ocenianych parametrów (czas dostawy). Tym samym wyżej ocenione zostaną oferty, w których zaproponowano dłuższe czasy spełnienia przedmiotowych świadczeń.



20. Taki sposób oceny ofert jest nielogiczny, gdyż charakter tego zobowiązania (zobowiązanie terminowe) nakazuje oceniać wyżej krótsze czasy dostawy.

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP POPRZEZ OPIS OCENY OFERTY W ZAKRESIE KRYTERIUM „CZAS REAKCJI” W SPOSÓB PUNKTUJĄCY NAJWYŻEJ NAJDŁUŻSZE CZASY REAKCJI, W SYTUACJI, GDY ZASADY UCZCIWEJ KONKURENCJI NAKAZUJĄ PUNKTOWAĆ NAJWYŻEJ NAJKRÓTSZY CZAS USUNIĘCIA AWARII;**

21. W ramach kryterium oceny ofert „Czas reakcji” opisanego w pkt 16.2.4. IDW Zamawiający zastosował nielogiczny wzór służący przyznawaniu punktów w ramach tego kryterium. Wzór ten prowadzi do przyznawania większej ilości punktów ofertom, w których zaoferowano większą wartość ocenianych parametrów (czas usunięcia awarii i czas usunięcia awarii krytycznej). Tym samym wyżej ocenione zostaną oferty, w których zaproponowano dłuższe czasy spełnienia przedmiotowych świadczeń.
22. Taki sposób oceny ofert jest nielogiczny, gdyż charakter tego zobowiązania (zobowiązanie terminowe) nakazuje oceniać wyżej krótsze czasy usunięcia awarii i awarii krytycznej.

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP POPRZEZ OPIS OCENY OFERTY W ZAKRESIE KRYTERIUM „EFEKTYWNOŚĆ SYSTEMU E-KONTROLI” W SPOSÓB NIEGWARANTUJĄCY PORÓWNYWALNOŚCI WARUNKÓW OCENY W ZWIĄZKU Z PRZYJĘCIEM ZAŁOŻENIA DOTYCZĄCEGO OCENY OFERT W TYM KRYTERIUM, ŻE ILOŚĆ ZAPARKOWANYCH POJAZDÓW I KOLEJNOŚĆ POJAZDÓW, BIORĄCYCH UDZIAŁ W TEŚCIE, PODCZAS TRWANIA TESTU I PRZEPROWADZANIA E-KONTROLI BĘDZIE LOSOWA, A ZATEM NIE BĘDZIE IDENTYCZNA DLA WSZYSTKICH WYKONAWCÓW;**

23. Zamawiający przewidział w pkt 16.2.5. IDW kryterium oceny ofert „Efektywność Systemu e-kontroli” w ramach którego przyznawanie punktów poszczególnym ofertom ma się odbywać po przeprowadzaniu dwóch testów (Testu I i Testu II).
24. W stosunku do uwarunkowań przeprowadzenia Testu II, Zamawiający w postanowieniach pkt 16.3.2. IDW wskazał, że test przeprowadzony będzie w trakcie trzech kolejnych dni przy zastosowaniu jednakowego dla wszystkich Wykonawców scenariusza testowego (wszystkie czynniki będą tożsame, oprócz ilości zaparkowanych pojazdów – kolejność pojazdów, biorących udział w teście, podczas trwania testu i przeprowadzania e-kontroli będzie losowa).
25. Z powyższych postanowień jednoznacznie wynika, iż Zamawiający zakłada różne warunki przeprowadzenia testu w stosunku do różnych wykonawców, gdyż ilość pojazdów do testu może być różna. Postanowienie to jest zatem jawnie sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji, gdyż oferta każdego wykonawcy powinna być oceniana w identycznych warunkach. Tylko wówczas bowiem możliwe jest uzyskanie porównywalności ofert.
26. Jak przyjęła to KIO w uchwale z dnia 18 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO/KD 66/15) *W świetle zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie takiego opisu kryteriów oceny ofert, w tym sposobu oceny ofert, który zapewni obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.*
27. Wadliwości postanowień pkt 16.3.2. IDW nie sanuje fakt, iż ilość samochodów



przyjmowana do testu systemu poszczególnych wykonawców będzie określa - jak określił Zamawiający - losowo. Po pierwsze wskazać należy, iż nie wiadomo jak owo określanie losowe ma się odbywać, kto lub jakie urządzenie będzie przeprowadzać losowanie i na jakich warunkach będzie ono przeprowadzane, w szczególności zaś nie jest wiadome czy jego przebieg i rezultaty będą obiektywnie weryfikowalne. W tym miejscu raz jeszcze przywołać należy cytowaną powyżej uchwałę KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO/KD 66/15), w której KIO wskazała, że *Wyznaczony sposób oceny ofert według kryteriów, powinien być tak dalece zobiektywizowany, jak to tylko jest możliwe dla danego rodzaju zamówienia, a przede wszystkim przewidywalny dla wykonawców*. Opis oceny zawarty w zakwestionowanych punktach IDW z całą pewnością nie spełnia takiego standardu.

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP POPRZEZ OPIS OCENY OFERTY W ZAKRESIE KRYTERIUM „EFEKTYWNOŚĆ SYSTEMU E-KONTROLI” UMOŻLIWIĄJĄCY ZAMAWIAJĄCEMU SWOBODNE ZAKOŃCZENIE TESTU BĘDĄCEGO PODSTAWĄ PRZYZNANIA PUNKTÓW TYM KRYTERIUM I POWTÓRZENIE TEGO TESTU W INNYM TERMINIE;**

28. W dalszych postanowieniach pkt 16.3.2. IDW wskazano, że w przypadku wystąpienia problemów nadzwyczajnych podczas testu, mających wpływ na jego dokończenie, test zostanie powtórzony w innym terminie.
29. Zapis ten został sformułowany tak ogólnie, iż *de facto* umożliwia w niemal każdej sytuacji powtórzenie testu. Tym samym postanowienia SIWZ pozwalają uzyskać wpływ na przebieg testu, którego wyniki będą podstawą przyznawania punktów ofertom w ramach oceny oferty w kryteriach oceny ofert.
30. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie powinien dysponować taką swobodą decyzyjną, a warunki przeprowadzenia testu powinny uniemożliwiać powstawanie takich sytuacji lub ewentualnie postanowienia SIWZ winny jednoznacznie określać przypadki przerwania i powtórzenia testu, a przypadki te powinny być obiektywnie weryfikowalne.

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP POPRZEZ OPIS OCENY OFERTY W ZAKRESIE KRYTERIUM „EFEKTYWNOŚĆ SYSTEMU E-KONTROLI” UMOŻLIWIĄJĄCY ZAMAWIAJĄCEMU SWOBODNY DOBÓR ZAGRANICZNYCH TABCIC REJESTRACYJNYCH BEZ SPRECYZOWANIA, KRAJÓW POCHODZENIA TYCH TABCIC I BEZ ZAGWARANTOWANIA, IŻ ZESTAW TABCIC REJESTRACYJNYCH BĘDZIE IDENTYCZNY DLA WSZYSTKICH WYKONAWCÓW**

31. W postanowieniach pkt 16.3.2. IDW, opisując sposób przeprowadzenia testu wykonywanego w ramach oceny ofert, wskazano, że system e-kontroli SPPN w ramach tego zakresu powinien rozpoznać następujące tablice rejestracyjne:
  - polskie tzw. białe stałe i czasowe,
  - polskie tzw. czarne,
  - polskie tzw. żółte (zabytkowe),
  - polskie tzw. niebieskie (dyplomatyczne),



- zagraniczne (stałe i czasowe).
32. Z kolei w ramach przedmiotowego testu oceniana będzie prawidłowość rozpoznania ww. tablic rejestracyjnych, w tym również zagranicznych (stałych i czasowych).
  33. Określając uwarunkowania przeprowadzenia testu Zamawiający wskazał jedynie bardzo ogólnie, iż system e-kontroli SPPN powinien rozpoznać tablice zagraniczne. Zamawiający nie sprecyzował jednakże, z jakich państw (lub stanów w państwach) pochodzić będą zagraniczne tablice rejestracyjne. Sprecyzowanie i ujednoczenie rozpoznawanych w trakcie testu zagranicznych tablic rejestracyjnych ma fundamentalne znaczenie dla porównywalności oceny ofert. Pojęcie zagranicznych tablic rejestracyjnych obejmuje de facto wszystkie państwa świata inne niż Rzeczypospolita Polska, a zatem także takie tablice, na których umieszczono zapisy w alfabetach innych niż alfabet łaciński, czy cyrylica (np. tablice rejestracyjne ze znakami w z alfabetu arabskiego, koreańskiego lub japońskiego).
  34. Wskazany brak precyzji opisu dokonywania oceny w ramach kryterium oceny ofert „Efektywność Systemu e-kontroli” niesie za sobą ryzyko dowolności dokonywanej oceny, gdyż różnym wykonawcom może zostać przedstawiony do rozpoznania zupełnie różny (a zatem, nieporównywalny) zestaw zagranicznych tablic rejestracyjnych.
  35. Podkreślenia wymaga, że ryzyko odmienności warunków oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Efektywność Systemu e-kontroli” wzrasta jeszcze bardziej w związku z faktem, iż Zamawiający wprost zakłada różną ilość samochodów testowanych w ramach Testu II (co opisano w zarzutach powyżej). Tym samym postanowienia SIWZ wprost przewidują sytuację, iż oferty wykonawców będą oceniane w ramach omawianego kryterium oceny ofert nie tylko na w oparciu o skanowanie tablic na różnej ilości pojazdów, ale także w oparciu o skanowanie całkowicie różnych zestawów tablic rejestracyjnych.
  36. Opisana sytuacja w sposób jawny stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Nawet jeżeli wystąpiłaby ona przypadkowo (np. w wyniku losowania ilości samochodów lub losowania zestawu tablic rejestracyjnych) to i tak nie powinna mieć ona miejsca. Ocena ofert w ramach kryteriów oceny ofert przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi bodaj najważniejszą czynność zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powinna być ona dokonywana w warunkach pełnej transparentności i identycznych uwarunkowań oceny każdej oferty złożonej w postępowaniu.

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 29 UST. 1 PZP POPRZEZ WPROWADZENIE DO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA PRAWA OPCJI POLEGAJĄCEGO NA DOSTAWIE DODATKOWEGO SAMOCHODU ELEKTRYCZNEGO BEZ OKREŚLENIA TERMINU WYKONANIA JEGO DOSTAWY LUB PODSTAW OKREŚLENIA TERMINU WYKONANIA JEGO DOSTAWY;**

37. Zamawiający w SIWZ (pkt 4.4. pkt 2 IDW) przewidział zastosowanie prawa opcji, którego treścią będzie zakup 1 sztuki Pojazdu.
38. W dalszych postanowieniach SIWZ (tzn. we Wzorce Umowy) Zamawiający przewidział stosowne postanowienia określające termin w trakcie którego jest uprawniony do skorzystania z wyżej opisanego prawa opcji.



39. W postanowieniach SIWZ brak jest jednak określenia terminu, w ramach którego wykonawca ma dostarczyć Pojazd będący przedmiotem prawa opcji. Termin ten jest niewątpliwie istotnym postanowieniem umownym i wykonawcy powinni zostać o nim poinformowani. Brak tej informacji uniemożliwia wyznaczanie kosztów realizacji zamówienia, a nawet wpływa na wykonalność zobowiązania wynikającego z oferty. Zaniechanie podania przedmiotowej informacji narusza zatem art. 29 ust. 1 PZP, który nakazuje opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
40. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 25 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1365/18) *Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisach art. 29 ust. 1 p.z.p. wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy.* Podobnie w wyroku z dnia 22 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 165/16) KIO przyjęła, że *Termin wykonania zamówienia jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 p.z.p. wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy.*

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 142 UST. 5 PKT 4 PZP POPRZEZ ZANIECHANIE ZASTOSOWANIA PRZESŁANKI ZMIANY WYNAGRODZENIA NALEŻNEGO WYKONAWCY W PRZYPADKU ZMIANY ZASAD GROMADZENIA I WYSOKOŚCI WPŁAT DO PRACOWNICZYCH PLANÓW KAPITAŁOWYCH, O KTÓRYCH MOWA W USTAWIE Z DNIA 4 PAŹDZIERNIKA 2018 R. O PRACOWNICZYCH PLANACH KAPITAŁOWYCH;**

41. W postanowieniach § 10 ust. 13 Wzoru Umowy Zamawiający przewidział, że zgodnie z art. 142 ust. 5 PZP wysokość należnego wynagrodzenia Wykonawcy ulega odpowiedniej zmianie w przypadku zmiany: (1) stawki podatku od towarów i usług (2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, (3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
42. Wskazana regulacja umowna nie obejmuje zatem jeszcze jednej przesłanki wskazanej w art. 142 ust. 5 PZP, a mianowicie zmiany wynagrodzenia, w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.
43. Ponieważ art. 142 ust. 5 PZP ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego (*ius cogens*), to tym samym postanowienia Wzoru Umowy powinny zostać uzupełnione o przesłankę wskazaną w art. 142 ust. 5 pkt 4 PZP.



**ZARZUT NARUSZENIA ART. 353(1) KC W ZW. Z ART. 14 UST. 1 PZP POPRZEZ UKSZTAŁTOWANIE PROJEKTU UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W SPOSÓB SPRZECZNY Z ZASADAMI WSPÓŁZYCIA SPOŁECZNEGO I NATURĄ STOSUNKU PRAWNEGO UMOWY ZOBOWIĄZANIOWEJ W ZWIĄZKU Z USTALENIEM KATALOGU KAR UMOWNYCH OBCIĄŻAJĄCYCH WYŁĄCZNIE WYKONAWCĘ ORAZ KATALOGU PODSTAW DO SKORZYSTANIA Z UMOWNEGO PRAWA DO ODSTĄPIENIA PRZYZNAJĄCYCH TO UPRAWNIENIE WYŁĄCZNIE ZAMAWIAJĄCEMU ;**

44. Zamawiający do Wzoru Umowy wprowadził obszerny katalogi kar umownych obejmujący dziewięć podstaw ich naliczenia (vide: § 12 ust. 4 pkt 1 -9 wzoru Umowy).
45. Jednocześnie Wzór Umowy nie przewiduje w swoich postanowieniach jakiegokolwiek podstawy naliczenia kary umownej przez wykonawcę w przypadku niewykonania obowiązków umownych obciążających Zamawiającego.
46. Zamawiający stworzył też katalog podstaw odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie wykonania przez Zamawiającego umownego prawa do odstąpienia (vide: § 13 ust. 6 Wzoru Umowy).
47. Analogiczne uprawnienie (tzn. umowne prawo do odstąpienia) nie zostało przyznane wykonawcom.
48. Takie ukształtowanie Wzoru Umowy rażąco narusza równowagę praw stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naruszenie to jest szczególnie dobrze widoczne w przypadku podstawy odstąpienia wskazane w § 13 ust. 6 pkt 1 Wzoru Umowy, który przyznaje Zamawiającemu podstawę do odstąpienia od Umowy, gdy wykonawca wykonuje Umowę niezgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub w obowiązujących przepisach albo w istotny sposób naruszył postanowienia Umowy, Tak skonstruowana przesłanka odstąpienia de facto przyznaje zamawiającemu pełną i nieograniczoną swobodę odstąpienia, co z kolei całkowicie uniemożliwia jakąkolwiek kalkulację ryzyk prawnych przez wykonawcę zawierającego tak skonstruowaną umowę. Z uwagi na powyższe umowa tak skonstruowana narusza art. 353(1) KC kreując stosunek umowny o treści sprzecznej jego naturą i sprzecznej z zasadami współżycia społecznego.
49. Jak bowiem orzekła KIO w wyroku z dnia 10 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1266/18) *Zasada swobody umów, opisana w art. 3531 k.c., doznaje szczególnego ograniczenia na gruncie zamówień publicznych w ten sposób, że zamawiający jest w istocie w sposób jednostronny uprawniony do kształtowania warunków przyszłej umowy, m.in. z uwagi na ograniczenie możliwości podjęcia swobodnej decyzji co do wyboru kontrahenta. Niemniej jednak, uprawnienie to nie może mieć charakteru absolutnego. Wyłączenie możliwości stosowania przepisów 3571 k.c., art. 3581 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. stanowi przejaw nadużywania pozycji dominującej przez zamawiającego w świetle i tak ograniczonej, na gruncie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zasady swobody umów i realnego wpływu wykonawców na treść zawieranego stosunku umownego. Wykonawca może i powinien mieć prawo do sądowej modyfikacji stosunku zobowiązaniowego na zasadach wynikających z powołanych powyżej przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku niemożliwej do przewidzenia na etapie zawierania umowy zmiany stosunków, czy istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Uprawnienie to dotyczy bowiem sytuacji, których wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne bądź wręcz nieprawdopodobne i które przeciwieństwie do istotny sposób zaburzają równowagę kontraktową i zmieniają pozycję jednej ze stron kontraktu. Co warte zaznaczenia, nie można mówić o świadomym przystąpieniu strony do tak ukształtowanego kontraktu, skoro dotyczy to sytuacji nadzwyczajnych, zaistniałych już po zawarciu umowy (wynikających z czynników zewnętrznych i obiektywnych, niezależnych od woli którejkolwiek ze stron kontraktu). W takich szczególnych sytuacjach rygorystyczne*



*respektowanie zasady pacta sunt servanda byłoby nieracjonalne i krzywdzące dla uczestników obrotu prawnego, stąd też ustawodawca przewidział możliwość sądowej ingerencji w stosunek umowny zawiązany przez strony w granicach swobody umów. Ocena nieprzewidywalności wystąpienia danego zdarzenia musi być dokonana w sposób obiektywny i w każdej sytuacji odrębnie (na drodze sądowej).*

50. Wprost do problematyki kar umownych naliczanych w związku z okolicznościami niezawinionymi przez wykonawcę wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 19 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO 1388/10), stwierdzając: „*Za nadmierne i niedopuszczalne uznać należy nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.*”

**ZARZUT NARUSZENIA ART. 473 § 1 KC W ZW. Z ART. 14 UST. 1 PZP POPRZEC BRAK JEDNOZNACZNEGO SPRECYZOWANIA OKOLICZNOŚCI STANOWIĄCYCH ROZSZERZENIE ODPOWIEDZIALNOŚCI WYKONAWCY ZA NIEWYKONANIE LUB ZA NIENALEŻYTE WYKONANIE ZOBOWIĄZANIA W STOSUNKU DO OKOLICZNOŚCI ZA KTÓRE WYKONAWCA PONOSI NA MOCY USTAWY.**

51. Zamawiający w postanowieniach Wzoru Umowy (§ 12 ust. 4 przewidział katalog pięciu kar umownych, w których podstawą odpowiedzialności z tego tytułu uczynił „opóźnienie”. Są to odpowiednio kary umowne za
- 1) za opóźnienie w dostawie Systemu e-kontroli SPPN do dnia określonego w §2 ust. 1 pkt 1 – w wysokości 0,5% wynagrodzenia Umownego brutto, o który mowa w §10 ust. 2 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
  - 2) za opóźnienie w dostawie Pojazdu samochodowego do dnia określonego w §2 ust.1 pkt 2 – w wysokości 0,5% wynagrodzenia Umownego brutto, o który mowa w §10 ust. 3 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
  - 3) za opóźnienie w dostarczeniu Pojazdu zastępczego w terminie 24 godzin w przypadku, o którym mowa w §7 ust. 4 – w wysokości 5 000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
  - 4) za opóźnienie w dostarczeniu Systemu e-kontroli SPPN w terminie 24 godzin w przypadku, o którym mowa w §7 ust. 4 – w wysokości 10 000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
  - 5) za opóźnienie w wymianie Systemu e-kontroli / Pojazdu samochodowego na nowy w przypadku i terminie określonym w §7 ust. 6 – w wysokości 10 000 złotych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
52. Zgodnie z ustawowymi regułami odpowiedzialności dłużnika za niedotrzymanie terminu na spełnienie świadczenia wynikającymi z art. 477 § 1 KC w zw. art. 476 KC, dłużnik odpowiada za zwłokę, czyli za zawinione przez siebie niedotrzymanie terminu. Jak stanowi bowiem art. 476 KC dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.



53. Zgodnie z § 12 ust. 4 Wzoru Umowy wykonawca ma ponieść odpowiedzialność (w postaci kar umownych) za „opóźnienie”, a zatem w zakresie odmiennym, niż wynika do ustawowych zasad odpowiedzialności za niedotrzymanie terminu opisanych w art. 477 § 1 KC w zw. art. 476 KC. Postanowienia te jednakże nie precyzują jakie konkretnie okoliczności objęte są zakresem odpowiedzialności wykonawcy na mocy powołanych podstaw naliczenia kar umownych.
54. Jak stanowi art. 473 § 1 KC dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Tym samym nie ma przeszkód prawnych, aby Zamawiający ustanowił mocą postanowień SIWZ reżim odpowiedzialności za termin ostrzejszy niż wynikający z zasad ogólnych opisanych w art. 477 § 1 KC w zw. art. 476 KC. W takim jednakże przypadku przepis art. 473 § 1 KC wymaga, aby strony umowy określiły „oznaczone okoliczności” za które ponosi odpowiedzialność dłużnik ponad zakres odpowiedzialności ponoszonej na zasadach ogólnych.
55. Wymogu tego nie spełniają przywołane kary umowne wskazane w § 12 ust. 4 Wzoru Umowy, gdyż nie oznaczają ściśle i precyzyjnie okoliczności, za które odpowiada wykonawca.
56. Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 listopada 2017 r. (sygn. akt V CSK 28/17) *Strony zaostrzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika przez oderwanie jej od zasady winy muszą jednak w umowie ściśle określić mające uzasadniać odpowiedzialność dłużnika okoliczności, niemieszczące się w granicach wyznaczonych przez art. 472 k.c.*
57. W analogiczny sposób, jak czyni to Sąd Najwyższy, wypowiadają się również sądy powszechne. W wyroku z dnia 14 września 2017 r. (sygn. akt I A Ca 309/17) Sąd Apelacyjny w Szczecinie orzekł, że *Jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone.* W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 28 lipca 2017 r. (sygn. akt I A Ca 263/17) stwierdzając, że *Sytuacja, w której dłużnik jest zobligowany do świadczenia kary umownej mimo, iż nie ponosi odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, należy do sytuacji wyjątkowych i wymagających wskazania w umowie szczególnych przypadków jej zastosowania. Zastrzeżenie takiej gwarancyjnej odpowiedzialności jest dopuszczalne (art. 473 § 1 k.c.), jednakże pozostaje w sprzeczności z istotą kary konwencjonalnej, jako ustalonego ex ante zryczałtowanego odszkodowania powiązanego z kontraktową odpowiedzialnością dłużnika (art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c.). Dlatego też dla skutecznego ustanowienia takiej kary konieczne byłoby wskazanie w umowie stron ściśle określonych okoliczności, w razie wystąpienia których dłużnik, pomimo braku winy, zobligowany jest do zapłaty kary umownej.*





**PRZEKAZANIE KOPII ODWOŁANIA**

58. Kopia niniejszego Odwołania została przekazana Zamawiającemu drogą elektroniczną na adres e-mail: zzp@zdm.waw.pl

**WPIS OD ODWOŁANIA**

59. Kopia dowodu uiszczenia wpis od odwołania stanowi załącznik do niniejszego pisma procesowego.

**ŻĄDANIE ODWOŁANIA**

60. Mając na uwadze okoliczności wskazane w uzasadnieniu wnoszę, jak petitum Odwołania.

---

Jarosław Jerzykowski  
radca prawny

W załączeniu:

- 1) Pełnomocnictwo;
- 2) KRS Odwołującego
- 3) Kopia dowodu uiszczenia wpisu od odwołania;