Sygn. akt: KIO 521/19

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 roku przez wykonawcę Nextbike Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu
w Olsztynie

orzeka

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
1.1zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (opisanego w pkt II ppkt 1 uzasadnienia odwołania), braku określenia parametrów rejestracji dedykowanego układu elektronicznego wskazanego
w rozdz. III pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 3 do SWIZ, który został przez Zamawiającego uwzględniany,
1.2zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (opisanego w pkt II ppkt 3 uzasadnienia odwołania) braku określenia czy ustawienie Stacji Postoju/Totemów Informacyjnych w poszczególnych lokalizacjach wytypowanych przez Zamawiającego wymaga pozyskania zgód: plastyka miejskiego/konserwatora zabytków, zgody na zajęcie terenu oraz zgody na zajęcie pasa drogowego (jeżeli dana Stacja Postoju znajdować się będzie
w pasie drogowym), który został przez Zamawiającego uwzględniany,
1.3zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (opisanego w pkt V uzasadnienia odwołania) przez określenie wymagań dla urządzenia zabezpieczającego rower w rozdz. III pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 3 do SWIZ - postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie zarzutu odwołania przez Zamawiającego.
2.Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu dokonać zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następujący sposób:
–w rozdz. IV SIWZ:*okres realizacji zamówienia: 6 miesięcy, przy czym termin rozpoczęcia: … (min. 40 max 90 dni) dni od podpisania umowy,*
–w Załączniku nr 4 do SWIZ § 4 ust. 1 pkt 10 - *uruchomienie powinno nastąpić w terminie … (min. 40 – max. 90 dni) od dnia zawarcia Umowy i winno być poprzedzone potwierdzeniem przez Zamawiającego prawidłowości działania ORM i gotowości Wykonawcy do uruchomienia,*
–w rozdz. IV SIWZ kryterium -*Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy (min. 40 dni – max 90 dni).*
Nakazuje dokonać odpowiednich zmian postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do termin rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy w następujący sposób: *(min. 40 dni – max 90 dni).*
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.
3.Kosztami postępowania obciążą Zamawiającego Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie i:
3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Nextbike Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
3.2zasądza od Zamawiającego Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie na rzecz wykonawcy Nextbike Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1896 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 251/19

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Zarząd Dróg, Zieleni i transportu w Olsztynie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Usługa polegająca na dostawie, uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej obsłudze systemu Olsztyńskiego Roweru Miejskiego”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 marca 2019 roku pod numerem 527648-N-2019.

W dniu 25 marca 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") w Postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1)art. 29 ust. 1 ustawy przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych
i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty;
2)art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
3)art. 3531 i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) (dalej: „kc”) w związku z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w

zakresie terminu realizacji zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, z zasadą równości, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem;

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

Odwołujący wniósł o: (1) uwzględnienie odwołania i (2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWIZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Szkoda ta wynika z faktu, iż kwestionowane postanowienia SIWZ, w tym nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania.

Odwołujący wskazał również orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 1519/15 argumentując, żew orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na etapie wnoszenia odwołań wobec treści SIWZ przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy należy rozumieć szeroko.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I. Odwołujący wskazał, że art. 29 ust. 1 ustawy zobowiązuje Zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego Zamawiający oczekuje. Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia przez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015, KIO 897/15).

Opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) w Postępowaniu został, w ocenie Odwołującego, dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy, ponieważ nie określa szeregu istotnych elementów. Jednocześnie OPZ jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny co powoduje, że nie jest możliwe zdefiniowanie wymagań Zamawiającego. Celem regulacji art. 29 ust. 1 jest zapobiegnięcie przypadkom, w których wykonawcy byliby wprowadzani w błąd co do przedmiotu zamówienia przez niejasne, niejednoznaczne i niepełne wytyczne wskazane przez Zamawiającego. Obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w art. 29 ust. 1 ustawy oznacza, że z opisu przedmiotu zamówienia musi wynikać dokładny zakres zamówienia oraz warunki jego realizacji. Opis przedmiotu zamówienia ma zapewnić, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować co jest jego przedmiotem oraz pozwolić na przygotowanie oferty i obliczenie ceny wykonania świadczenia. Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp (tak w Kontrola Urząd Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2015, KD/16/15).

Ustawa zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a który jest zakazany w myśl art. 29 ust. 2 ustawy. Aby zasada dotycząca opisu przedmiotu zamówienia wypływająca z art. 29 ust. 2 ustawy mogła zostać zrealizowana Zamawiający powinien podczas dokonywania tego opisu wskazać tylko te jego cechy, które mają dla niego znaczenie kluczowe i istotnie są uzasadnione celem prowadzonego postępowania. Swoboda Zamawiającego w precyzowaniu swoich wymagań ograniczona jest bowiem w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interesy Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej zaś nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć więc na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06).

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, 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 ustawy posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" oznacza to, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym (wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r., KIO 1630/12).

Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany w ocenie Odwołującego z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy, dobrane przez Zamawiającego zestawienia parametrów preferują konkretnego wykonawcę, a przy tym nie są obiektywnie uzasadnione. Powyższe uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty przez Odwołującego i innych producentów /dostawców. Odwołujący podkreślił, 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.

II. Brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia

1.Zamawiający sporządził załącznik nr 3 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ") w niektórych elementach w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań, które mają wpływ na sporządzenie oferty:

1)brak określenia parametrów rejestracji dedykowanego układu elektronicznego wskazanego w rozdz. III pkt 4 OPZ. We wskazanym postanowieniu Zamawiający wymaga: „Urządzenie wyposażone w dedykowany układ elektroniczny pozwalający w przypadku braku dostępu do sieci Internet na rejestracje parametrów opisanych w ust. 13 i przesyłanie ich do platformy operatora po uzyskaniu dostępu do sieci Internet".

Zamawiający nie wskazał z jaką częstotliwością i w jakim okresie czasu te parametry mają być rejestrowane, w przypadku braku dostępu do sieci Internet. Informacja taka jest niezbędna, aby przygotować dedykowane komponenty jak np. pamięć wewnętrzną zapisującą oczekiwane dane o określonej wielkości.

Niezależnie od powyższych uwag, Odwołujący kwestionował to wymaganie co do zasady jako zbędne i bezpodstawne (w odrębnym zarzucie), a niniejszy zarzut postawiony został jak wskazał Odwołujący z ostrożności;

2)brak zdefiniowania pojęć „tryb uśpienia", „tryb wznowienia pracy". Zamawiający w rozdz. III pkt 12 przewidział następujące wymaganie: „Konfigurowalne tryby pracy układu elektronicznego (tryb uśpienia, tryb wznowienia pracy)".

Powyższe wymaganie jest nieprecyzyjne i nie wiadomo jak je rozumieć, co spełni wymagania Zamawiającego. Nie wiadomo na czym te tryby mają polegać, w tym kiedy i w jakich okolicznościach mają być zastosowane, jak długo mają trwać.

Niezależnie od powyższych uwag, Odwołujący kwestionuje to wymaganie co do zasady jako zbędne i bezpodstawne (w odrębnym zarzucie), a niniejszy zarzut postawiony został jak wskazał Odwołujący z ostrożności;

3)brak określenia czy ustawienie Stacji Postoju/Totemów Informacyjnych w poszczególnych lokalizacjach wytypowanych przez Zamawiającego wymaga pozyskania zgód: plastyka miejskiego/konserwatora zabytków, zgody na zajęcie terenu oraz zgody na zajęcie pasa drogowego (jeżeli dana Stacja Postoju znajdować się będzie w pasie drogowym).

Powyższe informacje mają bardzo istotne znaczenie dla ustalenia dokładnego zakresu obowiązków, które będą obciążać wykonawcę oraz będą mieć bezpośredni wpływ na terminy realizacji zamówienia;

4)brak definicji czasu rzeczywistego w wymaganiach dla strony internetowej i określenia czasu opóźnienia. Zamawiający w rozdz. VII lit. g) tiret 8 przewidział następujące wymaganie: „mapa systemu (identyczna jak w aplikacji mobilnej) pokazująca rozmieszczenie dostępnych rowerów każdego rodzaju (z możliwością filtrowania poszczególnych rodzajów rowerów – np. wyposażonych w fotelik), w czasie rzeczywistym, opcjonalnie wskazująca trasę dojścia pieszo do wybranego roweru".

Wykonawca nie ma wpływu na prędkość transmisji danych. System roweru publicznego oparty jest o rozproszoną liczbę rowerów. Każda z nich generuje transfer danych, którego prędkość jest uzależniona od jakości usługi dostarczanej przez operatora telekomunikacyjnego, na co Wykonawca nie ma wpływu. Jakość usług dostarczanych przez obecnych na rynku operatorów telekomunikacyjnych jest niestabilna w czasie (możliwe opóźnienia w transferze danych w trakcie dnia) i obszarze (różna prędkość w różnych obszarach miasta). Powyższe powoduje, iż prędkość transmisji danych w różnych okresach i w różnych miejscach może osiągać różne wartości. Z tego powodu wnioskujemy o dopuszczenie maksymalnego czasu opóźnienia do 3 minut. Wnioskowane opóźnienie jest niezauważalne dla użytkowników i nie przeszkadza w komfortowym korzystaniu z systemu.

Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty. Ponadto wymagania te ograniczają konkurencję.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ przez:

ad 1) określenie w rozdz. III pkt 4 OPZ kompletnego opisu wymaganej funkcji, w tym określenie z jaką częstotliwością mają być rejestrowane parametry oraz określenie okresu czasu przez jaki te informacje mają być przechowywane;

ad 2) zawarcie w rozdz. III pkt 12 OPZ kompletnego opisu wymaganej funkcji, w tym określenie czym polega „tryb uśpienia" oraz „tryb wznowienia pracy", kiedy i w jakich okolicznościach mają być zastosowane, jak długo mają trwać;

ad 3) uzupełnienie OPZ przez podanie przy każdej z lokalizacji wskazanych w rozdz. XIII OPZ precyzyjnych informacji na temat konieczności pozyskania zgody: plastyka miejskiego/konserwatora zabytków, zgody na zajęcie terenu oraz zgody na zajęcie pasa drogowego (jeżeli dana Stacja Postoju znajdować się będzie w pasie drogowym);

ad 4) doprecyzowanie w rozdz. VII lit. g) wymagania w tiret 8 przez nadanie mu brzmienia: „mapa systemu (identyczna jak w aplikacji mobilnej) pokazująca rozmieszczenie dostępnych rowerów każdego rodzaju (z możliwością filtrowania poszczególnych rodzajów rowerów – np. wyposażonych w fotelik), w czasie rzeczywistym – dopuszczalne opóźnienie do 3 minut, opcjonalnie wskazująca trasę dojścia pieszo do wybranego roweru"

III. OPZ – zasilanie urządzenia zabezpieczającego rower z dynama

1. Zamawiający w OPZ postawił następujące wymagania: 1) rozdz. II (wymagania dla roweru) pkt 15: „Prądnica (dynamo) przednie z opcją ładowania baterii urządzenia zabezpieczającego rower oraz na potrzeby oświetlenia"; 2) rozdz. III (wymagania dla urządzenia zabezpieczającego rower) pkt 3: „Urządzenie zasilane z prądnicy roweru lub z wbudowanego akumulatora ładowanego z prądnicy roweru".

2. Zamawiający opisując system zasilania urządzenia zabezpieczającego roweru wskazał na funkcjonowanie dwóch rozwiązań tj. ładowania baterii urządzenia z dynama roweru lub z wbudowanego akumulatora ładowanego z prądnicy roweru. Biorąc pod uwagę efektywność prądnic o mocy 3W stosowanych w rowerach w połączeniu z odbiornikami prądu zainstalowanymi na rowerze w postaci stale działających świateł, możliwość równoczesnego doładowywania baterii jest niemożliwa. Stosowana w prądnicach moc jest dostosowana do sprawnego funkcjonowania oświetlenia, wyposażonego także w funkcję podtrzymania po zakończeniu jazdy lub w trakcie postoju, np. na skrzyżowaniu. Obniżenie mocy oświetlenia roweru do poziomu

pozwalającego na ładowanie odbije się na efektywności działania oświetlenia, co jest niedopuszczalne.
3. Przyjmując, że rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego zostanie zastosowane,
to poziom doładowywania baterii z punktu widzenia jej pracy będzie pomijalny. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dodanie do instalacji elektrycznej dodatkowego odbiornika prądu stanowi kolejny punkt, który może ulec awarii wpływając jednocześnie na efektywność działania oświetlenia. Mając na uwadze fakt, że rower znajduje się nie tylko w ruchu,
ale część czasu oczekuje na wypożyczenie w różnych warunkach atmosferycznych, często także przy obniżonych temperaturach (w tym czasie nie ma możliwości doładowywania baterii z dynama) ważniejszą z punktu widzenia użytkownika i sprawności sprzętu jest informowanie w systemie o stanie naładowania baterii (takiej informacji zresztą Zamawiający oczekuje). Informacja taka pozwala na podjęcie wyprzedzających działań serwisowych
w celu zapewnienia pełnej sprawności blokady.
4. Nie ma żadnych przeciwwskazań, aby bateria urządzenia zabezpieczającego rower
była ładowana w trakcie czynności serwisowych, które przecież wykonuje wykonawca
a nie Zamawiający.
5. Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.
6. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany w załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ:
1) rozdz. II (wymagania dla roweru) pkt 15: „Prądnica (dynamo) przednie na potrzeby oświetlenia";
2) rozdz. III (wymagania dla urządzenia zabezpieczającego rower) pkt 3: „Urządzenie zasilane z akumulatora".
IV. OPZ – przewody instalacji elektrycznej.
1. Zamawiający w OPZ postawił następujące wymaganie: -rozdz. II (wymagania dla roweru) pkt 17: „Kable poprowadzone w sposób uniemożliwiający ich przerwanie".
Konstrukcja prądnicy, jak i oświetlenia stosowanego w rowerach wymaga fizycznego doprowadzenia zasilania. Zarówno gniazdo prądnicy, jak i gniazda lampek przedniej i tylnej wymagają, aby podłączyć do nich przewód elektryczny. Wykonawca bazując
na doświadczeniu w prowadzeniu systemów rowerów miejskich stosuje rozwiązania polegające na wprowadzaniu przewodów do ramy lub w zabudowanej konstrukcji osłon tylnego koła, nie można jednak uniknąć krótkich odcinków, na których przewód będzie musiał zostać wyprowadzony z konstrukcji roweru i podpięty do odbiornika, czy też prądnicy. Stosowane rozwiązania zapewniają sprawne działanie instalacji i są odporne na przerwanie spowodowane standardowym użytkowaniem roweru, lecz nie są w stanie uniemożliwić uszkodzenia w przypadku celowego działania. Można zastosować rozwiązania, które utrudnią przerwanie instalacji, lecz nie ma rozwiązania uniemożliwiającego taką czynność.
W zasadzie przy celowym działaniu nawet instalacja schowana w ramie roweru może zostać uszkodzona. W świetle obecnej treści wskazanego wymagania, także celowe uszkodzenie instalacji elektrycznej roweru będzie skutkowało jego niespełnieniem, co jest wymaganiem nieakceptowalnym i nadmiernym.
2. Dodatkowym rozwiązaniem mogącym ograniczyć przypadki uszkodzenia może być zastosowanie dodatkowego pancerza na instalacji zasilającej oświetlenie, jednak efektem takiego działania będzie jedynie zwiększenie trudności, a nie całkowite uniemożliwienie uszkodzenia. Istnieje owszem możliwość zastosowania lamp indukcyjnych, tak aby nie było potrzeby poprowadzenia instalacji elektrycznej, aczkolwiek Zamawiający w rozdziale
II (wymagania dla roweru) pkt 15 OPZ wskazał, że prądnica (dynamo) ma służyć na potrzeby oświetlenia – a przy oświetleniu indukcyjnym jest ona zbędna. Zatem zachodzi konieczność choćby częściowego poprowadzenia instalacji elektrycznej -od prądnicy dalej w ramę roweru – poza ramą, a więc z narażeniem na uszkodzenie.
3. Z ostrożności, Odwołujący podniósł, że jeśli jakikolwiek podmiot posiada rozwiązanie wyspecyfikowane przez Zamawiającego, to wymaganie to narusza uczciwą konkurencję, ponieważ na rynku, wedle wiedzy Odwołującego, takie rozwiązanie nie istnieje, więc może
to być jedynie autorskie rozwiązanie pojedynczego wykonawcy.
4. Właściwszym rozwiązaniem jest posługiwanie się pojęciem „przewodów elektrycznych" zamiast „kabli", ponieważ słowo „kabel" oznacza zgodnie ze słownikiem języka polskiego (https://sjp.pwn.pl/sjp/kabel;2468502.html): «gruby przewód utworzony ze splotu drutów metalowych, wzajemnie izolowanych», a takie elementy nie występują w zamówieniu.
5. Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.
6. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany
w załączniku nr 3 do SIWZ -OPZ: - rozdz. II (wymagania dla roweru) pkt 17: „Przewody instalacji elektrycznej poprowadzone w sposób utrudniający ich przerwanie".
V. OPZ – rowery
1. Zamawiający w OPZ postawił następujące wymagania: -rozdz. III pkt 4:„Urządzenie wyposażone w dedykowany układ elektroniczny pozwalający w przypadku braku dostępu
do sieci Internet na rejestracje parametrów opisanych w ust. 13 i przesyłanie ich do platformy operatora po uzyskaniu dostępu do sieci Internet".
Odwołujący wskazał, że komunikacja z systemem będzie możliwa dopiero po odzyskaniu dostępu do sieci Internet przekazywanie danych z okresu, w którym urządzenie zabezpieczające rower nie miało dostępu do sieci jest bezcelowe. Po pierwsze pozycja roweru mogła ulec zmianie (a i tak przesyłana jest za pomocą GPS), ze względu na upływ czasu zmniejszył się stan naładowania baterii, bez znaczenia pozostanie informacja o stanie działania oświetlenia w przeszłości. Są to dane historyczne.
Podobnie w przypadku prób nieuprawnionego użycia roweru, jeżeli próba powiodła się to, aby wykorzystać rower sprawca musiałby zniszczyć blokadę, a jeżeli użył do wypożyczenia roweru przejętych bezprawnie danych (np. karty RFID lub telefonu z aplikacją) to system nie będzie w stanie określić, że doszło do nieuprawnionego użycia roweru.
2. Odwołujący podał, że tego typu wymagań w postępowaniach na systemy roweru publicznego dotychczas nie stosowano u innych Zamawiających. Odwołujący nie stosował takich rozwiązań w systemach roweru publicznego, które dostarczał do kilkudziesięciu miast w Polsce, a systemy te prawidłowo funkcjonowały. Wymaganie to nie ma żadnego uzasadnienia, zwłaszcza, że Zamawiający nie nabywa własności systemu, który zostanie dostarczony. Całość obowiązków i ryzyk związanych z prawidłowym funkcjonowaniem systemu spoczywa na wykonawcy, który pozyska zamówienie.
3. Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.
4. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w rozdziale III (wymagania dla urządzenia zabezpieczającego rower) OPZ przez wykreślenie pkt 4.
VI. OPZ – oświetlenie, tryby powiadamiania

1. Zamawiający w OPZ postawił następujące wymaganie:
   1)rozdz. III pkt 10: „Układ elektroniczny ma zapewniać sterowanie oświetleniem roweru (tryb automatyczny, tryb powiadamiania). Tryb automatyczny oznacza tryb, w którym oświetlenie włączane jest automatycznie po rozpoczęciu przejazdu, przy czym dopuszcza się włączanie oświetlenia tylko po zmroku. Tryb powiadamiania oznacza możliwość wysyłania do platformy operatora powiadomień dotyczących poprawności działania oświetlenia";
   2)rozdz. III pkt 13 tiret trzeci: „Oprogramowanie sterujące pozwalające na przesyłanie następujących parametrów: poprawność działania oświetlenia".

Wskazane powyżej wymaganie wskazuje na rower firmy Roovee. Tylko rower tego producenta spełnia powyższe wymagania, są to rozwiązania charakterystyczne dla tego roweru. Inni wykonawcy nie stosują takich rozwiązań. Są to rozwiązania, które w bardzo istotny sposób ograniczają, o ile nie wyłącza w ogóle konkurencji w Postępowaniu. Tego typu wymagań w postępowaniach na systemy roweru publicznego dotychczas nie stosowano u innych Zamawiających (oprócz postępowania w Olsztynie). Ma to zresztą swoje zarówno funkcjonalne, jak i ekonomiczne uzasadnienie.
Odwołujący nie stosował takich rozwiązań w systemach roweru publicznego, które dostarczał do kilkudziesięciu miast w Polsce, a systemy te prawidłowo funkcjonowały. Wymagania te są zdecydowanie nadmierne. Każdy rower regularnie w ramach serwisu jest badany pod kątem prawidłowości działania oświetlenia.
2. Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.
3. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w rozdz. III OPZ przez:
   1)wykreślenie w pkt 10 zdania o treści: „Tryb powiadamiania oznacza możliwość wysyłania do platformy operatora powiadomień dotyczących poprawności działania oświetlenia";
   2)2) wykreślenie w pkt 13 tiretu trzeciego o treści: „poprawność działania oświetlenia".

VII. OPZ – tryb pracy układu elektrycznego
1. Zamawiający w OPZ postawił następujące wymaganie: -rozdz. III pkt 12: „Konfigurowalne tryby pracy układu elektronicznego (tryb uśpienia, tryb wznowienia pracy)".
Zamawiający stawiając wskazane wymogi działa nieprecyzyjnie i niekonsekwentnie opisując zakres działania urządzenia zabezpieczającego. Z jednej strony Zamawiający stawia
w rozdz. III pkt 13 OPZ szereg wymogów w zakresie komunikacji urządzenia z systemem
w zakresie podawania m.in. -pozycji roweru, -poziomu naładowania baterii, -poprawności działania oświetlenia, -nieuprawnionych prób użycia roweru, oczekuje jednocześnie, aby urządzenie sprawnie działało w szerokim zakresie temperatur nawet do -30 stopni Celsjusza (rozdz. III pkt 15 OPZ). Z drugiej strony wymaga zapewnienia uśpienia jakichś funkcji urządzenia w przypadku wystąpienia niskich temperatur. Biorąc pod uwagę powyższy wymóg minimalnej temperatury działania urządzenia należy założyć, że sytuacja występowania trybu uśpienia powinna mieć miejsce w przypadku temperatury przekraczającej granicę -30 stopni. Analizując warunki klimatyczne panujące w Polsce rekordy zimna przekraczające granicę -30 stopni przypadały w miesiącach od grudnia
do lutego, czyli w okresie, w których Zamawiający nie zakłada funkcjonowania systemu
lub dopuszcza jego działanie w przypadku sprzyjających warunków atmosferycznych. Z tego względu wskazane powyżej wymaganie są nieuzasadnione.
2. Zamawiający postawił przedmiotowe wymagania, które co do zasady mają na celu optymalizację zużycia energii elektrycznej. Zamawiający nie wziął jednak pod uwagę,
że efektywność działania danego rozwiązania zależy nie tyle od wprowadzania trybów uśpienia, co od zapotrzebowania na energię elektryczną danego urządzenia
i pojemności/wydajności baterii. To, że dane urządzenie posiada takie tryby nie oznacza,
że będzie pracować dłużej, wydajniej czy efektywniej, jeśli jednocześnie cechuje się większym zapotrzebowaniem na energię elektryczną, a dodatkowo wyposażone jest w mniej pojemną baterię.
Zamawiający wymaga oszczędzania energii, a powinien, jeśli już ma regulować kwestię poboru energii postawić wymagania w zakresie zapotrzebowania urządzenia na energię. Tryb uśpienia tylko pozornie wskazuje na mniejsze zużycie energii przez urządzenie.
Cóż z tego, że urządzenie będzie posiadać tryby uśpienia, jeśli będzie zdecydowanie bardziej energochłonne, niż inne rozwiązania. W trybie uśpienia urządzenia zazwyczaj też zużywają energię. Jednym wymiernym efektem tego wymagania jest bezprawne ograniczenie konkurencji.
3. Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.
4. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w rozdz. III OPZ przez wykreślenie pkt 12.
VIII. OPZ – podsumowanie
1. Wskazane powyżej wymagania ograniczające konkurencję, w ocenie Odwołującego wskazują na rower firmy Roovee. Tylko rower tego producenta spełnia kwestionowane wymagania, są to rozwiązania charakterystyczne dla tego roweru. Inni wykonawcy
nie stosują takich rozwiązań. Są to rozwiązania, które same w sobie w bardzo istotny sposób ograniczają, o ile nie wyłącza w ogóle konkurencji w Postępowaniu. Należy też wskazać,
że tego typu wymagań w postępowaniach na systemy roweru publicznego dotychczas nie stosowano u innych Zamawiających (oprócz poprzedniego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego). W postępowaniu prowadzonym przez Miasto Nowy Dwór Mazowiecki na „Dostawę elementów składowych systemu rowerów miejskich oznaczonych dalej jako Nowodworski Rower Miejski (NRM)", znak sprawy: WPI.271.3.2019 postawiono identyczne lub bardzo podobne wymagania. Po wniesieniu odwołania na treść SIWZ
w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Nowy Dwór Mazowiecki, w którym zakwestionowano te parametry, tamten Zamawiający usunął je zupełnie.
2. Kwestionowane wymagania nie mają uzasadnienia, ponieważ Zamawiający nie nabywa własności systemu, który zostanie dostarczony. Całość obowiązków związanych
z prawidłowym funkcjonowaniem systemu spoczywa na wykonawcy, który pozyska zamówienie. Zatem ewentualne kwestie związane z ładowaniem akumulatora, utratą rowerów, ich uszkodzeniami i serwisem ponosi wykonawca, który te czynności powinien odpowiednio skalkulować. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie tych obowiązków jest obarczone sankcją w postaci kar umownych. Zatem Zamawiający w bezpodstawny,
a jednocześnie ograniczający konkurencję sposób ingeruje w wypracowane przez wykonawców i sprawdzone schematy realizacji zamówienia. Zamawiający nie ma takiej wiedzy na temat funkcjonowania systemu rowerowego, jak doświadczony wykonawca zarządzający systemami i nie powinien ingerować w dyskrecjonalne decyzje wykonawcy
co do szczegółów operacyjnych realizacji zamówienia. Zamawiający powinien weryfikować, czy jakość usługi

dostarczona użytkownikom systemu jest zgodna z jego oczekiwaniami,
a nie ingerować w sposób w jaki ten cel zostanie osiągnięty.
IX. OPZ – rowery używane
1. Zgodnie z rozdz. II pkt 21 OPZ: „Wszystkie rowery dostarczone w ramach zamówienia muszą być fabrycznie nowe lub używane, pod warunkiem, że będą to rowery sprawne
i spełniające wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia".
System zamawiany w Postępowaniu to system rowerowy 4 generacji. Dotychczas udzielono zaledwie kilku zamówień na rynku polskim na takie systemy i są to nowe zamówienia. Wszystkie te zamówienia, oprócz poprzedniego zamówienia udzielonego przez Zamawiającego -Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie na „Usługę polegającą
na dostawie, uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej obsłudze systemu olsztyńskiego roweru miejskiego", znak sprawy: NP.2521.15.2018 są w trakcie realizacji
i żaden inny wykonawca nie posiada używanych rowerów 4 generacji pozostałych
po realizacji jakiegokolwiek innego zamówienia – oprócz dotychczasowego wykonawcy poprzedniego zamówienia udzielonego przez Zamawiającego.
2. Sprzęt używany, już zamortyzowany lub częściowo zamortyzowany, oczywiście, pozwoli zmniejszyć koszty zamówienia i złożyć korzystniejszą od konkurencji ofertę. Jest to sytuacja bardzo korzystna dla dotychczasowego wykonawcy świadczącego usługi Zamawiającemu, bowiem nie dość, że dysponuje jako jedyny sprzętem spełniającym wymagania postawione przez Zamawiającego (o czym w uzasadnieniu zarzutów dotyczących ograniczenia konkurencji), to sprzęt ten przynajmniej częściowo jest zamortyzowany, co wyklucza jakąkolwiek walkę konkurencyjną. Aktualnie, Zamawiający przyjął strategię udzielania zamówień na okres niespełna jednego sezonu rowerowego – w każdym roku oddzielnie, dopuszczając możliwość zaoferowania usługi opartej na używanych rowerach. To powoduje, że przez 2-3 kolejne lata w każdym postępowaniu u Zamawiającego będzie preferowany dotychczasowy wykonawca. Udzielanie zamówień na tak krótki czas jest bardzo rzadko spotykane i występuje przy tzw. pilotażach, czyli wstępnych, pierwszych uruchomieniach małych systemów w danym mieście. Jednakże Zamawiający etap pilotażu ma już za sobą. Po pilotażach udzielane są docelowe zamówienia na okres 3-4 lat, gdzie wymagany jest sprzęt nowy. Taki sposób udzielania zamówień polegający na dzieleniu zamówienia
na krótsze okresy i zakupywaniu używanych rowerów, których na rynku nie posiada żaden wykonawca – oprócz jednego jest bardzo niebezpieczną praktyką dla systemu zamówień publicznych, ponieważ stanowi jawne naruszenie zasady uczciwej konkurencji.
3. Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.
4. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w rozdziale rozdz. II pkt 21 OPZ przez nadanie mu brzmienia: „Wszystkie rowery dostarczone w ramach zamówienia muszą być fabrycznie".
X. Termin realizacji
1. Zamawiający ustalił następujący termin realizacji zamówienia (rozdz. IV SIWZ, w § 4 ust. 1 pkt 10) -minimum 20, zaś maksymalnie 40 dni. Nawet termin 40 dniowy jest nierealny
i nie uwzględnia czasu niezbędnego na dokonanie szeregu czasochłonnych czynności
w celu realizacji zamówienia. Zamówienie to jest dedykowane dla dotychczasowego wykonawcy – który po zrealizowaniu poprzedniego zamówienia posiada już przynajmniej 140 z 200 wymaganych rowerów i to zamortyzowanych, co jest niezmiernie istotne, ponieważ Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rowerów używanych (rozdz. II pkt 21 OPZ). Ponadto, Wykonawca ten posiada wszystkie pozostałe wymagane elementy, w tym stronę internetową, aplikację mobilną oraz stacje postoju dedykowane dla tego systemu.
2. System zamawiany w Postępowaniu to system rowerowy 4 generacji. Dotychczas udzielono zaledwie kilku zamówień na rynku polskim na takie systemy i są to nowe zamówienia. Wszystkie te zamówienia, oprócz poprzedniego zamówienia udzielonego przez Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie na „Usługę polegającą na dostawie, uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej obsłudze systemu olsztyńskiego roweru miejskiego", znak sprawy: NP.2521.15.2018 są w trakcie realizacji i żaden inny wykonawca nie posiada używanych rowerów 4 generacji pozostałych po realizacji jakiegokolwiek innego zamówienia – oprócz dotychczasowego wykonawcy poprzedniego zamówienia udzielonego przez Zamawiającego, tj. Konsorcjum firm: Orange Polska S.A. – lider konsorcjum Aleje Jerozolimskie 160 02-326 Warszawa Roovee S.A. – członek konsorcjum Ul. Ryżowa 33A/7 02-495 Warszawa
3. Zamawiający poprzednie zamówienie na analogiczny przedmiot udzielił na okres niespełna jednego sezonu rowerowego – wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 15.06.2018r., a umowa miała być realizowana do dnia 2.12.2018r. W tamtym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta. Aktualnie, Zamawiający przyjął strategię udzielania zamówień na okres niespełna jednego sezonu rowerowego – w każdym roku oddzielnie, dopuszczając możliwość zaoferowania usługi opartej na używanych rowerach. Rowery
te dodatkowo zostały opisane w taki sposób, że postawione wymagania spełniają tylko rowery konkretnego producenta – użyte do realizacji poprzedniego zamówienia u tego Zamawiającego.
4. Konieczne jest wskazanie, że system w całości musi być dostarczony i gotowy
do uruchomienia wcześniej, niż termin realizacji zamówienia, wskazany w formularzu ofertowym, ponieważ zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy: „Wykonawca dostarczy rowery oraz wykona montaż urządzeń Stacji Postoju, po zatwierdzeniu przez Zamawiającego projektów i dokumentacji określonych w pkt 1-2, po uzyskaniu uzgodnień
i pozwoleń, o których mowa w pkt 3 oraz po uzyskaniu przez Wykonawcę wszelkich potrzebnych uzgodnień i pozwoleń związanych z uruchomieniem ORM: na co najmniej 5 dni przed przewidywanym terminem uruchomienia systemu". Czyli od zadeklarowanego
w ofercie terminu składania ofert należy odjąć co najmniej 5 dni. Zatem nawet jeśli wykonawca zadeklaruje 40 dniowy termin realizacji, to de facto ma 35 dni na dostawę kompletnego systemu, a w tym czasie musi przeprowadzić szereg czynności.
5. Zanim dojdzie do dostawy rowerów konieczne jest dochowanie opisanej w umowie procedury uzgodnień i zachowanie etapowości działań, gdzie dokonanie pewnych czynności jest uwarunkowane od zakończenia innych. Przed dostarczeniem rowerów wykonawca musi dostarczyć Zamawiającemu projekty rowerów, Stacji Postoju i Totemów Informacyjnych, Strony Internetowej, Aplikacji (§ 4 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy). Zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy „po otrzymaniu projektów, w terminie do 2 dni, Zamawiający dokonuje ich uzgodnienia lub w tym terminie zgłasza do projektów uwagi i zastrzeżenia. W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego uwag i zastrzeżeń, Wykonawca obowiązany jest
do dokonania wymaganych zmian i poprawek projektów […]". Dotychczasowy wykonawca posiada wszystkie te uzgodnienia, w tym znaczeniu, że elementy spełniające OPZ

w poprzednim postępowaniu spełniają także wymagania tego postępowania (są one prawie identyczne), więc wykonawca ten ma bardzo komfortową sytuację, ponieważ elementy systemu, które dostarczy uzyskały już uprzednio akceptację Zamawiającego, więc
nie ma podstaw, aby nie uzyskały jej po raz kolejny w błyskawicznym trybie. Tymczasem
nie można założyć, że w przypadku nowego wykonawcy nie będzie uwag – wręcz przeciwnie Zamawiający może mieć uwagi, ponieważ otrzyma nowy produkt, którego wcześniej
nie opiniował. W tym kontekście warto podać następujące przykładowe aspekty:
1) dokumentacja przetargowa nie zawiera wielu szczegółów związanych z realizacją zamówienia. Weźmy pod uwagę choćby sam regulamin i cennik usług – Zamawiający stworzył jedynie ogólne ramy, pozostaje jednak szereg kwestii, które wymagają uregulowania od początku. W niniejszym Postępowaniu wykonawca może przedstawić
do akceptacji Zamawiającego cennik zawierający dodatkowe pozycje (§ 5 ust. 9 wzoru umowy). Uzgodnienie tylko tego dokumentu może wymagać kilkukrotnych iteracji. Jest
to kwestia bardzo istotna, ponieważ na wynagrodzenie wykonawcy składają się przychody od użytkowników systemu – „Przychód Wykonawcy stanowi całość kwot pobranych
od Klientów związanych z korzystaniem z rowerów, opłat z tytułu kar nałożonych
na użytkowników oraz z tytułu reklam umieszczanych na rowerach przez okres trwania umowy" (§ 11 ust. 1 wzoru umowy). Zatem jest to istotny element modelu biznesowego.
Do absolutnych wyjątków należą sytuacje, gdy Zamawiający nie mają żadnych uwag
do przesłanych projektów poszczególnych elementów systemu. Dokumenty te zawierają
w dużej mierze materię, która nie była regulowana przez SIWZ i dlatego zgłaszane uwagi stanowią odzwierciedlenie niezwerbalizowanych preferencji zamawiającego. Wobec powyższego, jeśli zamówienie pozyska inny wykonawca, niż dotychczasowy,
z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można założyć, że Zamawiający zgłosi uwagi. W opisanych okolicznościach, zgłoszone uwagi wcale nie muszą wynikać
z okoliczności leżących po stronie wykonawcy – praktycznie we wszystkich przypadkach
są one odzwierciedleniem innej wizji/koncepcji Zamawiającego. Dlatego też należy założyć, że projekty dokumentów trafią przynajmniej dwukrotnie do akceptacji Zamawiającego,
a w przypadku zgłoszenia uwag, jak sam Zamawiający wskazuje w § 4 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy: „W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego uwag i zastrzeżeń, Wykonawca obowiązany jest do dokonania wymaganych zmian i poprawek projektów. Przy przedstawieniu przez Wykonawcę poprawionych projektów obowiązuje procedura określona w zdaniu pierwszym z uwzględnieniem wymogów, o których mowa w pkt 1 […]". W ocenie Wykonawcy termin na przygotowanie projektów powinien wynosić łącznie 14 dni (co zakłada 2-krotne złożenie projektów i 1-krotne zgłoszenie uwag).
Trzeba jeszcze raz zwrócić uwagę, że projekty, jak choćby przykładowo cennik, zawierają także materię pozostawioną poza regulacją SIWZ, co implikuje, że ewentualne uwagi czy akceptacja Zamawiającego jest kwestią zupełnie nie przewidywalną, niezależną
od wykonawcy, który dochowując najwyższej staranności i tak nie jest w stanie przewidzieć preferencji Zamawiającego. Tak krótkie terminy nie dają możliwości dokonania uzgodnień
i jest to ryzyko, którego wykonawca ponosić nie powinien; 2) zgodnie z rozdziałem II pkt. 19 OPZ: „Kolorystyka roweru: rama i kierownica – jasny szary, błotniki, korby pedałów oraz osłona łańcucha – ciemny szary, obręcze i kosz – limonka lub jasny szary lub ciemny szary. Na ramie roweru musi zostać umieszczona odporna na działanie warunków atmosferycznych naklejka przedstawiająca logo systemu na tle w kolorze limonki. Rower musi być oznakowany elementami graficznymi zawierającymi Herb Miasta Olsztyna. Projekt graficzny roweru Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu do ostatecznego uzgodnienia. Zamawiający ma prawo do nanoszenia zmian na projekcie graficznym
w zakresie kolorów i układu graficznego". Zmiana koloru ramy, kierownicy, obręczy, kosza
i pozostałych elementów jest niezwykle czasochłonną czynnością. Należy wziąć pod uwagę, że każdy z dostawców stosuje typową dla siebie kolorystykę rowerów i akcesoriów. Sama zmiana koloru 200 rowerów to ok. 4-5 tygodni (zakładając, że wykonawca je już posiada).
Z doświadczenia wykonawcy wynika, że proces demontażu gotowego koła, oddania obręczy do malowania oraz złożenia kół w całość przy ilości 200 rowerów wynosi ponad 3 tygodnie; 3) zgodnie z rozdziałem IV pkt. 1.1 lit. c) OPZ: „[…] Wykonawca zobowiązany jest
do uzyskania akceptacji Zamawiającego w kwestii ostatecznego wyglądu Totemu Informacyjnego". Zatem nie jest możliwe zlecenie wyprodukowania totemów informacyjnych bez posiadania pewności co do tego, co ostatecznie spełni oczekiwania Zamawiającego.
6. Nawet gdyby wykonawca posiadał rowery już na moment zawarcia umowy, co jest możliwe wyłącznie dla dotychczasowego wykonawcy, to i tak wskazane powyżej okoliczności uzasadniają konieczność wydłużenia terminu o przynajmniej 47 dni: 14 dni na finalne uzgodnienia + 4 tygodnie na ewentualne zmiany w zakresie rowerów i pozostałych elementów + 5 dni na oddanie systemu przed uruchomieniem (§ 4 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy). Przy czym kalkulacja ta nie uwzględnia żadnych terminów na procedury administracyjne.
7. Dopiero po uzgodnieniu projektu rowerów wykonawca może dokonać ostatecznej konfiguracji roweru i finalizować ich zakup u producenta. Termin dostawy rowerów wynosi przynajmniej 3 miesiące. Zamówienie można złożyć w dniu podpisania umowy, choć rozsądnie byłoby poczekać na akceptację projektu roweru przez Zamawiającego oraz plastyka miejskiego i ewentualnie konserwatora zabytków. Przyjmując jednak najbardziej optymistyczną wizję – zamówienie rowerów już w dniu zawarcia umowy i przyjęcie,
że ewentualne zastrzeżenia i uwagi zgłaszane przez Zamawiającego oraz inne podmioty będzie można w dosyć szybki sposób zaimplementować, to i tak termin dostawy rowerów wynosi przynajmniej ok. 90 dni.
8. Realizacja przedmiotu zamówienia wymaga dokonania wszelkich stosownych uzgodnień
i uzyskania niezbędnych pozwoleń związanych z wyglądem i lokalizacją elementów ORM,
w tym w zakresie projektów rowerów i Stacji Postoju (§ 4 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy). Warto zwrócić uwagę, że Zamawiający nie przewidział żadnych terminów w tym zakresie – bowiem terminy wynikające z przepisów ustawowych są dłuższe, niż minimalny termin na realizację zamówienia przewidziany przez Zamawiającego – co Zamawiający przemilcza. W tym zakresie konieczne jest przed ustawieniem Stacji Postoju/Totemu Informacyjnego także uzyskanie następujących zgód (zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy): 1) zgodę plastyka miejskiego/konserwatora zabytków; 2) zgodę na zajęcie terenu; 3) zgodę na zajęcie pasa drogowego, jeśli Stacja Postoju znajdować się będzie w pasie

drogowym. Wszystkie powyższe zgody należy uzyskać przed uruchomieniem systemu rowerowego ORM. Zgodnie art. 35 § 3 i 3a KPA, organy odpowiedzialne za wydanie powyższych zgód/pozwoleń mają 30 dni na ich rozpatrzenie.
9. Realizacja przedmiotu zamówienia wymaga wdrożenia rozwiązań informatycznych związanych z publikacją Aplikacji oraz przygotowania narzędzia do integracji z Olsztyńską Kartą Miejską (OKM). Zakładając, że Zamawiający w procesie akceptacji może zgłosić uwagi do przedstawionej aplikacji jej publikacja na platformach Android i iOS będzie wymagała dodatkowego czasu. Z praktyki Odwołującego wynika, że czas oczekiwania na publikację w sieci aplikacji w zależności od platformy wynosi od 2 do nawet 5 dni. Nawet zakładając, że Wykonawca na własne ryzyko opublikuje niezatwierdzoną przez Zamawiającego wersję aplikacji, czas na publikację aktualizacji wynosi od 1 do 2 dni. Należy zaznaczyć, że jednym z ważniejszych elementów aplikacji będzie cennik i regulamin korzystania z usługi, który będzie stanowił przedmiot uzgodnień.
10. Aktualnie wyznaczony przez Zamawiającego termin możliwy jest do dochowania jedynie przez wykonawcę, który był przygotowany do realizacji zamówienia przed jego wszczęciem. Ustanowienie tak krótkiego terminu stanowi, że opis przedmiotu zamówienia narusza uczciwą konkurencję a dodatkowo stanowi 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, bowiem wykonawca składając ofertę musi założyć konieczność zapłaty kar umownych z powodu niedotrzymania terminu realizacji zamówienia.
11. W ślad za tak określonym terminem realizacji, Zamawiający ustanowił w rozdz. XIV SIWZ kryterium oceny ofert: Kryterium: „Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia" Kryterium „Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia" -zostanie ocenione na podstawie informacji zawartej w formularzu ofertowym w zakresie oferowanego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy. Wykonawca, który przedstawi w ofercie najkrótszy termin otrzyma maksymalnie 20 pkt. Pozostali Wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów, stosownie do poniższego wzoru: termin (najkrótszy z oferowanych) P2 = -------x 20% x 100 termin oferty badanej
12. Odwołujący wskazał, że rozumie, że kryterium oceny ofert może faworyzować wykonawcę, który jest w stanie wcześniej dostarczyć system. Jednakże taka preferencja powinna respektować zasady uczciwej konkurencji i uwarunkowania rynkowe. Oczywistym jest, że dotychczasowy wykonawca może dostarczyć system w bardzo krótkim terminie –
20-dniowym, ponieważ dysponuje sprzętem na potrzeby zamówienia podstawowego, 75%
(z poprzedniego zamówienia). Konkurowanie z tym wykonawcą, przy takich warunkach zamówienia, ma charakter fikcyjny. Zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp „Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej". W rzeczywistości opisane kryterium właśnie
ten zakaz narusza, ponieważ wskazuje na wykonawcę, który świadczył już na rzecz Zamawiającego usługi, a co przekłada się na posiadanie doświadczenia we współpracy
z Zamawiającym (kwestia pozyskania wszelkich zgód i akceptacji, a w zasadzie już ich posiadanie) oraz dysponowanie potencjałem technicznym w postaci elementów systemu – które to dotychczasowy wykonawca może posiadać praktycznie w całości. Przy tak takich warunkach przetargu, jeśli tylko się one uprawomocnią, wykonawca ten może
z powodzeniem zamawiać brakujący mu sprzęt (nawet nie czekając na rozstrzygniecie przetargu, bowiem jego wynik będzie przesądzony). Zatem powyższe wymagania Zamawiającego dotyczą właściwości wykonawcy.
13. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 3531 i art. 5 kc w związku z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 przez 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.
14. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ i ogłoszenia
o zamówieniu przez zmianę terminu realizacji zamówienia (rozdz. IV SIWZ, w § 4 ust. 1 pkt 10) -minimum 90, zaś maksymalnie 110 dni.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986
ze zmianami; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 marca 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust .1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie uwzględniła.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony*
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody
do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada
na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.
Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; e*i incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego
to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert
i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…)*

Izba zaznacza również, za wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2016 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 455/16 …*dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. wystarcza wprawdzie zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p.), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. nie uprawnia do takiego wniosku. Z drugiej jednak strony zamawiający winien jednak przekonać Izbę, że dany parametr znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Tylko bowiem zamawiający wie, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*
V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.
Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – tabela zestawienie postępowań w przedmiocie systemów rowerów publicznych u różnych zamawiających, opracowanie własne Odwołującego (6 karty),
- dowód nr 2 – wyciągi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowań organizowanych przez ZDZiT w Olsztynie z roku 2018 i z roku 2019 (unieważnione) oraz w Chodzieży i w Wągrowcu (8 kart),
- dowód nr 3 – wydruk ze strony internetowej „Olsztyńskiego Roweru Miejskiego” (8 kart),
- dowód nr 4 – dwie oferty – dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa z wyłączeniem informacji o terminie realizacji usługi malowania felg oraz koszty rowerowych oraz obręczy (2 karty),
- dowód nr 5 – dwie oferty – dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa z wyłączeniem informacji dotyczących terminu realizacji dostawy (2 kart),
- dowód nr 6 – wydruk mapy geoportal (2 karty).

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 1 kwietnia 2019 roku *Odpowiedź na odwołanie – uwzględnienie zarzutów odwołania w części,* które Zamawiający w dniu 1 kwietnia 2019 roku (za pismem w tej samej dacie) przesłał
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz złożył w oryginale na posiedzeniu. Izba uwzględniła również stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 roku *Uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie złożone przez Nextbike S.A.* złożone
na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania odwoławczego.
VI.
Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał w dniu 1 kwietnia 2019 roku zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania.
Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem Stron złożył oświadczenie, w wyniku którego wycofał zarzuty odwołania:

- zarzut opisany w uzasadnieniu odwołania w pkt II ppkt 2 i 4 z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy,
- zarzut opisany w uzasadnieniu odwołania pkt III z art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy,
- zarzut opisany w uzasadnieniu odwołania pkt IV z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy,

–zarzut opisany w uzasadnieniu odwołania pkt VI z art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy,
–zarzut opisany w uzasadnieniu odwołania pkt VII z art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

W pozostałym zakresie Odwołujący zarzuty odwołania podtrzymał.

Stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze
za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba poddała pod rozpoznanie zarzuty odwołania niewycofane przez Odwołującego. Zaznaczyć należy w tym miejscu,
że ustawa nie zakazuje Zamawiającemu, w przypadku wniesienia odwołania, dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, również
w zakresie objętym zarzutami i wnioskami. Istotnym również jest, że czynności jakich dokonuje, już po wniesieniu odwołania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, o czym mówi art. 183 ust. 1 ustawy.
Mając na uwadze art. 191 ust. 2 ustawy, dokonane przez Zamawiającego czynności
po wniesieniu odwołania, a przed zamknięciem rozprawy, składają się na stan rzeczy stanowiący podstawę faktyczną wyroku. Izba nie mogła, z uwagi na treść ww. przepisu pominąć zmian dokonanych w treści SWIZ przez Zamawiającego w dniu 1 kwietnia 2019 roku. Dokonana przez Zamawiającego zmiana opisu przedmiotu zamówienia spowodowała zmiany stanu faktycznego sprawy w dacie orzekania. Każdorazowo, w przypadku poszczególnych podniesiony, a nie wycofanych przez Odwołującego zarzutów, Izba dokonała oceny czy zmiany SIWZ wprowadzone przez Zamawiającego w dniu 1 kwietnia 2019 roku nie prowadziły do bezprzedmiotowości, nieaktualności lub braku wpływu na wynik tego postępowania.

VII.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

A.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy braku określenia parametrów rejestracji dedykowanego układu elektronicznego wskazanego
w rozdz. III pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia - postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie zarzutu odwołania przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy brak określenia czy ustawienie Stacji Postoju/Totemów Informacyjnych w poszczególnych lokalizacjach wytypowanych przez Zamawiającego wymaga pozyskania zgód: plastyka miejskiego/konserwatora zabytków, zgody na zajęcie terenu oraz zgody na zajęcie pasa drogowego (jeżeli dana Stacja Postoju znajdować się będzie w pasie drogowym) - postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie zarzutu odwołania przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie wymagań dla urządzenia zabezpieczającego rower w rozdz. III pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia - postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie zarzutu odwołania przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w części, gdy po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a Odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Z przepisu tego wynika, że Izba nie rozpoznaje zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 kwietnia 2019 roku, złożonym do akt sprawy, złożył oświadczenie: *Zamawiający uwzględnia ww. odwołanie w części wskazanej poniżej, jednocześnie wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.*

Następnie Zamawiający podał zarzuty odwołania, które uwzględnił oraz przedstawił modyfikacje poszczególnych punktów SIWZ. Natomiast w odniesieniu do odniesieniu do Załącznika nr 3 do SIWZ rozdz. II pkt 21 OPZ i rozdz. IV oraz § 4 ust.1 pkt 10 Załącznika nr 4 do SWIZ – Wzór umowy podtrzymał postanowienia SIWZ. Następnie, w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 roku - *Uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie złożone przez NextBike S.A.*Zamawiający potwierdził stanowisko we wcześniej złożonym piśmie i podał *W odpowiedzi z dnia 1 kwietnia 2019 roku na ww. odwołanie, Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, w pozostałym zakresie wniósł o jego oddalenie. Wobec okoliczności, iż Zamawiający w ww. odpowiedzi nie odniósł się merytorycznie do zarzutów odwołania, których nie uwzględnił, niniejszym przedstawia argumenty na niezasadność zarzutów Odwołującego, które w świetle art. 186 ust. 4a pzp mogą być rozpatrywane przez tut. Izbę.*

Zamawiający w trakcie rozprawy złożył również oświadczenie, że *podtrzymuje stanowisko jak w złożonych pismach*

Izba zaznacza, że zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi uwzględnić Zamawiający może odwołanie bądź zarzuty odwołania. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania, w tym powyżej wskazane zarzuty braku określenia parametrów rejestracji dedykowanego układu elektronicznego wskazanego w Załączniku nr 3 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) w rozdz. III pkt 4 oraz zarzut braku określenia czy ustawienie Stacji Postoju/Totemów Informacyjnych w poszczególnych lokalizacjach wytypowanych przez Zamawiającego wymaga pozyskania zgód: plastyka miejskiego/konserwatora zabytków, zgody na zajęcie terenu oraz zgody na zajęcie pasa drogowego (jeżeli dana Stacja Postoju znajdować się będzie w pasie drogowym) jak również zarzut określenia wymagań dla urządzenia zabezpieczającego rower w rozdz. III pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wycofał część zarzutów odwołania, z wyłączeniem przedmiotowych powyżej wskazanych zarzutów (tj. zarzutu opisanego w pkt II ppkt 1 oraz
w pkt II ppkt 3 oraz pkt V uzasadnienia zarzutów odwołania) oraz nie wycofał Odwołujący zarzutów nieuwzględnionych.

Tym samym uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów: naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy braku określenia parametrów rejestracji dedykowanego układu elektronicznego wskazanego w rozdz. III pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez brak określenia czy ustawienie Stacji Postoju/Totemów Informacyjnych w poszczególnych lokalizacjach wytypowanych przez Zamawiającego wymaga pozyskania zgód: plastyka miejskiego/konserwatora zabytków, zgody na zajęcie terenu oraz zgody na zajęcie pasa drogowego (jeżeli dana Stacja Postoju znajdować się będzie w pasie drogowym) jak również zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie wymagań dla urządzenia zabezpieczającego rower w rozdz. III pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia nie pozwala poddać ich pod rozpoznanie Izby, bowiem Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych i niewycofanych, a powyższe zostały przez Zamawiającego uwzględnione, co Zamawiający w sposób jednoznaczny wyartykułował w złożonych pismach oraz podtrzymał na rozprawie.

Podkreślenia wymaga, że Izba umarzając postępowanie odwoławcze do części uwzględnionych zarzutów odwołania na

skutek uwzględnienia przez Zamawiającego
w części zarzutów odwołania nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania wskazywałby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również
nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie
o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości czy w części, czy też nie ma obowiązku składania oświadczenia w tym zakresie. Umarzając postępowanie odwoławcze w zakresie uwzględnionych (i nie wycofanych zarzutów odwołania) Izba nie rozstrzyga merytorycznie
o zarzutach odwołania. Zamawiający zobowiązany jest przy uwzględnieniu czy to całości
czy części zarzutów odwołania do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności
w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Podkreślenia wymaga, że dopiero umorzenie postępowania odwoławczego czyli wydanie stosowanego orzeczenia w sprawie powoduje uaktywnienie ww. obowiązku
po stronie Zamawiającego. Ustawa nie ogranicza Zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek – poza zakazem zawarcia umowy – czynności po wniesieniu odwołania. Może zaistnieć sytuacja, w której wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nastąpi przed wydaniem stosowanego orzeczenia, jednakże te czynności muszą być zgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu
w zakresie uwzględnionych zarzutów. W wyniku wydanego orzeczenia z uwagi
na uwzględnienie części zarzutów odwołania Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym
w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zaniechanie dokonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu w przypadku jego uwzględnienia może być dochodzona w postępowaniu przez Odwołującego.
Izba zaznacza również, że dokonanie czynności modyfikacji SIWZ czy ogłoszenia
o zamówieniu, tak jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie (1 kwietnia 2019 roku), stanowi nową czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, która to czynność również może być kwestionowana przez wykonawców (oczywiście przy zachowaniu ustawowych terminów). Izba, na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania* jednakże nie może dokonywać oceny czynności jakie nie były kwestionowane
w odwołaniu, bo być nie mogły z uwagi na termin w jakim zostało złożone odwołanie,
a w jakim Zamawiający dokonał nowych czynności.

B.

Izba na wstępie rozważań wskakuje, że określone przez ustawodawcę w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności to „szkielet" każdego z postępowań o udzielnie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Izba podkreśla również, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czasu w jakim Zamawiający udziela zamówienia. Niewątpliwe, co również należy podkreślić, Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - *Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten*
nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(…) Obowiązkiem Zamawiającego jest, w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania
i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
Podkreślić jednakże należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego [redacted]
nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający [redacted]
ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Izba zaznacza jednocześnie, że opis przedmiotu zamówiona jak również sposób jego realizacji powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Jednocześnie nie oznacza to, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której [redacted]
o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez Zamawiającego. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał:*Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które* [redacted]

mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie.
Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo – jak również obowiązek –sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to,
że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (…) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym" *(...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów.*
Wskazuje również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. aktKIO 1107/15, KIO 1114/15, w którym Izba wskazała, że: *właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.* Również w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2018 roku sygn. akt KIO 1046/18 Izba wskazała, że (…)*Izbie nie pozostało nic innego, jak kolejny raz wyrażenie stanowiska, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który w pełni zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający, który posiada wiedzę o przeznaczeniu zamawianego sprzętu komputerowego, jest uprawniony do adekwatnego określenia jego parametrów. (…) Zamawiający nigdy*
nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty, a tym bardziej złożenie oferty, która będzie optymalna z punktu widzenia założeń biznesowych danego wykonawcy. Natomiast
w wyroku Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015 roku sygn. akt GSK 2203/13 zostało wyartykułowane, że: *Celem postępowania jest nabycie przez zamawiającego rzeczy (praw, usług), które odpowiadają jego potrzebom. Zasadnie podnosi skarżący, iż stosowanie zasady uczciwej konkurencji nie może prowadzić do nabycia dostaw czy usług, które nie odpowiadają potrzebom zamawiającego. Przez sformułowanie potrzeb zamawiającego w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy należy, w ocenie Sądu, rozumieć nie tylko określenie rodzaju urządzeń, które zamawiający zamierza nabyć oraz zasad serwisu gwarancyjnego tych urządzeń. Zmawiający ma prawo, a jako jednostka sektora finansów publicznych i obowiązek, planowania racjonalnej pod względem finansowym i użytkowym eksploatacji urządzeń również po okresie gwarancyjnym,*
w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać również ten element. Również Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są potrzeby Zamawiającego, obiektywie skonkretyzowane
w przygotowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia, jednakże co należy podkreślać, opis przedmiotu zamówienia musi być precyzyjny i jednoznaczny, dający się zidentyfikować i określić, a obowiązki te Zamawiający wykonać winien rzetelnie. Zgodnie
z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 *opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał*
na identyfikację zamówienia. Natomiast za wyrokiem *Sadu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13 czytamy,* że w przepisach Pzp ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. Zgodnie z literalną *wykładnią art. 29 ust. 2* ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" *stanowi o tym, że* dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio,
co jest ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie. W odniesieniu do dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy, należy zaznaczyć, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który *zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą*
w nim uwzględnione oraz również jednoznacznie podane. Pamiętać bowiem należy,
że to opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom, którzy zamierzają złożyć w postępowaniu oferty, na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Tym samym wykonawcy muszą mieć wiedzę
na temat czynników wpływających na kalkulację ceny oferty i nie mogą ich się domyślać czy też wyinterpretowywać, ewentualnie czynić jakieś hipotetyczne założenia. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ
na sporządzenie oferty. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny
być *konkretne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.*
W zakresie zarzutu naruszenia naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez dopuszczenie w rozdz. II pkt 21 OPZ – Załącznik nr 3 do SWIZ rowerów fabrycznie nowych lub używanych, sprawnych i spełniających wymagania zawarte w OPZ – Izba uznała zarzut za niezasadny.
Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, natomiast Zamawiający w oparciu o art. 7 ust. 1 ustawy przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przepisy podniesione przez Odwołującego odnoszą się do zasad jakich musi przestrzegać Zamawiający. W ocenie Izby dopuszczenie możliwości zaoferowania świadczenia usługi przy użyciu sprawnych rowerów używanych lub fabrycznie nowych rowerów nie prowadzi
do naruszenia zasad, do jakich referował Odwołujący. Ograniczenie konkurencji Odwołujący w zasadzie sprowadził do tego, że dotychczasowy wykonawca usługi będzie miał korzystniejszą sytuację ponieważ posiada rowery 4 generacji. Fakt, że jakiś podmiot świadczył już usługę, która realizowana była przy użyciu rowerów 4 generacji i dysponuje tymi rowerami nie powoduje, że jest on bardziej konkurencyjny niż ten wykonawca, który będzie musiał zaoferować rowery nowe, ponieważ rowery używane wymagają niewątpliwie szeregu napraw, konserwacji (koszty) czego nie ma w przypadku rowerów nowych. Tym samym nakłady jakie musi poczynić wykonawca na zakup nowych rowerów w inny sposób będzie ponosił wykonawca przeznaczający do realizacji rowery używane. Jednocześnie takie postanowienie SIWZ pozwala również na zakup przez wykonawcę rowerów od podmiotów, które już ich używały w realizacji innych

umów. Możliwości jest bardzo wiele i niewątpliwie nie można ich ograniczać jedynie do zamówień wcześniej realizowanych na terenie naszego kraju, czy u tego Zamawiającego. Dlatego też przedstawione dowody nr 1 i 2 w ocenie Izby potwierdzają jedynie informacje w nich zawarte, nie dowodzą natomiast, że nie jest możliwe zaoferowane przez inne, niż Roovee Sp. z o.o., podmioty rowerów używanych, jak również rowerów nowych. Odniesienie się do posiadanych przez konkurencyjny podmiot rowerów używanych z uwagi na wcześniejszą realizację zamówienia u Zamawiającego, w ocenie Izby, również nie przesądza o tym, że doszło do naruszenia konkurencji ponieważ potencjalnie każdy podmiot działający w danej branży może nabyć rowery używane, jak również może posiadać używane rowery w wyniku realizacji innych wcześniejszych kontraktów. Jednocześnie sam Odwołujący wskazał, że podmiot ten posiada 70% rowerów
z poprzedniej usługi ale nie wykazał, że dysponuje nimi w tym momencie i nie wykorzystał ich w innej realizacji.
Izba podkreśla, że Zamawiający nabywa w tym przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia usługę polegającą na dostawie, uruchomieniu i zarządzaniu oraz kompleksowej obsłudze roweru miejskiego – przedmiotem zamówienia nie jest natomiast dostawa rowerów. Zamawiający opisał w sposób szczegółowy wymagania co do sprawności dostarczonych rowerów, w jakim stanie technicznym mają pozostawać w czasie realizacji usługi itd. oraz określił stosowne kary umowne za uchybienia ukształtowanym wymaganiom. W ocenie Izby dopuszczenie sprawnych rowerów używanych nie ogranicza w tym przypadku konkurencji, a każdy z podmiotów zainteresowanych postępowaniem sam będzie mógł zdecydować jaki rower postawi do realizacji usługi. Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający naruszył w postępowaniu art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 2 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia naruszeniu art. 353^1 i art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) (dalej: „kc") w związku z art. 14 ust. 1
i art. 139 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia
w zakresie terminu realizacji zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, z zasadą równości, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem – Izba uznała zarzut za zasadny.
Zamawiający zgodnie z rozdz. IV SIWZ wskazał *okres realizacji zamówienia: 6 miesięcy, przy czym termin rozpoczęcia: ……(min. 20 max 40 dni) dni od podpisania umowy.*
Powyższe wymaganie znajduje również odzwierciedlenie w postanowieniach Wzoru umowy – Załącznik nr 4 do SWIZ (§ 4 ust. 1 pkt 10).
Jednocześnie Zamawiający w rozdz. IV SIWZ zawierającym opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazał, że *Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy (min. 20 dni – max 40 dni)* stanowi kryterium oceny ofert z wagą 30%.
W zakresie tego zarzutu Izba podzieliła argumentację prezentowaną przez Odwołującego
w odwołaniu jak również na rozprawie. Zamawiający zgodnie z postanowieniami załącznik nr 3 do SWIZ – OPZ rozdz. II pkt 19 sam przyznał sobie prawo możliwości zmiany projektów graficznych w zakresie kolorów i układu graficznego roweru na etapie po podpisaniu umowy (co sam oświadczył na rozprawie). Fakt, że taka możliwość została dopuszczona,
a co za tym idzie konieczność dokonywania różnego rodzaju zmian kolorów między innymi ram rowerów, obręczy i koszy po ich wprowadzeniu do projektu przez Zamawiającego,
w konsekwencji powoduje konieczność przemalowania tych elementów rowerów bądź zamówienia rowerów o odpowiednich, zmienionych kolorach w wyniku zmian dokonanych
na projekcie graficznym przez Zamawiającego. Z dowodu nr 4 złożonego przez Odwołującego wynika, że termin realizacji usługi malowania proszkowego felg oraz koszy rowerowych wynosi: termin realizacji 21 dni roboczych w przypadku oferty nr 1 oferta na malowanie rowerów, które posiada już wykonawca) oraz 4-5 tygodni w przypadku oferty nr 2 (dotyczy malowania obręczy bądź wprowadzenia obręczy już pomalowanych). Zamawiający co należy podkreślić nie kwestionował tych dowodów, jak również nie przedstawił argumentacji, że takiego malowania można dokonać w krótszym terminie. Izba dodaje,
że uzgodnienia w zakresie nanoszenia zmian na projekcie graficznym również powodują upływ czasu, który to czas rozpoczęcia liczony jest od podpisania umowy, tym samym fakt zmian w projekcie graficznym również skraca czas na rozpoczęcie realizacji umowy. Rowery, czy to nowe czy też używane muszą zostać przemalowane na kolory ustalone przez Zamawiającego w SIWZ oraz układ graficzny musi być zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Czas przewidziany na wykonanie wszystkich niezbędnych czynności przed rozpoczęciem realizacji zamówienia musi obejmować realne terminy na ich wykonanie.
Podkreślenia wymaga również, że *Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy (min. 20 dni – max 40 dni)* stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.
W kontekście powyższego również kluczowe znaczenie ma termin dostawy rowerów nowych, bowiem przy kupnie używanych zawsze będzie on indywidualny. Natomiast jak wskazywał Odwołujący przy posiadaniu już przez danego wykonawcę używanych rowerów nie będzie miał znaczenia w tym sensie, że wykonawca nie musi się o niego martwić
ale z perspektywy kryterium nie może prowadzić do faworyzowania danego rozwiązania. Ten termin *rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy* powinien być urealniony i uśredniony, powinien brać pod uwagę wszystkie czynniki. Złożony przez Odwołującego dowód nr 5 dowodzi, że termin dostawy nowych rowerów 4 generacji oferta nr 2 –180 dni
od dnia złożenia ostatecznej wersji zamówienia dowodzi, że termin dostawy rowerów nowych przekracza znaczenie wskazany nawet maksymalny termin rozpoczęcia realizacji zamówienia ustalony na 40 dni. Izba pominęła ofertę nr 1 z dowodu nr 5, która jak zauważył Zamawiający była niepodpisana i stanowiła wydruk. Dopuszczenie rowerów używanych oraz rowerów fabrycznie nowych w realizacji usługi nie może być jedynie czynnością pozorną,
a tą pozorność buduje Zamawiający przez określenie w zasadzie nierealnego terminu rozpoczęcia realizacji usługi przy użyciu rowerów fabrycznie nowych. Fakt, że Zamawiający unieważnił inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym samym przedmiocie już po terminie składania ofert, nie daje Zamawiającemu w celu przyspieszenia realizacji usługi podstaw do kształtowania nierealnych postanowień SIWZ w zakresie terminu*rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy*. Realność konkurencyjności przejawia się w tym wypadku, w zakresie tego zarzutu dotyczącego terminu *rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy* w realności terminu przy uwzględnieniu wszystkich innych wymagań opisanych przez Zamawiającego. Urealnienie terminu *rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy* konieczne jest również z uwagi na lokalizację stacji postoju przy ul. Prosta/Stare Miasto (przy Bibliotece), która znajduje się w samym centrum strefy podlegającej ochronie konserwatorskiej, co wynika z dowodu nr 6. Sam Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że teren ten objęty jest ochroną konserwatorską i wymaga

uzgodnień z Miejskim Konserwatorem Zabytków. W ocenie Izby fakt, że Miejski Konserwator Zabytków jest w strukturach administracyjnych gminy Olsztyn,
a teren, na którym znajduje ww. lokalizacja stacji postoju, jest terenem miasta Olsztyn -
co zdaniem Zamawiającego „prowadzi do wniosku, że to uzgodnienie z Konserwatorem
nie spowoduje przedłużenia terminu uzyskania tego uzgodnienia" – nie ma znaczenia
z perspektywy obiektywnie, rzetelnie ustalonego terminu *rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy,* który również powinien uwzględniać takie administracyjne uregulowania i terminy jakie przewidują przepisy na uzyskanie owych uzgodnień.
W ocenie Izby termin, a w zasadzie przedział terminów, *rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy* jaki przyjął Zamawiający jest zwyczajnie nierealny. Sam termin dostawy nowych rowerów przekracza już maksymalny termin jaki przyjął Zamawiający
w SIWZ, do tego możliwość zmiany na projekcie graficznym kolorów i układu graficznego
i konieczność wymalowania albo przemalowania elementów roweru również wymaga czasu, co wykazał Odwołujący złożonymi dowodami.
Mają na uwadze powyższe Izba nakazała dokonać zmiany postanowień SWIZ
na następujące:

- w rozdz. IV SIWZ:*okres realizacji zamówienia: 6 miesięcy, przy czym termin rozpoczęcia:…(min. 40 max 90 dni) dni od podpisania umowy,*
- w Załączniku nr 4 do SWIZ § 4 ust. 1 pkt 10 - *uruchomienie powinno nastąpić w terminie … (min. 40 – max. 90 dni) od dnia zawarcia Umowy i winno być poprzedzone potwierdzeniem przez Zamawiającego prawidłowości działania ORM i gotowości Wykonawcy do uruchomienia,*
- w rozdz. IV SIWZ kryterium -*Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy (min. 40 dni – max 90 dni)*

Izba nakazała również dokonać we wszystkich postanowieniach SIWZ i Ogłoszeniu
o zamówieniu w miejscach, w których jest odniesienie do terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy zmian w następujący sposób: *(min. 40 dni – max 90 dni).*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący:……