

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, 12 kwietnia 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**Nieruchomości i Opłaty Lokalne sp. z o.o.**

ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin  
tel.: +48 91 421 63 23  
KRS: 0000399949  
NIP: 85131 58 029  
e-mail: aczerkawska@niol.szczecin.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

*Dotyczy:* postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie **przetargu nieograniczonego** o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, tj. kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych pn: „Dostawa kompleksowego systemu wypożyczalni rowerów Bike\_S – Szczeciński Rower Miejski”, znak sprawy: NiOL/ZP/15/2021, dalej „Postępowanie”.

## ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako: „ustawa Pzp”, w imieniu Wykonawcy – Nextbike Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”, „**Nextbike**”) wnoszę odwołanie od:

- czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SWZ”) o ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

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

1) **art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie:

- a) wymagania, aby wykonawca był autorem oprogramowania i jego właścicielem posiadającym prawa autorskie oraz aby musiał posiadać prawo oraz możliwość do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania,
- b) baterii i wagi tabletów,
- c) wielkości średnicy obręczy kół i opon rowerów,
- d) terminu realizacji etapu I i w konsekwencji etapów II i III

w sposób naruszający uczciwą konkurencję, 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;

2) **art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp** poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny.

**W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu 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 SWZ, w tym nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w niniejszym Postępowaniu oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, naruszenia uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. Warto wskazać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

wskazuje się, że na etapie wnoszenia odwołań wobec treści SIWZ przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko, tak np. w wyroku z dnia 31 lipca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1519/15 Izba orzekła, że: „W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami P.z.p. oferty, zgodnie z art. 29 ust. 2 P.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”. Należy uznać, że orzecznictwo wypracowane na gruncie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r. poz. 1843) (dalej: „ustawa Pzp 2004”) zachowuje aktualność w stosunku do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

### **Termin**

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ specyfikacja warunków zamówienia została opublikowana w dniu 31 marca 2021r. w tym samym dniu zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Termin 10- dniowy przypadął na sobotę, wobec czego w myśl regulacji art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania upływał w poniedziałek, dn. 12.04.2021r.

### **Wpis od odwołania**

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

### **Ogłoszenie o zamówieniu**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 063-159320 w dniu 31 marca 2021r.

## **UZASADNIENIE**

### **I. WSTĘP**

1. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Ustawa Pzp zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. 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).

2. 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 (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2012 r., sygn.. akt KIO 1630/12). Należy zauważyć, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp posługuje się tym samym sformułowaniem („mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”), co art. 29 ust. 2 ustawy Pzp 2004. W związku z powyższym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tego przepisu należy uznać za aktualne.
3. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ wymagania Zamawiającego preferują konkretnego producenta/wykonawcę oraz nie są obiektywnie uzasadnione. Powyższe uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty przez Odwołującego się i innych producentów/dostawców. Odwołujący się podkreśla, że preferujące konkretnego wykonawcę parametry nie mają funkcjonalnego uzasadnienia, a pozostawienie tych rozwiązań nie będzie miało wpływu na potrzebne Zamawiającemu wartości użytkowe przedmiotu zamówienia, natomiast jedynym ich skutkiem będzie ograniczenie konkurencji.
4. 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 do 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).

## II. OPZ – Prawa autorskie do oprogramowania

5. Zamawiający w OPZ postawił wymaganie, że wykonawca w ramach etapu I: ***„dostarczy oprogramowanie, którego jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie, do kompleksowej obsługi (w tym administrowania SRM, wskazane w ustępie XI)”*** (rozdz. II pkt 1 ppkt 6 SWZ, str. 28). Wymaganie to powtórzono w szeregu innych miejscach SWZ, zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i we wzorze umowy.
6. Wymaganie to jest nadmierne, nieproporcjonalne i ogranicza uczciwą konkurencję. Czyni niniejsze zamówienie dostępne tylko dla wykonawców, którzy są autorami oprogramowania i właścicielami praw autorskich. Tymczasem część wykonawców nie jest właścicielem oprogramowania, lecz posiada prawo do udzielania sublicencji do takiego oprogramowania, którego właścicielem są inne podmioty. Odwołujący, zresztą jak większość wykonawców na rynku polskim, nie jest spółką informatyczną, lecz jej działalność polega praktycznie wyłącznie na dostarczaniu systemów rowerowych. Nie jest zatem uzasadnione, aby osobiste i majątkowe prawa autorskie przysługiwały wykonawcy zamówienia, skoro dla jego realizacji jest to zbędne. Wymaganie to uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, choć jest liderem na polskim rynku systemów rowerowych.
7. **Co niezmiernie istotne, Zamawiający nie wymaga od wykonawcy przeniesienia autorskich praw majątkowych do oprogramowania, lecz wymaga udzielenia licencji.** Nie ma zatem żadnych podstaw, aby wykonawca, który dysponuje prawem do udzielania sublicencji do takiego oprogramowania nie mógł udzielić takiej sublicencji, w zakresie, jakim oczekuje tego Zamawiający. **Wymaganie Zamawiającego jest zatem bezpodstawne, skoro dedykuje zamówienie dla wykonawców, którzy są autorami i właścicielami praw autorskich do oprogramowania, zaś Zamawiający wymaga w wyniku realizacji zamówienia udzielenia praw, które może otrzymać na mocy sublicencji. Jedynym skutkiem wymagania Zamawiającego jest ograniczenie konkurencji.**
8. Licencja ma być udzielana przez Wykonawcę sukcesywnie na każdy rower, w miarę dostarczania rowerów – rowery mają zostać dostarczone w trzech etapach. Zgodnie z §3 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy jej przedmiot obejmuje: *„sukcesywne dostarczanie (udzielanie) licencji od momentu uruchomienia systemu i podpisania protokołu odbioru podpisanego przez strony bez zastrzeżeń do dnia 31.12.2026 r.”*. Zgodnie z §4 ust. 1 wzoru umowy: *„Wykonawca udziela Zamawiającemu ograniczonej czasowo licencji niewyłącznej na korzystanie z dostarczonego przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy oprogramowania komputerowego do obsługi Bike-S (utworu)”*. W §4 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający określił pole eksploatacji na jakim może być wykorzystywana licencja: *„Udzielona licencja obejmuje swoim zakresem prawo do korzystania z utworu zgodnie z jego przeznaczeniem, wyłącznie w zakresie niezbędnym do prawidłowego działania uruchomionego przez Wykonawcę, na rzecz Zamawiającego, systemu Bike-S (pole eksploatacji); terytorium korzystania obejmuje obszar miasta Szczecin”*.

Zamawiający wymaga przeniesienia autorskich praw majątkowych do projektów graficznych (§4 ust. 9 i 10 wzoru umowy). Zatem wymaganie bycia autorem oprogramowania i właścicielem posiadającym prawa autorskie jest bezpodstawne i nieproporcjonalne.

9. Zamawiający opisał w §4 ust. 2 wzoru umowy te wymagania, które rzeczywiście mają uzasadnienie, aby wykonać przedmiot umowy w sposób prawidłowy: „Wykonawca oświadcza, że:

- 1) przysługuje mu prawo do udzielenia licencji do oprogramowania komputerowego dostarczonego w ramach realizacji umowy,
- 2) może rozporządzać licencją w zakresie niezbędnym do zawarcia i wykonywania umowy,
- 3) korzystanie z utworu nie narusza (oraz nie będzie naruszać) majątkowych i osobistych praw autorskich oraz dóbr osobistych osób trzecich”.

Do spełnienia tych wymagań nie jest konieczne bycie autorem oprogramowania i właścicielem posiadającym prawa autorskie. A jednocześnie te wymagania są wystarczające z punktu widzenia celu umowy, co powoduje, że udzielenie sublicencji również jest wystarczające.

10. Zgodnie z rozdz. XI pkt 1 SWZ (str. 34): „Wykonawca dostarczy oprogramowanie (w języku polskim), którego jest właścicielem wraz z licencją do kompleksowej obsługi – w tym administrowania Bike\_S. Wykonawca musi posiadać prawo oraz możliwości do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania, którego jest (którego jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie)”. Bezpodstawne jest wymaganie, aby wykonawca posiadał prawo oraz możliwości do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania. Wystarczające jest, aby Wykonawca posiadał takie możliwości oraz zobowiązał się do zapewnienia aktualizacji, modyfikacji i swobodnego rozwoju oprogramowania w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, jeśli takie są jego potrzeby. Warto zauważyć, że Zamawiający nie zastrzega wykonywania czynności dokonywania aktualizacji, modyfikacji i swobodnego rozwoju oprogramowania dla siebie samego, lecz ma je ewentualnie wykonywać wykonawca. Dlatego czy wykonawca wykona je samodzielnie, czy też zleci je podmiotowi, który jest właścicielem tych praw, dla Zamawiającego nie powinno mieć znaczenia. Zamawiający nie nakłada na wykonawcę obowiązku dokonywania aktualizacji, modyfikacji czy rozwoju oprogramowania.

11. W związku z powyższym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ, w tym wzoru umowy poprzez:

- 1) usunięcie wymagania, aby wykonawca był autorem i właścicielem praw autorskich,
- 2) zmianę wymagania, aby Wykonawca musiał posiadać prawo oraz możliwość do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania na wymaganie, aby posiadał możliwość aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania przez jego właściciela.

### III. OPZ – tablety

12. Zamawiający w załączniku nr 5 do OPZ MINIMALNE WYMAGANIA DOTYCZĄCE SPRZĘTU STANOWIĄCEGO WYPOSAŻENIE STANOWISK DO OBSŁUGI SRM opisał minimalne wymagania w stosunku do 5 sztuk tabletów, które mają zostać dostarczone w ramach realizacji zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zgodnie z rozdz. IX ust. 1 pkt 2 SWZ (str. 16) wymaga, aby wraz z ofertą wykonawcy złożyli formularz zawierający parametry zaoferowanego tabletu, stanowiący załącznik nr 1a do SWZ.
13. **Opisane w załączniku nr 5 do OPZ parametry tabletów wskazują na konkretny tablet, konkretnego producenta – Durabook R11 starszej generacji. Co więcej, urządzenia te zostały wycofane z produkcji ponad 1,5 roku temu i zastąpione kolejną wersją, która nie spełnia wymagań Zamawiającego.** Wymagań tych nie spełniają też urządzenia innych producentów.
14. Istotne są tutaj następujące parametry wymagane przez Zamawiającego, które stanowią o naruszeniu uczciwej konkurencji poprzez preferowanie producenta Durabook i wykonawców, którzy ewentualnie mają dostęp do urządzeń tego producenta w wersji wycofanej z produkcji:
  - 1) **Bateria: 4130 mAh Li-Po**, umożliwiającą pracę w terenie bez ładowania min. 7 godzin,
  - 2) **Waga: 1,2 kg.**
15. W zakresie wskazanych parametrów należy zauważyć, że:
  - 1) wskazane powyżej parametry powodują, że nie jest możliwe zaoferowanie aktualnie dostępnych na rynku tabletów, w tym także producenta Durabook. Wymagania te preferują zatem wykonawców, którzy mają dostęp do urządzeń wycofanych z produkcji, ewentualnie dostępnych na stanach magazynowych. Zatem nie dość, że wymagania techniczne wskazują na konkretnego producenta, to jeszcze dostęp do tych urządzeń jest dodatkowo ograniczony poprzez konieczność nawiązania współpracy z podmiotami, które ewentualnie posiadają te urządzenia z jakichś starych dostaw. Urządzenia te jednocześnie byłyby wyprodukowane przed 2020r., co powoduje dodatkowe zastrzeżenia co do ich żywotności i pozyskania gwarancji na okres wymagany przez Zamawiającego – do 31.12.2023 r. i w ogóle świadczeniem dla nich serwisu, co jest ryzykiem nie tylko dla wykonawcy, ale i dla samego Zamawiającego, zwłaszcza po upływie okresu gwarancji;
  - 2) Zamawiający wymaga baterii litowo-polimerowej, o czym świadczy wskazanie przy baterii na oznaczenie „Li-Po”. Są to baterie starszego typu, które nie są aktualnie stosowane w urządzeniach tej klasy. Aktualnie standardem są baterie litowo-jonowe, które obecnie stosuje także producent Durabook;
  - 3) ponadto Zamawiający wymaga, aby bateria posiadała pojemność „4130 mAh”. Taka pojemność baterii powoduje, że waga urządzenia wzrasta, także u producenta Durabook i przekracza 1,2 kg. Powyższa uwaga dotyczy wcześniejszych urządzeń tego producenta, wycofanych z produkcji, jak i produkowanych obecnie. Zatem, aby możliwe było zaoferowanie urządzenia z taką pojemnością baterii, które aktualnie posiada w swojej ofercie producent Durabook, konieczne jest dopuszczenie urządzeń o wadze 1,4 kg z baterią litowo-jonową. Producent ten oferuje tablet R11 z dwoma

rodzajami baterii, ale bateria, która posiada taką minimalną pojemność, jak wymaga Zamawiający jest cięższa i zwiększa wagę urządzenia o ok. 0,2 kg (co daje 1,4 kg);

- 4) tablet Durabook R11 w konfiguracji, która pozwala na spełnienie wymagania minimalnej pojemności „4130 mAh” posiada pojemność 7800 mAh, co znacznie przekracza wymóg Zamawiającego, a jednocześnie urządzenie z taką baterią jest droższe i cięższe. Jeśli Zamawiającemu zależy przede wszystkim na urządzeniu jak najlżejszym, to powinien dopuścić urządzenia z bateriami litowo-jonowymi o pojemności 3950 mAh – takie urządzenie waży nie więcej niż 1,2 kg (jak wymaga Zamawiający), czas pracy wynosi co najmniej 7 h (jak wymaga Zamawiający), zaś pojemność baterii ulega nieznacznemu obniżeniu – jedynie o 180 mAh;
  - 5) kwestionowane parametry trudno uznać również za proporcjonalne. Bowiernie sposób uznać, że sama technologia baterii litowo-polimerowej ma dla Zamawiającego jakiegokolwiek wymierne znaczenie. Również w tym kontekście nie sposób uznać za proporcjonalne wymaganie pojemności baterii na poziomie 4130 mAh, skoro zmniejszenie tego parametru nastąpiłoby jedynie o 180 mAh, a pozwoliłoby zaoferować urządzenie zapewniające czas pracy i wagę wymaganą przez Zamawiającego;
  - 6) powyższe zmiany: zmiana baterii na litowo-jonową, zmiana pojemności baterii na 3950 mAh i zmiana wagi na 1,4 kg zapewniłyby możliwość zaoferowania urządzenia jeszcze jednego producenta, co pozwoliłoby zachować minimalną konkurencyjność Postępowania i otworzyć opis przedmiotu zamówienia w zakresie tabletów na dwóch producentów.
16. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany wymagań SWZ w zakresie tabletów w następujący sposób:

**Bateria:** 3950 mAh litowo-jonowa, umożliwiająca pracę w terenie bez ładowania min. 7 godzin, godzin,

**Waga:** 1,4 kg.

#### IV. OPZ – średnica koła roweru i opony

17. Zamawiający w rozdz. VII pkt 2 ppkt 11 i 12 SWZ (str. 32) postawił odpowiednio wymagania: „*obręczy kół – wzmocnionych wykonanych ze stopu aluminium, co najmniej dwukomorowe, kapslowanych, o średnicy 28” przeznaczonych do opon z zabezpieczeniem antyprzebiciowym*” oraz „*opon – 28” antyprzebiciowych, wyposażonych w pasek odblaskowy i bieżnik typu miejskiego*”. Takie wymaganie stanowi ograniczenie konkurencji.
18. **Powszechnie stosowane w systemach rowerów publicznych zarówno w Polsce, jak i na świecie są koła o wielkości 26”.** W niektórych regionach świata częściej stosowane są też rowery o kołach mniejszych, tj. 24”. Nie są praktykowane systemy rowerów publicznych z kołami 28” – takie rozwiązania mogą się zdarzać w wypożyczalniach stacjonarnych, gdzie użytkowane są rowery „cywilne”, tj. standardowe rowery, ale zazwyczaj oferują one rowery różnej wielkości.
19. Należy pamiętać, że zakupywany system jest systemem publicznym i jest dedykowany dla wszystkich potencjalnych użytkowników, a przede wszystkim jest systemem miejskim. Kwestionowane wymaganie dyskryminuje osoby niższe, drobniejszej postury



ciała, dla których rowery tego typu będą za duże, niekomfortowe i mniej bezpieczne. Między innymi z tego powodu w systemach rowerów publicznych stosowane są w przeważającej części rowery najbardziej uniwersalne – 26”, jako dopasowane wielkością ramy oraz kół do jak największej ilości użytkowników i zapewniające im komfortową jazdę.

20. Większe koła będą powodować konieczność zwiększenia ramy, aby rower był stabilny (ale i tak będzie on stabilny jedynie dla odpowiednio wysokich osób), bo w przeciwnym razie – bez zwiększenia ramy rower po prostu będzie zbyt krótki, rozstaw kół będzie zbyt mały i rower tym bardziej będzie niestabilny, nie tylko dla niskich i lżejszych osób. Geometria tego roweru będzie niewłaściwa. Jeśli zaś miałby mieć właściwą geometrię, to skutkowałoby to też koniecznością podniesienia ramy (górnej rury). **To powoduje, że niższa osoba w razie potrzeby nagłej ewakuacji z siodełka, jest zdecydowanie bardziej narażona na zaczepienie wrażliwą częścią ciała o ramę, co dodatkowo może skutkować utratą równowagi i dalszymi negatywnymi konsekwencjami.** Ponadto Zamawiający wymaga, aby rowery posiadały bagażnik: *„bagażnika (koszyka) – metalowego, zainstalowanego na kierownicy roweru, odpornego na odkształcenia, umożliwiającego przewóz przedmiotów o pojemności 4 – 6 litrów i masie do 10kg”* (rozdz. VII pkt 2 ppkt 25 SWZ, str. 32). Jazda osoby niższego wzrostu, zwłaszcza lżejszej z załadowanym bagażnikiem będzie zdecydowanie mniej komfortowa i bezpieczna na rowerze z większymi kołami, w rozmiarze 28”. Rower dla takiej osoby na pewno nie będzie stabilny, zwłaszcza z załadowanym bagażnikiem.
21. Rowery z kołami 28” są z racji większych kół szybsze, co dla użytkowników rowerów publicznych, zwłaszcza tych, którzy nie posiadają swoich własnych rowerów, takie rozwiązanie tym bardziej może się wiązać z mniejszym poczuciem bezpieczeństwa i komfortu podróży. Tymczasem zakupywane rowery będą użytkowane w przestrzeni miejskiej, co powoduje, że powinny być one przede wszystkim bezpieczne i pozwalać użytkownikowi na stabilną jazdę. Rowery te w założeniu stanowią uzupełnienie transportu miejskiego i nie są one dedykowane do dalekich podróży poza miastem, gdzie element szybkości mógłby mieć znaczenie. Sam Zamawiający w rozdz. VII pkt 2 SWZ (str. 31) wskazuje: *„Rower musi być rowerem typu miejskiego [...]”*. O miejskim charakterze rowery świadczy jego opis, w szczególności wymaganie, aby piasta tylna była trzybiegowa.
22. **Choć rowery z większymi kołami są szybsze, to właśnie rowery z mniejszymi kołami mają lepszą dynamikę, tj. szybciej można się na nich rozpędzić, a w warunkach miejskich to dynamika ma większe znaczenie. Co więcej, rowery takie są co do zasady lżejsze, co wynika z tego, że same koła mniej ważą, ale przede wszystkim sama rama roweru może być wówczas mniejsza, a widelce też mogą być krótsze – co zmniejsza masę. I przede wszystkim rowery z mniejszymi kołami są bardziej zwrotne, co ma bardzo istotne znaczenie przy konieczności manewrowania w ciasnych uliczkach, ścieżkach, budynkach, ogólnie rzecz ujmując w przestrzeni miejskiej. Zwrotność ma kluczowe znaczenie, gdy trzeba np. wykonać gwałtowny manewr w celu ominięcia przechodnia. Inaczej ujmując rowery te są bezpieczniejsze zarówno dla użytkownika roweru, jak i dla otoczenia.**
23. Istotny jest również czynniki logistyczno-serwisowy, tj. standardowe luki bagażowe w samochodach dostawczych o dopuszczalnej masie 3,5 tony, których używa się

najpowszechniej do relokacji rowerów publicznych, mieszczą niemal dokładnie, bez marginesu dodatkowej przestrzeni, rowery 26" ładowane w układzie zapewniającym optymalną ładowność, tj. „w poprzek”. Pozwala to najefektywniej zarządzać procesem relokacji i przewożenia rowerów. Większe rowery prawdopodobnie w takich lukach nie będą się w tym układzie mieścić, co powodować będzie potrzebę wykonywania dodatkowych kursów, podniesie koszty eksploatacji. Jeśli zaś rowery takie miały by mieścić się w przestrzeni załadunkowej takiego samochodu dostawczego, to musiały by one być zaprojektowane w taki sposób, że odległość pomiędzy ich kołami byłaby bardzo mała w stosunku do wielkości kół, co z kolei czyniłoby taki rower bardzo niestabilnym i mało bezpiecznym.

24. Warto dodać, że 26" to 559 mm, zaś 28" to 622 mm. Zatem różnica w rozmiarze, to 63 mm, tj. 6,3 cm. Jednocześnie Zamawiający nie specyfikuje wielkości profilu opony. Wymagania co do opon opisano w rozdz. VII pkt 2 ppkt 12 SWZ (str. 32) następujący sposób: „*opon – 28" antyprzebiciowych, wyposażonych w pasek odblaskowy i bieżnik typu miejskiego*”. Zatem na samym profilu opony różnica w wielkości koła (obwód + opona) może wynosić 1,5 a nawet 2 cm. To z kolei powoduje, że w rzeczywistości, przy takich wymaganiach Zamawiającego różnica w wielkości koła (obwód + opona) może wynosić nie 2" ale 4 cm (1,57"). Tym bardziej ograniczenie konkurencji w tym przypadku jest bezpodstawne.
25. Kwestionowane wymagania nie są proporcjonalne i nie znajdują odzwierciedlenia w potrzebach Zamawiającego, a już na pewno nie w takim stopniu, aby ograniczać konkurencję. Potrzeby Zamawiającego spełnią rowery z kołami 26". Rowery te będą przystosowane dla użytkowników różnego wzrostu, ponieważ Zamawiający wymaga, aby:
  - 1) sztyca zapewniała bardzo duży zakres regulacji: „*sztycy – służącej zmianie wysokości siodełka w nieskomplikowany dla klientów sposób, o długości od 300 do 500 mm, z podziałką umożliwiającą łatwiejsze ustawienie, zamocowanej na ramie roweru w sposób uniemożliwiający kradzież; zamawiający nie dopuszcza rozwiązania polegającego na użyciu stalowej linki do zabezpieczenia sztycy siodełka przed wyjęciem i/lub kradzieżą*” (rozdz. VII pkt 2 ppkt 23 SWZ, str. 32),
  - 2) kierownica posiadała podniesiony wznios: „*kierownicy – wykonanej ze stopu aluminium, o podniesionym wzniosie, na metalowym wsporniku*” (rozdz. VII pkt 2 ppkt 8 SWZ, str. 32).
26. Zatem rowery z kołami 26", spełniające pozostałe wymagania wyspecyfikowane przez Zamawiającego dawały by możliwość komfortowego i bezpiecznego podróżowania szerokiej grupie użytkowników (różna waga ciała i wzrost). Natomiast wymóg kół w rozmiarze 28" grupę tę zawęży i dyskryminuje część użytkowników.
27. Odwołujący dostarczył na rynku polskim ponad pięćdziesiąt publicznych systemów rowerowych opartych na rowerach z kołami o średnicy 26", w tym systemy znacznie większe od objętego niniejszym zamówieniem. Posiadane doświadczenie wskazuje, że jest to optymalna wielkość kół, pozwalająca korzystać z rowerów szerokiej grupie użytkowników, z zachowaniem zasad bezpieczeństwa i komfortu podróżowania.
28. **Wobec powyższego wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ poprzez dopuszczenie możliwości dostarczenia rowerów z obręczami kół i opon o średnicy 28".**

## V. TERMIN REALIZACJI

29. Zamawiający ustalił następujący termin realizacji zamówienia dla etapu I, w którym ma zostać dostarczone 400 rowerów na **60 dni od daty zawarcia umowy** (rozdz. XII ust. 1 pkt 1 lit. d) SWZ, str. 23). **Termin ten zważywszy na ograniczające konkurencję wymaganie obręczy kół i opon o średnicy 28" jest nierealny i nie uwzględnia czasu niezbędnego na dokonanie szeregu czasochłonnych czynności w celu realizacji zamówienia, w tym konieczności przeprojektowania i wykonania rowerów.**
30. Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej faktyczny okres na dostarczenie elementów systemu jest jeszcze krótszy niż wskazany przez Zamawiającego. Zgodnie z § 9 ust. 1 wzoru umowy „Zamawiający wyznaczy termin odbioru do 5 dni roboczych od daty zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości”. Oznacza to, że faktyczny czas na dostarczenie rowerów skraca się o 5 dni roboczych dni od zawarcia umowy. Co niezmiernie istotne, zanim dojdzie do dostawy rowerów konieczne jest dochowanie opisanej w umowie procedury uzgodnień z Zamawiającym i zachowanie etapowości działań, gdzie dokonanie pewnych czynności jest uwarunkowane od zakończenia innych.
31. **Należy wskazać, że proces produkcji rowerów standardowo produkowanych (koła 26") od momentu złożenia zamówienia wynosi przynajmniej 90 dni.** Zamówienie na takie rowery można, przy przyjęciu rozsądnego ryzyka, złożyć już w dniu otwarcia ofert, jeśli oferta przedstawiałaby najlepszy bilans w kryteriach złożonych ofert w Postępowaniu albo byłaby jedyną ofertą, żeby maksymalnie przyspieszyć realizację zamówienia. Odwołujący niejednokrotnie składał w ten sposób zamówienia, ale dotyczyło to rowerów standardowych z obręczami kół 26", czyli standardowo przez niego produkowanych i zamawianych na rynku polskim. Przy takich rowerach nawet, gdyby finalnie umowa nie została zawarta, to wówczas wykonawca ma szansę na późniejszą ich sprzedaż, ponieważ rynek systemów rowerowych oparty jest na takich rowerach z kołami 26".
32. **Jeśli jednak mają to być rowery z niestandardową wielkością obręczy kół - 28", to termin ich dostawy jest zdecydowanie dłuższy.** Proces stworzenia nowej wielkości ram rowerowych, do których będą pasowały większe 28" koła, wymaga przygotowania i przeprowadzenia szeregu prac. Jest to w pierwszej kolejności przeprojektowanie roweru, zwiększenie wielkości ramy, zgodnie z odpowiednimi normami, przygotowanie egzemplarza prototypowego, przetestowanie go, zazwyczaj kończące się naniesieniem kolejnych zmian i powtórzeniem testów. Następnie, po wykonaniu i przetestowaniu 2-3 egzemplarzy testowych, z których każdy kolejny jest z naniesionymi poprawkami, wykonuje się egzemplarz przedprodukcyjny, który wraz z odpowiednimi projektami technicznymi jest przekazywany do fabryki produkującej ramy. W niej tworzony jest projekt nowych form, następnie przygotowana jest produkcja. Na samym końcu trzeba mieć też na względzie, że wykonanie takiego niestandardowego zamówienia niesie za sobą potrzebę zabezpieczenia terminu na wykonanie zamówionych niestandardowych ram. W chwili obecnej mamy do czynienia z bardzo dużym popytem na rowery, połączony z wciąż występującym deficytem dostępności części i podzespołów rowerowych powoduje, że wszystkie terminy dostaw są znacznie wydłużone. Dopiero po po wykonaniu pierwszej transzy rowerów z nowymi, większymi ramami, można przystąpić do procesu ich certyfikacji, który dla norm certyfikowanych ISO trwa

minimum 3-4 miesiące. Łącznie przeprojektowanie roweru z testami, certyfikacją i przygotowaniem do produkcji potrwa przynajmniej 6 miesięcy.

33. Ponadto zamówienie na taki rower można złożyć dopiero po zawarciu umowy, kiedy pozyskanie zamówienia będzie pewne. Podobnie z przeprojektowaniem roweru, ponieważ wykonywane ono byłoby specjalnie w celu realizacji niniejszego zamówienia. W przeciwnym razie wykonawca ryzykuje poniesienie kosztów przeprojektowania i zakupu rowerów, których późniejsza sprzedaż może być niemożliwa. Wobec tego z jednej strony nie można zamówić rowerów wcześniej niż po zawarciu umowy, a z drugiej konieczny jest dodatkowy czas na przeprojektowanie i pozostałe wskazane powyżej czynności. Łącznie czas na realizację zamówienia produkcji rowerów (90 dni) i czas na przeprojektowanie (180 dni) wynosi 270 dni. Przeprojektowanie i produkcję można zlecić dopiero po zawarciu umowy, w przeciwnym razie Wykonawca ponosiłby bardzo duże ryzyko, gdyby finalnie umowa nie została zawarta. Wykonawca zaprojektowałby i zakupił, bez potrzeby i z dużym ryzykiem ich niesprzedania, rowery niestandardowe.
34. Termin realizacji zamówienia przyjęty powyżej jest nierealny w przypadku konieczności dostarczenia rowerów z obręczami kół 28". Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 353<sup>1</sup> i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia naruszający uczciwą konkurencję, 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. 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.
36. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że zarzut ten jest zarzutem ewentualnym, gdyby nie został uwzględniony zarzut dotyczący wielkości średnicy obręczy kół i opon.
37. **Wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia, tak, aby termin realizacji etapu I wynosił 270 dni.**

Zważywszy na opisane naruszenia wniesienie odwołania jest konieczne i uzasadnione.

#### Załączniki:

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