

sygn. akt: KIO 3091/20

**WYROK**  
z dnia 7 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawcę **SPORTDATA SERWIS sp. z o.o., Al. Zwycięstwa 96/98 paw. IV C; 81-451 Gdynia**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Poznań, Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji, Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Jana Spychalskiego 34; 61-553 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **Roboticket sp. z o.o., ul. Klinkierowa 7; 60-104 Poznań,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **SPORTDATA SERWIS sp. z o.o., Al. Zwycięstwa 96/98 paw. IV C; 81-451 Gdynia** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **SPORTDATA SERWIS sp. z o.o., Al. Zwycięstwa 96/98 paw. IV C; 81-451 Gdynia**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **SPORTDATA SERWIS sp. z o.o., Al. Zwycięstwa 96/98 paw. IV C; 81-451 Gdynia** na rzecz zamawiającego **Miasto Poznań, Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji, Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Jana Spychalskiego 34; 61-553 Poznań** kwotę 4 365 zł 76 gr (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt pięć złotych, siedemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:.....**

sygn. akt: KIO 3091/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Poznań, Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji, Samorządowy Zakład Budżetowy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Modernizacja urządzeń elektronicznych stanowiących elementy infrastruktury Systemu Kontroli Biletów na Stadionie Miejskim przy ul. Bułgarskiej 17 w Poznaniu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 26 października 2020 r., pod nr 601722-N-2020.

Dnia 17 listopada 2020 roku, zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 23 listopada 2020 roku wykonawca **SPORTDATA SERWIS sp. z o.o.** (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niekompletny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej modyfikacji s.i.w.z. mającej na celu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. oraz w wyjaśnieniach i modyfikacji do s.i.w.z. w następującym zakresie:

- 1) przedstawienie warunków i kosztów, w związku z dokonaną modyfikacją s.i.w.z.

o treści „*Odpowiedzialność oraz potencjalne koszty związane z integracją spoczywają na Wykonawcy*”, jakie wykonawca będzie musiał spełnić i ponieść, aby uzyskać od producenta SYSTEMU RAC ROBOTICKET pełne prawo czołszczenia swojej licencji o możliwość integracji z nim dostarczonych czytników. Jeżeli wskazany SYSTEM RAC ROBOTICKET nie jest przygotowany i dostępny, to zgodnie z zapisem art 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o brzmieniu „*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*”, na zamawiającym spoczywa obowiązek podania parametrów technicznych oraz koniecznych do spełnienia uwarunkowań, w tym kosztowych, umożliwiających współpracę Systemu kontroli Biletów „*RAC*” z dowolną infrastrukturą sprzętową, lub dopuszczenie równoważnego do „*RAC*”, systemu integrującego infrastrukturę sprzętową do kontroli dostępu z systemem dystrybucji biletów ROBOTICKET, wraz z określeniem parametrów i zakresu równoważności,

2) określenie właściwości, jakie musi posiadać oprogramowanie czytników dostarczonych przez wykonawcę, aby mogły one współpracować z systemem RAC ROBOTICKET. Niezbędne jest również udzielenie informacji, czy zamawiający zapewni koordynację działań związanych z integracją dostarczonej infrastruktury sprzętowej z oprogramowaniem posiadanym przez dzierżawcę obiektu. Udostępniona w ramach modyfikacji s.i.w.z. z dnia 17.11.2020 r. jako załącznik nr 1b do s.i.w.z. dokumentacja jest niekompletna, gdyż nie zawiera wszystkich niezbędnych warunków technicznych, kosztowych i organizacyjnych, od których zależy prawidłowe uruchomienie dostarczonej infrastruktury sprzętowej, co stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

3) udzielenie odpowiedzi na pytanie odwołującego, będące również przedmiotem odwołania z dnia 2 listopada 2020 r., „Czy Zamawiający dopuszcza w ramach postępowania, bezpłatną dostawę i wdrożenie wraz z infrastrukturą sprzętową, oprogramowania systemu kontroli, równoważnego do SYSTEMU RAC ROBOTICKET, które będzie w pełni zgodne z systemem dystrybucji biletów ROBOTICKET.”. Zamawiający pomimo, iż uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, jednak nie udzielił odpowiedzi w tym zakresie, co jest niezgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia ponieważ posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy interes odwołującego doznał uszczerbku w związku z tym, iż zaskarżone zapisy Opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z., uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się

o udzielenie zamówienia, co w konsekwencji powoduje utratę możliwości udzielenia zamówienia odwołującemu. Uwzględnienie natomiast żądań odwołującego spowoduje,

iż odwołujący będzie mógł uczestniczyć w postępowaniu i tym samym będzie posiadał znaczną szansę na udzielenie mu zamówienia. Odwołujący spełnia również drugą przesłankę statuującą jego uprawnienie do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w wstępie przepisów ustawy Pzp, poniesie szkodę, wyrażającą się w szczególności w utraceniu możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tym samym utratę możliwości uzyskania przychodów

z udzielonego zamówienia oraz utratę możliwości uzyskania referencji.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający wskazał w załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia pkt 2a), że „Czytnik musi współpracować z oprogramowaniem, którym dysponuje dzierżawca Stadionu tj. klub KKS Lech Poznań. Oprogramowanie, którym dysponuje dzierżawca to: „SYSTEM RAC ROBOTICKET” jednak nie podając warunków technicznych, kosztowych (licencyjnych), zakresu współpracy oraz ewentualnych szczególnych uwarunkowań kooperacji tych elementów, zamawiający naruszył zapisy art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, warunkującego przygotowanie oferty zgodnej z s.i.w.z. RAC to oprogramowanie komputerowe oferowane przez firmę ROBOTICKET (Roboticket sp. z o.o.), które jest odpowiedzialne za koordynację sprawdzarek biletowych i współpracę z systemem sprzedaży biletów. To oprogramowanie współpracuje z systemem dystrybucji biletów firmy ROBOTICKET i sprawdzarkami, jakie posiada w swojej ofercie ROBOTICKET. Mając pełną dokumentację i opis RAC, oferenci mają możliwość zmodyfikować urządzenia (np. właśnie sprawdzarki biletowe) w taki sposób, że współpracowałyby z oprogramowaniem RAC, a w konsekwencji również systemem dystrybucji biletów ROBOTICKET. Zamawiający nie udostępnił jednak pełnego opisu RAC przez co właściwie wyłączona jest konkurencja przy składaniu ofert. Można założyć, że w sposób nieuzasadniony premiowana będzie firma ROBOTICKET lub każdy inny podmiot z tą firmą współpracujący (np. licencjobiorca, dzierżawca oprogramowania RAC).

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonując modyfikacji s.i.w.z. w dniu 17.11.2020 r. załączył dokumentację „załącznik nr 1b do SIWZ - opis współpracy pomiędzy warstwą sprzętową a oprogramowaniem RAC,” jednakże dokumentacja ta nie zawiera informacji na czym ma polegać współpraca i komunikacja opisanego w s.i.w.z. czytnika z posiadanym przez dzierżawcę obiektu oprogramowaniem. Z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżoną przez firmę Roboticket sp. z o.o., odwołujący nie może przytoczyć konkretnych zapisów zawartych w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego, jednak jednoznacznie stwierdza, że na jej podstawie nie jest możliwe określenie parametrów technicznych oraz koniecznych na jakich wykonawca może przeprowadzić integrację, w tym warunków kosztowych, nie wskazał podmiotów, które będą zobligowane do współpracy przy integracji, a przede wszystkim nie określił zakresu i zasad współpracy pomiędzy czytnikami i obecnym systemem. Nieudostępnienie odpowiednio szczegółowego opisu i dokumentacji RAC w s.i.w.z. sprawia, że tylko i wyłącznie producent (lub inny podmiot wskazany przez producenta) oprogramowania RAC jest w stanie spełnić tenże warunek zamówienia, co należy odczytywać jako ograniczenie konkurencji w sposób niezgodny z zasadami prawa zamówień publicznych.

Ponadto, brak wyżej wymienionych szczegółów, dotyczących przedmiotu zamówienia, które powinny się znaleźć w jego opisie, w wyniku dokonanej przez zamawiającego modyfikacji s.i.w.z., w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych

w odwołaniu z dnia 2.11.2020 r., uniemożliwia przygotowanie oferty przez odwołującego zarówno w zakresie technicznym, jak i finansowym. Na rynku dostępne są podobnego rodzaju oprogramowania co RAC, które potrafią je funkcjonalnie zastąpić, a jednocześnie współpracują z systemem dystrybucji biletów ROBOTICKET (zainstalowanym u zamawiającego). Ponadto odwołujący wskazał, że oprogramowanie RAC jest kompatybilne tylko i wyłącznie z oprogramowaniem do sprzedaży biletów tego samego producenta, podczas gdy inne, konkurencyjne oprogramowania kontroli biletów współpracują z różnymi systemami kontroli biletów - co zamawiający winien postrzegać jako korzyść. W takim wypadku nie ma bowiem konieczności każdorazowo integrować jednego oprogramowania z drugim. Zamawiający (jak sam określił) obecnie nie dysponuje żadnym oprogramowaniem i na dzień dzisiejszy w przypadku wygaśnięcia umowy z dzierżawcą zostanie pozbawiony możliwości korzystania z dostarczanych w ramach postępowania czytników. Proponowane oprogramowanie systemu kontroli, odwołujący oferuje bezpłatnie wraz z dostawą infrastruktury sprzętowej oraz zapewnieniem otwartości oprogramowania i możliwością współpracy z innymi systemami (nie tylko systemem sprzedaży biletów ROBOTICKET), którymi mogliby dysponować ewentualni inni dzierżawcy obiektu. System kontroli biletów jest jedynie systemem łączącym infrastrukturę sprzętową z innymi systemami, w tym z systemem sprzedaży biletów ROBOTICKET, a jego koszt, zarówno w porównaniu do infrastruktury sprzętowej, jak i systemów sprzedaży biletów dostępnych na rynku, jest znikomy. Dostarczenie go bezpłatnie nie pociągnie za sobą żadnych strat ani niedogodności, zarówno dla dzierżawcy obiektu, ani dla zamawiającego. Co więcej, pozwoli zamawiającemu w przyszłości na ewentualną rozbudowę posiadanych zasobów oraz otwarcie się na ewentualnych innych dzierżawców,

bez ograniczania konkurencji.

Wskazane w wyżej opisanych punktach elementy są niezbędne do przygotowania oferty. Są to informacje, które winny być udostępnione, aby móc mówić o tym, że przedmiot zamówienia (i co za tym idzie s.i.w.z., a w szczególności jej modyfikacja) nosi znamiona sporządzonej w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Roboticket sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba rozstrzygając przedmiotowe odwołanie, działając w zgodzie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, orzekła tylko w zakresie zarzutów, które były zawarte w odwołaniu.

W ocenie Izby pismo procesowe odwołującego, złożone w dniu rozprawy, stanowiło *de facto* rozszerzenie zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu, dlatego też całość argumentacji odwołującego zawartą w przedmiotowym piśmie Izba pominęła, jako spóźnioną.

Odnosząc się zaś do argumentacji odwołującego przedstawionej w odwołaniu oraz na rozprawie Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zgodnie z przepisami art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający w sposób umożliwiający złożenie oferty, opracował dokumentację postępowania, dokonując opisu przedmiotu zamówienia

w sposób dokładny i wyczerpujący, który profesjonalnemu wykonawcy, specjalizującemu się w tego typu przedmiocie zamówienia, umożliwi skalkulowanie kosztów realizacji zamówienia. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający wypełniając przesłanki określone

w przepisach art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, podał wszystkie dostępne mu aspekty

i rozwiązania techniczne składające się na opis przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający załączył do specyfikacji istotnych warunków zamówienia załącznik nr 1b, który stanowił opis współpracy pomiędzy warstwą sprzętową a oprogramowaniem RAC, który precyzował rozwiązania techniczne, jakie należy przyjąć w celu integracji oprogramowania RAC z dowolną infrastrukturą sprzętową. W ocenie Izby profesjonalny wykonawca, którym

z pewnością jest odwołujący, jest w stanie, z co za tym idzie posiada odpowiednie przygotowanie merytoryczne, do oceny w zakresie przewidywanego nakładu pracy niezbędnego do skonfigurowania posiadanego przez siebie sprzętu do wymaganego przez zamawiającego oprogramowania. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na istotny element, charakteryzujący przedmiot zamówienia, a mianowicie na okoliczność, iż zamawiający jest wydierzawiającym obiekt sportowy, a dzierżawcą obiektu, który nie jest zobligowany do stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych, posiada już oprogramowanie dotyczące systemu dystrybucji biletów oraz oprogramowanie dotyczące systemu kontroli biletów. Zamawiający na mocy umowy zawartej z dzierżawcą zobowiązany został do dostarczenia, na własny koszt urządzeń (infrastruktury sprzętowej), który po odpowiednim dostosowaniu (integracji) będzie współpracował z już posiadanym przez dzierżawcę obiektu oprogramowaniem. W związku z powyższym zamawiający, co potwierdził na rozprawie dowodami złożonymi w sprawie, tj. wyciąg z umowy dzierżawy, pismo dzierżawcy do zamawiającego z dnia 24 lipca 2020 r. oraz pismo zamawiającego skierowane do dzierżawcy z dnia 1 października 2020 r., nie ma możliwości zmiany przedmiotu zamówienia przez jego rozszerzenie o dodatkową dostawę systemu kontroli biletów.

Niezasadne jest również stanowisko odwołującego, że zamawiający nie zapewnił koordynacji prac związanych z integracją systemu z dostarczonymi urządzeniami, albowiem zamawiający, w piśmie z dnia 30 listopada 2020 roku oświadczył, iż „Zamawiający został zapewniony przez Dzierżawcę obiektu (...), iż użytkowane przez Dzierżawcę oprogramowanie Systemu Kontroli Biletów nie posiada żadnych ograniczeń, w tym ograniczeń licencyjnych, umożliwiających jego integrację z urządzeniami stanowiącymi przedmiot zamówienia”. Ponadto przystępujący w sprawie wykonawca, którego oprogramowanie funkcjonuje u dzierżawcy wprost oświadczył, że „w przypadku wyboru oferty wykonawcy innego niż przystępujący deklaruje chęć współpracy w celu integracji systemów”, co oznacza, że odwołujący ma pewność co do możliwości współpracy

w zakresie integracji systemu z urządzeniami odwołującego. Izba nie stwierdziła, żeby działanie zamawiającego sprzeczne było z obowiązującymi przepisami, w szczególności mając na względzie okoliczność, iż zamawiający nie jest dysponentem systemu (system posiada dzierżawca), a jedynie dostarcza urządzenia do tego systemu.

Nadto podnieść należy, iż niezasadny jest zarzut odwołującego, który twierdził,

że zamawiający uwzględniając odwołanie złożone przez odwołującego dnia 2 listopada 2020 roku, nie odniósł się do kwestii dotyczącej możliwości zaoferowania równoważności

w zakresie możliwości zaoferowania wraz z dostawą i wdrożeniem wraz z infrastrukturą sprzętową, oprogramowania systemu kontroli równoważnego do systemu RAC ROBOTICKET, albowiem zamawiający wprost wskazał, że dopuszcza równoważność

w zakresie zaoferowanego sprzętu (wyjaśnienia z 17 listopada 2020 r., odp. nr 4), cyt. „(...) Zamawiający wskazuje, że za równoważny uznany zostanie sprzęt o parametrach lepszych od tych podanych w załączniku nr 1 do s.i.w.z. – Opis

przedmiotu zamówienia", co oznacza, że tylko w tym zakresie, związanym z przedmiotem zamówienia, dopuszcza równoważność oferty. Co oczywiste, w związku z tym, iż zamawiający nie jest w posiadaniu oprogramowania będącego własnością dzierżawcy, nie mógł dopuścić równoważności w tym zakresie.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazywanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby, zamawiający w sposób mu dostępny i możliwy opisał przedmiot zamówienia, który nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, iż jeden z wykonawców musi dołożyć większych starań, czy też musi skalkulować większy nakład pracy w celu realizacji zamówienia nie ogranicza możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia temu wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z dojazdem na rozprawę oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:.....