Warszawa, dnia 1 kwietnia 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący: **Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** ul. Dąbrowskiego 8/24 87-100 Toruń
reprezentowana przez:
radcę prawego Rafała Jędrzejewskiego
radcę prawnego Michała Szczodrego
Kancelaria Radców Prawnych Otawski, Dziura, Jędrzejewski i partnerzy
ul. Piękna 44/1
00-672 Warszawa
email:michal.szczodry@kancelariaodj.pl
tel. 511-469-887

Zamawiający: **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
ul. Browarna 90, 82-300 Elbląg

Nazwa postępowania: Świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy Miasto Elbląg i gmin sąsiadujących

Numer Ogłoszenia o Zamówieniu: 2020/S 058-139098

Numer Zamówienia ustalony przez Zamawiającego: ZP-01/2020

Strona internetowa Zamawiającego: http://www.bip.zkm.elblag.com.pl

ODWOŁANIE

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art.182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019.1843 t.j. z dnia 2019.09.27), zwanej dalej „**Ustawą PZP**", w imieniu wykonawcy, Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu przy ul. Dąbrowskiego 8/24 87-100 Toruń (zwanego dalej „**Odwołującym**"), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (*pełnomocnictwo w załączeniu*), wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**") ustanowionych przez Zamawiającego: **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Browarna 90 82-300 Elbląg (dalej zwanego jako „**Zamawiający**") w postępowaniu. pn. Świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy Miasto Elbląg i gmin sąsiadujących (dalej zwanego jako „**Postępowanie**").

2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 23 marca 2020 r., numer ogłoszenia 2020/S 058-139098. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: http://www.bip.zkm.elblag.com.pl.

3. Odwołanie wnoszę od następujących niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

1) Ustalenie, terminu składania ofert na dzień 27 kwietnia 2020 r. co w związku z trudnościami logistycznymi, kadrowymi i innymi związanymi z pandemią COVIID-19 jest dla wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jest terminem za krótkim do należytego zapoznania się z dokumentacją przetargową, podjęcia wszystkich czynności potrzebnych do dokonania prawidłowej wyceny oferty i świadczy o nieproporcjonalności terminu na przygotowanie się wykonawców do złożenia oferty do złożoności zamówienia i zaistniałych okoliczności, co stanowi naruszenie zasad konkurencji;

2) Opisanie warunków technicznych autobusów w Załączniku nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ bez odniesienia się do norm cech technicznych i jakościowych zawartych w normach europejskich i międzynarodowych tj. brak wymagania dokumentu CoC (świadectwo zgodności WE) potwierdzającego uzyskanie europejskiego świadectwa homologacji (pojazdy te powinny być homologowane wg.

Dyrektywy 2007/46/WE z dnia 5 września 2007 r. ustanawiającej ramy dla homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, części i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów) (dalej zwanej jako „**Dyrektywa 2007/46/WE**") oraz Regulaminu nr 107 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 i M3 w zakresie ich budowy ogólnej [2018/237] (dalej zwanego jako „**Regulamin**"), pomimo iż, przepisy krajowe nie są tak precyzyjne jak ww. akty prawne co w rezultacie pozwala na świadczenie usług pojazdami w których parametry takie jak: szerokość przejścia, szerokość foteli, wymiary i dostępność miejsca przeznaczonego na wózki dla niepełnosprawnych, dostępność miejsc dla osób o ograniczonej możliwości ruchowej, ilość oraz szerokość i dostępność wyjść ewakuacyjnych, a także wiele innych nie będą spełnione. W sposób radykalny obniża to bezpieczeństwo pasażerów co oznacza, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewłaściwy;

3) Opisanie warunków technicznych autobusów przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ w sposób nieprecyzyjny i pozostawiający zbyt dużą swobodę do interpretacji w ten sposób, że dopuszczalne będzie świadczenie usług pojazdami nie spełniającymi europejskich wymogów bezpieczeństwa i ekologii poprzez dopuszczenie do posłużenia się pojazdami, wyprodukowanymi wprawdzie w 2020 r. ale zarejestrowanymi wcześniej poza obszarem EWG co oznacza, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewłaściwy;

4) Opisanie warunków technicznych autobusów przez Zamawiającego w § 2 ust. 1 i nast. Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2), poprzez określenie, że jednostki napędowe mają spełniać minimum normę EURO – 6, pomimo tego, że nie spełnia europejskich wymogów ekologii ponieważ, obowiązującą normą emisji spalin jest co najmniej norma Euro 6d-TEMP-EVAP lub Euro 6d co oznacza, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewłaściwy;

5) Opisanie w sposób nieprecyzyjny i pozostawiający zbyt dużą swobodę do interpretacji wymogu minimalnej łącznej pojemności autobusu poprzez nie określenie zasad obliczenia liczby miejsc stojących (*vide:* Rozdział III SIWZ ust. 3 oraz § 1 ust. 6 Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2), co oznacza, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewłaściwy;

6) Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i naruszający zasady współżycia społecznego, nadużywający pozycji dominującej Zamawiającego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez ustalenie, że łączne zmniejszenie ilości wzkm nie może przekroczyć 20% a zwiększenie 10% ogólnej liczby wzkm, zaplanowanych do wykonania w ramach zamówienia, co utrudnia dokonanie prawidłowej wyceny oferty (*vide:* Rozdział III SIWZ pkt.12.8) i dopuszczenie w takim zakresie do zmiany umowy zgodnie z § 2 ust. 1.8 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2) co nie gwarantuje równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia;

7) Zobowiązanie wybranego wykonawcę do:

a) bycia Administratorem danych mimo iż prowadzenie monitoringu nie jest związane z celami Wykonawcy a Zamawiającego i to Zamawiający powinien być Administratorem danych a nie Wykonawca,;

b) na podstawie § 15 ust. 3 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ), zawarcia umowy powierzenia, bez udostępnienia wzoru tej umowy;

c) na podstawie § 3 pkt 3.3 ppkt 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ), przekazania na żądanie Zamawiającego, podglądu on-line z wybranej lub wszystkich kamer do Kontrolera ruchu Zamawiającego, pomimo, że Wykonawca udostępniając dane z monitoringu Zamawiającemu nie miałby nad nimi żadnej kontroli co oznacza, że:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewłaściwy, wbrew zasadom przetwarzania danych osobowych, nadużywając pozycji dominującej Zamawiającego przerzucając na wykonawcę który uzyska zamówienie obowiązki nie związane z przedmiotem zamówienia co nie gwarantuje równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia;

4.Odwołujący stawia następujące zarzuty wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ:

1) zarzut naruszenia art. 9a ust. 1 i 2 Ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w zw. z art. 43 ust. 2 Ustawy PZP poprzez ustalenie terminu składania ofert bez uwzględnienia regulacji art. 9a ust. 1 i 2 Ustawy PZP i ustanowienie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert dla wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zwłaszcza, w zaistniałych okolicznościach związanych z

pandemią COVID-19, gdzie przeprowadzenie wszystkich czynności koniecznych do sporządzenia ofert na tak skomplikowane zamówienie, jest w znacznym stopniu utrudnione co powinno skutkować znacznym wydłużeniem terminu składania ofert, dłuższym niż 35 dni liczonych od dnia przekazania ogłoszenia, albowiem ustalony krótki termin na składania ofert świadczy o jego nieproporcjonalności do złożoności zamówienia i zaistniałych okoliczności, naruszeniu konkurencji oraz utrudnieniu dostęp do zamówienia podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia; ;

2) zarzut naruszenia art. 30 ust. 1, 2 i ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia - warunków technicznych autobusów zawartych w Załączniku nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2) w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez brak odniesienia się do norm cech technicznych i jakościowych zawartych w normach europejskich i międzynarodowych które obowiązują w Polsce tj. Dyrektywy i Regulaminu, pomimo tego, że normy krajowe nie są wystarczająco precyzyjne co utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, zdolnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;

3) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1, 2 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w w sposób nieprecyzyjny i pozostawiający zbyt dużą swobodę do interpretacji, oraz utrudniający uczciwą konkurencję, i opisanie warunków technicznych pojazdów przez Zamawiającego w. Załączniku nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2) w ten sposób, że dopuszczalne będzie świadczenie usług pojazdami nie spełniającymi europejskich wymogów bezpieczeństwa i ekologii, ponieważ Zamawiający nie ustalił w wymogach opisujących pojazdy, że mają to być pojazdy nowe zgodnie z definicją legalną z art. 2 pkt 62 z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U.2020.110 t.j. z dnia 2020.01.24) czyli które nie były wcześniej zarejestrowane co utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, zdolnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;

4)) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1, 2 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi normami, oraz utrudniający uczciwą konkurencję, tj. opisanie warunków technicznych autobusów przez Zamawiającego w § 2 ust. 1. Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ, poprzez określenie, że jednostki napędowe mają spełniać minimum normę EURO – 6, pomimo tego, że

w świetle Rozporządzenia Komisji (UE) 2017/1347 z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie sprostowania dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, rozporządzenia Komisji (UE) nr 582/2011 oraz rozporządzenia Komisji (UE) 2017/1151 uzupełniającego rozporządzenie (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów, zmieniającego dyrektywę 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, rozporządzenie Komisji (WE) nr 692/2008 i rozporządzenie Komisji (UE) nr 1230/2012 oraz uchylającego rozporządzenie (WE) nr 692/2008 nie spełnia ona już europejskich wymogów ekologii, co utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, zdolnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;.

5) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję poprzez określenie wymogu minimalnej łącznej pojemności autobusu bez ustalenia zasad obliczenia liczby miejsc stojących (*vide:* Rozdział III SIWZ ust. 3 oraz § 1 ust. 6 Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2) co utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, zdolnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;

6) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i naruszający zasady współżycia społecznego w sposób nadużywający pozycji dominującej Zamawiającego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i prowadzi do braku zabezpieczenia uzasadnionych interesów wykonawcy poprzez ustalenie, że łączne zmniejszenie ilości wzkm nie może przekroczyć 20% ogólnej liczby wzkm, zaplanowanych do wykonania w ramach zamówienia i dopuszczenie w takim zakresie do zmiany umowy zgodnie z § 2 ust.1.8 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2), co utrudnia dokonanie prawidłowej wyceny oferty;

7) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 5 i 28 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej zwanego jako „**RODO**") poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu 1 i 2 w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą

konkurencję, nieproporcjonalny i niekorespondujący z celami zamówienia i sprzeczny z zasadami przetwarzania danych osobowych poprzez zobowiązanie wybranego wykonawcę do:
a) bycia Administratorem danych z monitoringu w autobusach;
b) zawarcia umowy powierzenia danych osobowych bez przedstawienia wzoru takiej umowy i jej istotnych elementów;
c) udostępnianiu Zamawiającemu obrazu z monitoringu bez żadnej kontroli ze strony wykonawcy
co jest sprzeczne z art. 5 i 28 RODO zgodnie z którymi powierzenie przetwarzania danych osobowych powinno nastąpić w sposób minimalny, adekwatny, stosowny i ograniczony co celów ich przetwarzania, wobec czego sporne postanowienia SIWZ jako nieznajdujące uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego należy uznać za utrudniające uczciwą konkurencję i wprowadzające nadmierne ograniczenia dla wykonawców;

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, zmianę SIWZ w zakresie Pakietu 1 i 2 w sposób następujący:

1) zmianę Rozdziału XI ust. 1 SIWZ i przedłużenie terminu składania ofert o kolejne 35 dni.

2) zmianę § 1 ust. 1 Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2) poprzez dodanie do wymogów autobusów norm zawartych w Regulaminie nr 107 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG/ONZ) – Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 i M3 w odniesieniu do ich budowy ogólnej, oraz obowiązku posiadania świadectwa zgodności WE o której mowa w Dyrektywie 2007/46/WE;

3) zmianę § 1 ust. 1 Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2) poprzez dodanie do wymogów technicznych pojazdów, że mają to być pojazdy nowe zgodne z definicją legalną z art. 2 pkt 62 z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U.2020.110 t.j. z dnia 2020.01.24) czyli takie które nie były wcześniej zarejestrowane;

4) zmianę § 2 ust. 1 Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ, poprzez określenie, że jednostki napędowe mają spełniać normę Euro 6d-TEMP-EVAP lub Euro 6d;

5) zmianę Rozdział III SIWZ ust. 3 oraz § 1 ust. 6 Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2) poprzez jednoznaczne określenie zasad obliczenia liczby miejsc stojących w następujący sposób: liczba miejsc stojących ustalona zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku 11 do Regulaminu nr 107 EKG ONZ, przy zastosowaniu wskaźnika powierzchni podłogi przeznaczonej na jednego pasażera wynoszącego 0,15 m2 (wskaźnik napełnienia – 6,7 osoby/m2 powierzchni podłogi S1 przeznaczonej dla pasażerów stojących);

6) zmianę Rozdział III SIWZ ust.12.8 poprzez ustalenie, że zmniejszenie ilości wzkm nie może przekroczyć 10% ogólnej liczby wzkm oraz ustalenie, że w każdym przypadku zmniejszenia ilości wzkm o 5 % liczba autobusów w ruchu (PVR) zostanie obniżona o 1 autobus

oraz zmianę § 2 ust. 1.8 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2)
poprzez określenie, że:

W okresie realizacji zamówienia łączny zakres zmian ilości wzkm nie może przekroczyć minus 10% lub plus 10% ogólnej liczby wzkm wskazanych w pkt 1.3 ppkt 2;

7) a) wykreślnie § 15 ust. 3 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ oraz § 3 pkt 3.3 ppkt 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ) (Pakiet 1 i 2);

ewentualnie:

zmianę § 15 ust. 3 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2), poprzez ustalenie, że:

1) Administratorem danych z monitoringu jest Zamawiający
2) zlikwidowanie obowiązku zawarcia umowy powierzenia wykreślenie

oraz wykreślenie § 3 pkt 3.3 ppkt 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ) (Pakiet 1 i 2);

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i wadliwie sformułował kryteria

wyboru, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ, w szczególności co do opisu przedmiotu zamówienia i terminu składania ofert, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

7. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu prowadzonym w trybie nieograniczonym Ustawy PZP o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. Zgodnie zatem z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 Ustawy PZP niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

8. Zgodnie z art. 180 ust. 5 Ustawy PZP kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

Ad zarzut nr 1.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 9a ust. 1 i 2 Ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w zw. z art. 43 ust. 2 Ustawy PZP poprzez ustalenie terminu składania ofert bez uwzględnienia regulacji art. 9a ust. 1 i 2 Ustawy PZP i ustanowienie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert dla wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zwłaszcza, w zaistniałych okolicznościach związanych z pandemią COVID-19, gdzie przeprowadzenie wszystkich czynności koniecznych do sporządzenia ofert na tak skomplikowane zamówienie, jest w znacznym stopniu utrudnione co powinno skutkować znacznym wydłużeniem terminu składania ofert.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający mają obowiązek uwzględnienia przy określaniu terminów składania ofert lub wniosków złożoności zamówienia oraz w przypadku ofert czasu niezbędnego na ich sporządzenie. Oznacza to, że zawsze obowiązujące są minimalne terminy określone w przepisach szczegółowych, **jednakże zamawiający winni rozważyć wydłużenie tych terminów z uwagi na złożoność zamówienia lub czas potrzebny na przygotowanie ofert.**

Przedstawiona wyżej argumentacja Odwołującego jest zgodne z doktryną i orzecznictwem. Tytułem przykładu należy wskazać, że zgodnie z doktryną *„W praktyce zamawiający ustalając termin powinien brać pod uwagę, czy rzeczywiście wykonawcy mają wystarczający czas na przygotowanie ofert i wniosków, biorąc pod uwagę okoliczności konkretnego postępowania, w tym złożoność zamówienia, ale także np. fakt występowania kilku dni ustawowo wolnych od pracy w terminie wyznaczonym na składanie ofert." (*Komentarz do art. 9a PZP red. Jaworska 2020, wyd. 10/J. Jarnicka. Legalis).

W podobny sposób wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2016-09-16 o sygn. akt KIO 1657/16 w myśl którego *„Tym samym również art. 43 ustawy Prawo zamówień publicznych należy odczytywać tak, że liczby dni wskazane w ustępach 1-3 wskazują jedynie na minimalny gwarantowany czas na składanie ofert, który nie może być przez zamawiającego skrócony, jednak podstawą ustalenia terminu w konkretnym przypadku jest czas potrzebny na przygotowanie ofert."*

Celem wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest złożenie oferty samej w sobie, ale oferty, która zostanie uznana za najkorzystniejszą - a więc zarówno poprawnej pod kątem zgodności w wymaganiami zamawiającego i prawidłowo wycenionej, jak i takiej, która zostanie najwyżej oceniona. Uzyskanie takiego efektu wymaga zaś stosownego przygotowania. Nie ulega wątpliwości, że pandemia

COVD-19 z którą się obecnie zmagają wykonawcy w tym Odwołujący utrudnia sporządzenie prawidłowej wyceny. Braki kadrowe, trudności w przemieszczaniu się, przerwane łańcuchy dostaw uniemożliwiają w czasie przewidzianym przez Zamawiającego na przygotowanie konkurencyjnej oferty.

Ad zarzut nr 2.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 30 ust. 1, 2 i ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia - warunków technicznych autobusów zawartych w Załączniku nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez brak odniesienia się do norm cech technicznych i jakościowych zawartych w normach europejskich i międzynarodowych które obowiązują w Polsce tj. Dyrektywy i Regulaminu, pomimo tego, że normy krajowe nie są wystarczająco precyzyjne.

Należy podkreślić, że reguły określone w art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 - 6 ustawy Prawo zamówień publicznych obligują do opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

1) europejskie aprobaty techniczne;

2) wspólne specyfikacje techniczne;

3) normy międzynarodowe;

4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych zawartej na stronach Urzędu (https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opis-przedmiotu-zamowienia-w-zakresie-zakupu-pojazdow-sanitarnych-przez-stacje-pogotowia-ratunkowego)
„Odmienne określenie parametrów przedmiotu zamówienia niż czyni to właściwa norma jest możliwe,

o ile nie będzie z normą kolidowało. Innymi słowy, odmienne od normy określenie parametrów jest dopuszczalne, jeżeli zachowanie parametrów wymaganych przez zamawiającego nie będzie powodować niemożliwości zachowania parametrów określonych normą." W tym przypadku nie mamy takiej sytuacji.

Powyższa argumentacja jest zgodna z orzecznictwem Izby. Zgodnie z Uchwałą Izby z dnia 7 stycznia 2020 r. wydaną pod sygn. akt: KIO/KD 78/19 w myśl której *„2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.(…) W zakresie opisu przedmiotu zamówienia można wskazać także na regulacje art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych: (…) 4. Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.(…) 6. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1-3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych.*

Poprzez brak odwołania się do norm zawartych w Regulaminie oraz Dyrektywie 2007/46/WE, w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający doprowadził do tego, że dopuszczalne jest świadczenie usług pojazdami w których parametry takie jak: szerokość przejścia, szerokość foteli, wymiary i dostępność miejsca przeznaczonego na wózki dla niepełnosprawnych, dostępność miejsc dla osób o ograniczonej możliwości ruchowej, ilość oraz szerokość i dostępność wyjść ewakuacyjnych, a także wiele innych nie będą spełniały norm europejskich i międzynarodowych.

Postępowanie Zamawiającego jest zatem, w sposób rażący sprzeczne z art. 30 Ustawy PZP w myśl którego zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwymi normami.

Ad zarzut nr 3.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1, 2 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i pozostawiający zbyt dużą swobodę do interpretacji, oraz utrudniający uczciwą konkurencję, i opisanie warunków technicznych pojazdów

przez Zamawiającego w. Załączniku nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ w ten sposób, że dopuszczalne będzie świadczenie usług pojazdami nie spełniającymi europejskich wymogów bezpieczeństwa i ekologii, ponieważ Zamawiający nie ustalił w wymogach opisujących pojazdy, że mają to być pojazdy nowe zgodnie z definicją legalną z art. 2 pkt 62 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U.2020.110 t.j. z dnia 2020.01.24) czyli które nie były wcześniej zarejestrowane.

Obecne zapisy SIWZ pozwalają na świadczenie usług pojazdami wyprodukowanymi w roku 2020 roku, ale dopuszczają pojazdy używane, w tym uprzednio zarejestrowane poza granicami państw członkowskich EOG dzięki czemu istnieje możliwość świadczenia usług pojazdami wyprodukowanymi w 2020, ale nie spełniającymi europejskich wymogów bezpieczeństwa i ekologii.

Wymóg świadczenia usług pojazdami nowymi nie będzie prowadziło do zawężenia kręgu wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia, ponieważ skoro Zamawiający wymaga pojazdów z 2020 roku to i tak zostaną one wyprodukowane na zamówienie w celu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Ustalenie wymogu że mają to być pojazdy nowe zgodnie z definicją legalną z art. 2 pkt 62 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym zapobiegnie możliwości świadczenia usług pojazdami które nie spełniają norm bezpieczeństwa.

Ad zarzut nr 4.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1, 2 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] oraz art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi normami, oraz utrudniający uczciwą konkurencję, tj. opisanie warunków technicznych autobusów przez Zamawiającego w § 2 ust. 1. Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ, poprzez określenie, że jednostki napędowe mają spełniać minimum normę EURO – 6, pomimo tego, że w świetle Rozporządzenia Komisji (UE) 2017/1347 z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie sprostowania dyrektywy 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, rozporządzenia Komisji (UE) nr 582/2011 oraz rozporządzenia Komisji (UE) 2017/1151 uzupełniającego rozporządzenie (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących

z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6) oraz w sprawie dostępu do informacji dotyczących naprawy i utrzymania pojazdów, zmieniającego dyrektywę 2007/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, rozporządzenie Komisji (WE) nr 692/2008 i rozporządzenie Komisji (UE) nr 1230/2012 oraz uchylającego rozporządzenie (WE) nr 692/2008 nie spełnia ona już europejskich wymogów ekologii.

Nie ulega wątpliwości, że przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia zamawiający powinien, w pierwszej kolejności, kierować się art. 29 ust. 1 Pzp wskazującym, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli przedmiot zamówienia jest tego rodzaju, iż można do jego opisu zastosować wymagania określone w art. 30 - powinien również uwzględniać cechy techniczne i jakościowe przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane.

Kwestia nieaktualności normy Euro 6 oraz ww. Rozporządzenia Komisji była już przedmiotem orzecznictwa Izby. W świetle wyroku KIO z dnia 2019-08-23, o syg. akt KIO 1508/19 *„Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że poziom AG będzie obowiązywał tylko do dnia 31 sierpnia 2019 r. oraz, że ten poziom emisji Euro 6 będzie nieaktualny w dacie odbioru zamówionych pojazdów. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący uznał, że Zamawiającemu chodziło o wymagania wynikające z Rozporządzenia Komisji (UE) 2018/1832 z dnia 5 listopada 2018 r. zmieniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/46/WE, Rozporządzenie Komisji (WE) nr 692/2008 i Rozporządzenie Komisji (UE) 2017/1151 w celu udoskonalenia badań i procedur homologacji typu w odniesieniu do lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych, w tym badań i procedur dotyczących zgodności eksploatacyjnej i emisji zanieczyszczeń w rzeczywistych warunkach jazdy, a także wprowadzenia urządzeń służących do monitorowania zużycia paliwa i energii elektrycznej. Na mocy jego postanowień nowe pojazdy rejestrowane od 1 września 2019 r. powinny spełniać normy emisji "Euro 6dTEMP- EVAP-ISC" oraz normy układu OBD "Euro 6-2". W rezultacie samochody zgodne z Euro 6d- TEMP-EVAP-lSC posiadać będą oznaczenie Euro 6DG i muszą być wyposażone w system EVAP (system pochłaniania oparów ze zbiornika paliwa mający na celu redukcję emisji oparów ze zbiornika do otoczenia). Nie można jednak było utożsamiać normy "Euro 6d- TEMP-EVAP-ISC" z opisaną w SIWZ "normą emisji spalin Euro 6".*

Norma emisji spalin Euro 6, obowiązywała do 2014 roku.

Ad zarzut nr 5

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję poprzez określenie wymogu minimalnej łącznej pojemności autobusu bez ustalenia zasad obliczenia liczby miejsc stojących (*vide:* Rozdział III SIWZ ust. 3 oraz § 1 ust. 6 Załącznika nr 3 pn. Wymagania dotyczące taboru jego obsługi (Pakiet 1 i 2) do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ (Pakiet 1 i 2).

Zamawiający jest zobowiązany do wyczerpującego opisu przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Naruszeniem tych przepisów jest nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający złożenie oferty, polegające w szczególności na wprowadzeniu postanowień uniemożliwiających wykonawcy kalkulację ryzyka oraz prawidłowe sporządzenie oferty.

Powyższe jest zgodne z orzecznictwem Izby. W świetle wyroku KIO z 6.06.2018 r., o sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18. *„Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie”*

W podobny sposób wypowiedziała się Izba w wyroku KIO z 8.04.2016 r., KIO 437/16, w myśl którego *„Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29–31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo”*

Wobec powyższego, Zamawiający nie podołał obowiązkowi wyczerpującego opisu przedmiot zamówienia we wskazanym wyżej zakresie.

Ad zarzut nr 6.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i naruszający zasady współżycia społecznego w sposób nadużywający pozycji dominującej Zamawiającego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i prowadzi do braku zabezpieczenia uzasadnionych interesów wykonawcy poprzez ustalenie, że łączne zmniejszenie ilości wzkm nie może przekroczyć 20% a zwiększenie 10% ogólnej liczby wzkm, zaplanowanych do wykonania w ramach zamówienia i dopuszczenie w takim zakresie do zmiany umowy zgodnie z § 2 ust. i 1.8 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWIZ.

Możliwość zmiany dokładnego zakresu przedmiotu zamówienia jest dopuszczalne ale w pewnych ramach.
Dopuszczenie zmniejszenia przedmiotu zamówienia aż o 20 % przy jednoczesnym pozostawieniu warunków technicznych godzi w interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i utrudnia konkurencję.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.02.2019 r., o sygn. akt KIO 51/19*: „Zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, który można obiektywnie uznać za precyzyjny, jasny i klarowny, pozwalający potencjalnemu kręgowi wykonawców na rzeczywistą i miarodajną ocenę swoich możliwości podołania wymaganiom stawianym przez zamawiającego."*
W tym miejscu Odwołujący podnosi, że art. 29 ust. 2 Ustawy PZP posługuje się sformułowaniem «mógłby utrudniać uczciwą konkurencję». Takie sformułowanie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia (pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia) nie doszło lub nie może dojść, przerzucony zostaje wówczas na zamawiającego

Ad zarzut nr 7

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art. 353[1] w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 5 i 28 RODO poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niekorespondujący z celami zamówienia i sprzeczny z zasadami przetwarzania danych osobowych poprzez zobowiązanie wybranego wykonawcę do:
a) bycia Administratorem danych z monitoringu w autobusach;
b) zawarcia umowy powierzenia danych osobowych bez przedstawienia wzoru takiej umowy i jej istotnych elementów;
c) udostępnianiu Zamawiającemu obrazu z monitoringu bez żadnej kontroli ze strony wykonawcy.

Zgodnie z motywem 39 RODO, konkretne cele przetwarzania danych osobowych powinny być wyraźne, uzasadnione i określone w momencie ich zbierania. Dane osobowe powinny być adekwatne, stosowne i ograniczone do tego, co niezbędne do celów, dla których są one przetwarzane. **Wymaga to w szczególności zapewnienia ograniczenia okresu przechowywania danych do ścisłego minimum. Dane osobowe powinny być przetwarzane tylko w przypadkach, gdy celu przetwarzania nie można w rozsądny sposób osiągnąć innymi sposobami.**

W dokumentacji przetargowej nie ma wskazanych celów jakiem miało by służyć przetwarzanie danych przez Odwołującego oraz zakresu tego przetwarzania. To Zamawiający powinien być Administratorem danych osobowych, ponieważ, przetwarzanie tych danych ma służyć realizacjom jego celów.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę rodzaj usług objętych Postępowaniem, zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych również jest całkowicie zbędne i nieuzasadnione.

W myśl art. 5 ust. 1 lit. b i c dane osobowe muszą być:
- zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami;
- adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane (tzw. "minimalizacja danych").

Odwołujący domaga się zatem wykreślenia z SIWZ obowiązku zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych oraz zapisu o udostępnianiu Zamawiającemu obrazu z

monitoringu bez żadnej kontroli ze strony wykonawcy. Żadne z postanowień SIWZ ani innych dokumentów sporządzonych w postępowaniu nie wskazuje, czy i w jakim zakresie Zamawiający będzie powierzał wykonawcy przetwarzanie danych osobowych. Żaden z dokumentów nie wskazuje nadto rodzaju danych osobowych, które mają zostać powierzone oraz kategorii osób, których dane mają zostać powierzone. Zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych będzie całkowicie zbędne i nieuzasadnione.

Warto dodać, że zgodnie z art. 28 ust. 1 RODO, jeżeli przetwarzanie ma być dokonywane w imieniu administratora, korzysta on wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi niniejszego rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Zamawiający nie określił, że dysponuje jakimikolwiek środkami zabezpieczającymi dane wobec tego tym bardzie należy wykreślić zapis o udostępnianiu Zamawiającemu obrazu z monitoringu bez żadnej kontroli ze strony wykonawcy.

Powyższa argumentacja jest zgodna z orzecznictwem Izby. W myśl wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-11-22, KIO 2228/19, KIO 2249/19 *„Jak wynikało z art. 5 RODO, powierzenie przetwarzania danych osobowych powinno nastąpić w sposób minimalny, adekwatny, stosowny i ograniczony co celów ich przetwarzania. Skoro takich celów nie można uchwycić na gruncie analizowanej SIWZ, to sporne postanowienia SIWZ - jako nieznajdujące uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego - należało uznać z utrudniające uczciwą konkurencję i wprowadzające nadmierne ograniczenia dla wykonawców, a przez to sprzeczne z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba uznała zarzuty za zasadne. (…)* ***Izba stwierdziła, że rzeczywiście z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, aby zamawiający zamierzał powierzać wykonawcy przetwarzanie jakichkolwiek danych osobowych. Nie określono bowiem w SIWZ żadnego obowiązku, z którego wykonywaniem takie powierzanie przetwarzania miałoby się łączyć.(..)*** *„Jak słusznie wskazał odwołujący FBSerwis, zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1 b) i c) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z dnia 27 kwietnia 2016 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 119, str. 1) (dalej zwanego "RODO"), Dane osobowe muszą być: b) zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami; dalsze przetwarzanie do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych nie jest uznawane w myśl art. 89 ust. 1 za niezgodne z pierwotnymi celami ("ograniczenie celu");*

c) adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane ("minimalizacja danych").”

Wobec czego Zamawiający naruszył wskazane wyżej przepisy.

Signature Not Verified
Dokument podpisany przez Michał Szczodry
Data: 2020.04.02 18:15:30 CEST

Załączniki:

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