Sygn. akt: KIO 834/21

WYROK
z dnia 6 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 roku przez wykonawcę **FIM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Zarząd Dróg i Zieleni** działającego w imieniu **Gminy Miasta Gdańsk**

przy udziale:
A. wykonawcy **MCX Pro Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawcy **Smart Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie III.3*petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 7 oraz art. 433 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FIM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)**, uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 834/21

U z a s a d n i e n i e

Gdański Zarząd Dróg i Zieleni działający w imieniu Gminy Miasta Gdańsk (zwany dalej: „zamawiającym") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Usługa odczytu tablic rejestracyjnych",* na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 marca 2021 roku pod numerem 2021/BZP 00015160/01.

W dniu 15 marca 2021 roku wykonawca FIM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej: „SWZ") oraz projektu umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na to, że opis przedmiotu zamówienia błędnie określa cechy usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia tj.:
a) w Załączniku nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt VI. Specyfikacja systemu -> 8. Komponent 1: Odczyt znaczników RFID umieszczonych w kontrolowanych pojazdach oczekuje funkcjonalności odczytu znaczników RFID UHF umieszczonych w kontrolowanych pojazdach wskazując przy tym, że planuje wyposażyć wydawane identyfikatory uprawniające do postoju w Strefie lub do postoju na miejscu wyznaczonym dla osoby z niepełnosprawnością (w sytuacji, w której wspomniane identyfikatory nie są powiązane z numerem rejestracyjnym pojazdu), bez wskazania z jakich dokładnie tagów RFID ma zamiar korzystać;
b) w Załączniku nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt VI. Specyfikacja systemu -> 2. Cechy użytkowe -> 1. Komponent 1: Automatyczne rozpoznawanie tablic rejestracyjnych, lit. h): funkcja umożliwiać musi poprawne rozpoznawanie min. 90% tablic rejestracyjnych; zamawiający wymaga, aby - jako istotny parametr zamówienia - informacja na temat skuteczności Systemu w tym zakresie była parametrem rejestrowanym przez System i dostępnym do weryfikacji przez zamawiającego (np. zapisywanym, przesyłanym poprzez API do systemu zamawiającego), przy czym weryfikacja skuteczności Systemu określona została w sposób nieprecyzyjny, pozbawiający zamawiającego możliwości realizacji celów przedmiotu Zamówienia;
c) zaniechania określenia przez zamawiającego w SWZ, w Załączniku nr 1 do Umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia - procedury testowej, mającej na celu weryfikację posiadania przez potencjalnych wykonawców rozwiązania spełniającego oczekiwania dot. realizacji usługi odczytu tablic rejestracyjnych;
2. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w związku z art. 116 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w SWZ, w punkcie IV. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia w punkcie 1. podpunkt 4) zdolności techniczne zawodowe, zgodnie z którym oczekuje od wykonawców przedstawienia referencji/dowodów potwierdzających, i ż *„wykonał należycie co najmniej 1 zamówienie polegające na dostawie systemu lub świadczeniu usługi z wykorzystaniem systemu informatycznego do zastosowania w terenie zewnętrznym, mającego za zadanie rozpoznawanie tablic rejestracyjnych i wykonywanie oraz zapisywanie dokumentacji zdjęciowej, o wartości co najmniej 300 000 zł brutto, przy czym system ten musiał umożliwiać co najmniej przekazywanie danych pozyskiwanych przez urządzenia (w szczególności przekształconych do postaci znakowej informacji z tablic rejestracyjnych oraz dokumentacji zdjęciowej),* a zatem w sposób, który uniemożliwia wybór wykonawcy z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz uniemożliwia

realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakościowym;
3. art. 99 ust. 7 oraz art. 433 w zw. z art. 16, art. 17 ustawy Pzp poprzez sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób jednoznaczny, proporcjonalny i przejrzysty oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zakazu umieszczania w umowie postanowień abuzywnych, w zakresie w jakim:
a) w par. 12 ust. 2 projektu umowy, zamawiający określił, że Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że będą mu przysługiwać osobiste majątkowe prawa autorskie do Utworów, choć osobiste prawa majątkowe do Utworów przynależą do ich twórcy będącego osobą fizyczną zgodnie z art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. oraz
b) w par. 12 ust. 14 projektu umowy, zamawiający określił, iż Wykonawca gwarantuje, że zbywane na rzecz Zamawiającego majątkowe prawa autorskie, prawa zezwalania na wykonywanie praw zależnych, prawa własności przemysłowej oraz prawa do bazy danych, wolne będą od wszelkich wad prawnych, praw lub roszczeń osób trzecich, a w szczególności nie będą one przedmiotem zastawu, licencji lub dzierżawy, a także gwarantuje, iż nie zobowiązał się, ani nie zobowiąże się do przeniesienia tych praw w całości lub części na osobę trzecią oraz
c) w par. 12 ust. 15 projektu umowy, zamawiający określił, iż Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia, iż żaden z rzeczywistych twórców Utworów oraz praw baz danych, o których mowa powyżej, nie będzie wykonywał wobec Zamawiającego, jego następców prawnych lub innych podmiotów, którym Zamawiający udostępni którekolwiek z Utworów przysługujących mu praw osobistych, w szczególności osobistych praw autorskich,
choć przedmiotem świadczenia Wykonawcy, nie jest przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do Utworów, Oprogramowania lub Systemu lecz usługa udostępnienia kompleksowego rozwiązania informatycznego do rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów parkujących oraz w zakresie Utworów powstałych wskutek realizacji Umowy udzielnie licencji wskazanej w par. 12 ust. 5 projektu Umowy;
d) w par. 16 ust. 2 pkt 1, 3, 4 i inne projektu umowy, bowiem większość kar umownych zostały przewidziane jako kary za opóźnienie, a zatem zarówno za okoliczności zawinione, jak i niezawinione przez wykonawców, a nie za zwłokę,
choć zgodnie z art. 433 ustawy Pzp projektowane postanowienie ma charakter klauzuli abuzywnej, bowiem projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, a postanowienia par. 16 projektu umowy nie stanowią takiego pełnego uzasadnienia.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ i załączników do SWZ oraz projektu umowy poprzez:

1. w odniesieniu do SWZ:
a) zmianę wymagania z Załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt VI. Specyfikacja systemu -> 8. Komponent 1: Odczyt znaczników RFID umieszczonych w kontrolowanych pojazdach) poprzez określenie konkretnych tagów RFID planowanych do użycia przez zamawiającego;
b) zmianę wymagania z Załącznika nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt VI. Specyfikacja systemu -> 2. Cechy użytkowe -> 1. Komponent 1: Automatyczne rozpoznawanie tablic rejestracyjnych, lit. h)
poprzez dopuszczenie możliwości zweryfikowania oczekiwanej skuteczności poprzez przeprowadzenie procedury testowej;
c) określenia przez zamawiającego w SWZ, w Załączniku nr 1 do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia - procedury testowej, mającej na celu weryfikację posiadania przez potencjalnych wykonawców rozwiązania spełniającego oczekiwania dot. realizacji usługi odczytu tablic rejestracyjnych za pomocą sensorów zainstalowanych na poruszającym się pojeździe oraz określania współrzędnych GPS zaparkowanych pojazdów;
d) sformułowanie w SWZ, w punkcie IV. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia w punkcie 1. podpunkt 4) zdolności techniczne zawodowe, że oczekuje od wykonawców przedstawienia referencji/dowodów, potwierdzających iż: *„wykonał należycie co najmniej 1 zamówienie polegające na dostawie systemu lub świadczeniu usługi z wykorzystaniem systemu informatycznego do zastosowania w terenie zewnętrznym, mającego za zadanie MOBILNE rozpoznawanie tablic rejestracyjnych za pomocą sensorów zainstalowanych na poruszającym się pojeździe i wykonywanie oraz zapisywanie dokumentacji zdjęciowej, o wartości co najmniej 300 000 zł brutto, przy czym system ten musiał umożliwiać co najmniej przekazywanie danych pozyskiwanych przez urządzenia (w szczególności przekształconych do postaci znakowej informacji z tablic rejestracyjnych oraz dokumentacji zdjęciowej oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień SWZ i Umowy w zakresie sformułowania tego warunku.).*

2. w odniesieniu do projektu umowy:
a) usunięcie par. 12 ust. 14 i 15 projektu Umowy oraz modyfikację par. 12 ust. 2 projektu umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: "*Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że będą mu przysługiwać majątkowe prawa autorskie do Utworów oraz oświadcza i gwarantuje, że Utwory nie będą naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich.*" oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień umowy poprzez wskazanie, że świadczenie wykonawcy polega na realizacji usługi udostępnienia kompleksowego rozwiązania informatycznego do rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów parkujących oraz w zakresie Utworów powstałych wskutek realizacji Umowy licencja wskazana w par. 12 ust. 5 projektu Umowy;
b) modyfikację par. 16 projektu umowy poprzez wskazanie, że kary umowne określone w tym postanowieniu umowy należą się zamawiającemu wyłącznie w przypadku pozostawania przez wykonawcę w zwłoce, a nie w opóźnieniu oraz dodanie w par. 16 projektu umowy postanowienia, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności będące skutkiem działania lub zaniechania zamawiającego, jego pracowników, przedstawicieli i osób trzecich odnoszącego się do wszystkich kar określonych w tym postanowieniu wzoru umowy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

I. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

a) Odnośnie zarzutu z pkt 1 lit. a) odwołania:

Na wstępie odwołujący przywołał brzmienie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy, a także art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Następnie odwołujący podał, że wskazanie na bardzo ogólnym poziomie parametrów takich jak pasywne znaczniki RFID UHF (860-960 MHz), zgodne ze standardem ISO 18000-6C - jest z technicznego punktu widzenia niewystarczające. Podkreślił, że wymogi opisane w OPZ, a dotyczące skuteczności funkcjonalności -*odczyt znaczników RFID*

umieszczonych w kontrolowanych pojazdach – nie mogą być zagwarantowane bez określenia konkretnych tagów RFID planowanych do użycia przez zamawiającego. Według odwołującego, brak wskazania konkretnych tagów RFID naraża zarówno potencjalnych wykonawców na koszty, które na tym etapie nie mogą być jasno sprecyzowane, jak również samego zamawiającego na dodatkowe koszty, jak i ryzyko niewdrożenia funkcjonalności oczekiwanej przez zamawiającego.

b) Odnośnie zarzutu z pkt 1 lit. b) odwołania:

Odwołujący przywołał treść wymagania w zakresie automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych, iż: *„funkcja umożliwiać musi poprawne rozpoznawanie min. 90% tablic rejestracyjnych; Zamawiający wymaga, aby - jako istotny parametr zamówienia - informacja na temat skuteczności Systemu w tym zakresie była parametrem rejestrowanym przez System i dostępnym do weryfikacji przez Zamawiającego (np. zapisywanym, przesyłanym poprzez API do systemu zamawiającego), przy czym:*
- skuteczność określoną powyżej wskazanym parametrem Zamawiający rozumie jako odsetek spośród wszystkich tablic wykrytych przez System, dla których funkcja OCR zwróciła poprawny wynik do dalszego procesowania: z tego względu System musi zwracać zarówno parametr dotyczący liczby wszystkich wykrytych tablic, jak i liczby wszystkich tablic, które zostały rozpoznane,
- dla uniknięcia wątpliwości Zamawiający precyzuje, że poprawny wynik rozpoznawania OCR tablicy rejestracyjnej oznacza zgodność oznaczenia literowo-cyfrowego oraz oznaczenia kraju tablicy zapisanego przez System ze stanem rzeczywistym, możliwym do ustalenia na podstawie dokumentacji zdjęciowej; w wypadku niezgodności dot. danej tablicy Zamawiający uzna ją post factum za rozpoznaną niepoprawnie, co będzie miało wpływ na określenie wskaźnika, o którym mowa w lit h.”.

W ocenie odwołującego zamawiający w nieprecyzyjny sposób określił weryfikację skuteczności. Odwołujący wskazał, że system może zwrócić informację, że na 100 potencjalnych tablic, rozpoznał tylko np. 10 i ich poprawność w odczycie jest na poziomie 100%, co też powoduje, że pozostałe 90 tablic nie będzie uwzględnianie w procedurze określania skuteczności. W konsekwencji narazi to zamawiającego na ograniczenia wynikające z celów jakie sobie postawił. Zdaniem odwołującego poprzez błędne i nieprecyzyjne sformułowanie postanowień OPZ w tym zakresie zamawiający pozbawia się możliwości uzyskania usługi należytej jakości.

b) Odnośnie zarzutu z pkt 1 lit. c) odwołania:

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił wymagania w zakresie automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych oraz ustalenia miejsca postoju zaparkowanych i rozpoznanych pojazdów, przy czym oczekiwał:
a) poprawnego rozpoznawania tablic rejestracyjnych na poziomie min. 90%,
b) określania lokalizacji skanowanych pojazdów z dokładnością nie mniejszą niż 0,5 m.

Odwołujący podnosił, że brak przeprowadzenia procedury testowej przed ostatecznym wyborem rozwiązania naraża zamawiającego, jak i środki publiczne, na wydatkowanie bez rzetelnego potwierdzenia posiadania jakościowego i skutecznego rozwiązania po stronie potencjalnego wykonawcy, spełniającego wyspecyfikowane oczekiwania przez zamawiającego. Dokonywanie oceny ofert jedynie w oparciu o oświadczenia i referencje oferentów może skutkować wyborem rozwiązania, którego wdrożenie okaże się niemożliwe, a tym samym zamawiający zmuszony będzie do ponownego przeprowadzenia postępowania.

Jako wzorcowe postępowanie odwołujący przywołał postępowanie prowadzone przez ZDM Warszawa, w którym zamawiający ten przewidział precyzyjną procedurę testową rozwiązania, mającą na celu weryfikację technologii oferowanych przez wykonawców przed dokonaniem ostatecznego wyboru. W ocenie odwołującego zaniechanie określenia przez zamawiającego procedury testowej dla Systemu udostępnianego przez wykonawcę w ramach usługi objętej postępowaniem należy uznać za naruszanie art. 99 ust. 2 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co może stanowić o nieprawidłowym wydatkowaniu środków publicznych, w sytuacji pominięcia weryfikacji usługi.

II. Zarzut dotyczący warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia wykonawców.

Odwołujący na wstępie uzasadnienia ww. zarzutu przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz fragment OPZ dotyczący przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego zestawienie oczekiwanych od wykonawców referencji z opisem przedmiotu zamówienia nie potwierdza jednoznacznie, że dostarczony system lub świadczenie usługi z wykorzystania systemu informatycznego do zastosowania w terenie zewnętrznym spełnią oczekiwania funkcjonalne zamawiającego. Odwołujący podniósł, że taka referencja nie wskazuje w sposób jednoznaczny, iż rozwiązanie wykonawcy zaadresuje pozostałe niezbędne funkcjonalności wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący ponownie powołał się na postępowanie prowadzone przez ZDM Warszawa.

Zdaniem odwołującego nie istnieją ograniczenia wymagające od zamawiającego sformułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób ogólny, nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Takie działanie po stronie zamawianego może skutkować udziałem w postępowaniu podmiotów nie dysponujących niezbędnym doświadczeniem oraz potencjałem technicznym i kwalifikacjami do należytego zrealizowania przedmiotu zamówienia, a zatem stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, której należy dokonywać w sposób dostatecznie jasny oraz precyzyjny, aby zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający, dokonując oceny spełniania tych warunków, mogli ją przeprowadzić na zasadzie zero-jedynkowej (inaczej określanej jako: zasada „spełnia - nie spełnia"). Określenie warunków udziału w postępowaniu powinno być przy tym odpowiednie do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Zamawiający powinien unikać przy określaniu warunków udziału w postępowaniu nieprecyzyjnych sformułowań.

III. Zarzuty dotyczące projektu umowy.

W zakresie zarzutów dotyczących projektu umowy Izba odstępuje od przytoczenia ich uzasadnienia dokonanego przez odwołującego, jako że zostały one wycofane przez odwołującego, a postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone.

Zamawiający w dniu 16 marca 2021 roku zamieścił informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią na swojej stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w dniu 19 marca 2021 roku, zgłosili przystąpienie:
1) wykonawca MCX Pro Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „MCX");
2) wykonawca Smart Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „SmartFactor").

Izba ustaliła, że przystępujący MCX i przystępujący SmartFactor zgłosili przystąpienia zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym wykonawcy ci stali się uczestnikami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 834/21.

W dniu 30 kwietnia 2021 roku – za pośrednictwem poczty elektronicznej - zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (odpowiedź ta nie zawierała podpisów). Z treści odpowiedzi na odwołanie wynikało, że zamawiający uznaje wszystkie zarzuty odwołania za bezzasadne, jednocześnie wskazał na dokonaną przez siebie modyfikację i wyjaśnienia zapisów SWZ oraz umowy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz zapisów umowy. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 maja 2021 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie o tożsamej treści w formie pisemnej (podpis osoby prawidłowo umocowanej do reprezentowania zamawiającego). Jednocześnie zamawiający zmodyfikował swoje stanowisko procesowe wskazując, iż uwzględnia w całości zarzuty opisane w pkt III.3 lit. a) – d) odwołania, tj. zarzuty dotyczące projektu umowy.

Także w dniu 4 maja 2021 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących projektu umowy objętych pkt 3 a) – d) odwołania, w związku z dokonaniem przez zamawiającego zmiany SWZ (w tym projektu umowy). Jednocześnie odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania w pozostałym zakresie oraz przedstawił uzupełnienie stanowiska w zakresie zarzutu zawartego w pkt 1 lit. c) odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 4 maja 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej zwanej: „SWZ"), a także dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego, tj. protokołu z analizy wyników testu systemu e-kontroli SPPN wraz z załącznikami przeprowadzonego w ramach postępowania prowadzonego przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego – przystępującego MCX złożone w odwołaniu, piśmie odwołującego z dnia 4.05.2021 r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 30.04.2021 r. oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 maja 2021 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa udostępniania kompleksowego rozwiązania informatycznego do rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów parkujących w strefie płatnego parkowania. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiący Załącznik do SWZ (Rozdział IX *Opis Przedmiotu Zamówienia* pkt 1 i 2 SWZ).

W Załączniku nr 1 do umowy *Opis Przedmiotu Zamówienia* zamawiający wskazał:
I. Przedmiot zamówienia
Przedmiotem zamówienia jest usługa udostępnienia kompleksowego rozwiązania informatycznego (zwanego dalej Systemem) do rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów parkujących w strefie płatnego parkowania w Gdańsku, realizowana w ramach zamówienia podstawowego oraz zamówienia opcjonalnego, obejmująca w szczególności:

1. Zamówienie podstawowe tj.:
1.1. Komponent 1 – najem 1 urządzenia mobilnego wraz z oprogramowaniem wbudowanym (dalej zwanego Urządzeniem), przeznaczonego do zamontowania na samochodzie osobowym (dalej zwanym Pojazdem), służącego do automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych zaparkowanych pojazdów, lokalizowania tych pojazdów, odczytu znaczników RFID, sporządzania dokumentacji fotograficznej oraz przekazywania pozyskanych danych do systemów informatycznych Zamawiającego; odczyt prowadzony będzie z pojazdu znajdującego się w ruchu,
(…)

VI. Specyfikacja systemu

2. Cechy użytkowe systemu:
1) Komponent 1: Automatyczne rozpoznawanie tablic rejestracyjnych:
a) automatyczne rozpoznawanie i przekształcanie do postaci znakowej numerów rejestracyjnych na podstawie optycznego skanowania tablicy rejestracyjnej (OCR),
(…)
f) funkcja musi umożliwiać poprawne skanowanie tablic pojazdów zaparkowanych prostopadle, równolegle (o ile zachowana jest odległość min. 50 cm od pojazdu sąsiedniego) i pod innym niż 90 stopni kątem, z zastrzeżeniem sytuacji, w których tablica rejestracyjna pojazdu skanowanego nie jest widoczna z pozycji pojazdu skanującego; wszystkie tablice rejestracyjne zaparkowanych pojazdów, które są widoczne z pozycji pojazdu skanującego i które spełniają warunki określone w przepisach prawa (w szczególności art. 60 ust. 1 pkt 2, 3, 3a oraz ust. 1a. Ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. –

Prawo o ruchu drogowym: Dz.U.2020.0.110 t.j., ze zm.) powinny zostać przez System wykryte,
g) System musi umożliwiać prowadzenie skanowania z lewej lub prawej strony pojazdu lub równocześnie z obu stron pojazdu,
h) funkcja umożliwiać musi poprawne rozpoznawanie min. 90% tablic rejestracyjnych; Zamawiający wymaga, aby – jako istotny parametr zamówienia – informacja na temat skuteczności Systemu w tym zakresie była parametrem rejestrowanym przez System i dostępnym do weryfikacji przez Zamawiającego (np. zapisywanym, przesyłanym poprzez API do systemu zamawiającego), przy czym:
- skuteczność określoną powyżej wskazanym parametrem Zamawiający rozumie jako odsetek spośród wszystkich tablic wykrytych przez System, dla których funkcja OCR zwróciła poprawny wynik do dalszego procesowania: z tego względu System musi zwracać zarówno parametr dotyczący liczby wszystkich wykrytych tablic, jak i liczby wszystkich tablic, które zostały rozpoznane,
- dla uniknięcia wątpliwości Zamawiający precyzuje, że poprawny wynik rozpoznawania OCR tablicy rejestracyjnej oznacza zgodność oznaczenia literowo-cyfrowego oraz oznaczenia kraju tablicy zapisanego przez System ze stanem rzeczywistym, możliwym do ustalenia na podstawie dokumentacji zdjęciowej; w wypadku niezgodności dot. danej tablicy Zamawiający uzna ją post factum za rozpoznaną niepoprawnie, co będzie miało wpływ na określenie wskaźnika, o którym mowa w lit. h.
(…)
8. Komponent 1: Odczyt znaczników RFID umieszczonych w kontrolowanych pojazdach.
1) Zamawiający oczekuje, że System będzie równolegle w stosunku do prowadzonego procesu optycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych pojazdów zaparkowanych w Strefie prowadził odczyt ew. umieszczonych w tych pojazdach znaczników RFID, w które Zamawiający planuje wyposażyć wydawane identyfikatory uprawniające do postoju w Strefie lub do postoju na miejscu wyznaczonym dla osoby z niepełnosprawnością (w sytuacji, w której wspomniane identyfikatory nie są powiązane z numerem rejestracyjnym pojazdu).
(…)
3) Zamawiający oczekuje, aby System umożliwiał odczyt pasywnych znaczników RFID UHF (860-960 MHz), zgodnych ze standardem ISO 18000-6C, z odległości minimum 5 m od pojazdu skanującego, ze strony z której prowadzone jest skanowanie numerów rejestracyjnych lub z obu stron jednocześnie, zgodnie z aktualną konfiguracją parametrów pracy Systemu, w trakcie normalnej pracy sytemu, zgodnie z pozostałymi wymaganiami określonymi dla Systemu, tj. w trakcie ruchu pojazdu skanującego itp.".

W Rozdziale IV SWZ zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia wskazując w pkt 1 ppkt 4):
„4) zdolności technicznej lub zawodowej :
Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 zamówienie polegające na dostawie systemu lub świadczeniu usługi z wykorzystaniem systemu informatycznego do zastosowania w terenie zewnętrznym, mającego za zadanie rozpoznawanie tablic rejestracyjnych i wykonywanie oraz zapisywanie dokumentacji zdjęciowej, o wartości co najmniej 300 000 zł brutto, przy czym system ten musiał umożliwiać co najmniej przekazywanie danych pozyskiwanych przez urządzenia (w szczególności przekształconych do postaci znakowej informacji z tablic rejestracyjnych oraz dokumentacji zdjęciowej).".

W dniu 8 kwietnia 2021 roku zamawiający dokonał modyfikacji SWZ m.in. w odniesieniu do Załącznika nr 1 do umowy Opis Przedmiotu Zamówienia, gdzie w pkt VI.*Specyfikacja systemu* pkt 2 *Cechy użytkowe systemu* pkt 8 *Komponent 1: Odczyt znaczników RFID umieszczonych w kontrolowanych pojazdach*dodał ppkt 13 w którym wskazał na przykładowe znaczniki, w które planuje wyposażyć identyfikatory (wskazał na przykładowe modele trzech różnych producentów), z jednoczesnym zdefiniowaniem równoważności.

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie III. 3*petitum* odwołania w całości, tj. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 7 oraz art. 433 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp (szczegółowo opisanego w lit. a) – d)), a dotyczącego postanowień projektu umowy, stanowiącego załącznik do SWZ, z uwagi na to, że odwołujący cofnął zarzuty odwołania w ww. zakresie.

Do rozpoznania na rozprawie zostały skierowane zatem zarzuty opisane w punkcie III.1 i III.2 *petitum* odwołania.

Odwołanie w zakresie zarzutów, które podlegały rozpoznaniu na rozprawie, zostało oddalone.

I. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na to, że opis przedmiotu zamówienia błędnie określa cechy usług w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp:
1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.
(…)
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Natomiast zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył powołane przez niego przepisy ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia. W szczególności nie wykazał okoliczności przez siebie podnoszonych, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

a) odnośnie zarzutu z pkt 1 lit. a) odwołania:

W ramach zarzutu opisanego w pkt III.1. lit. a) odwołania odwołujący żądał określenia konkretnych tagów RFID planowanych do użycia przez zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że na obecnym etapie postępowania nie mógł on wskazać konkretnych tagów RFID (konkretnego producenta i model), w sytuacji, gdy nie jest w ich posiadaniu, a dopiero będzie planował ich zakup w drodze odrębnego postępowania. Nie zasługuje na uwzględnienie też argumentacja podnoszona przez odwołującego na rozprawie, iż z uwagi na niewielką wartość znaczników RFID, zamawiający może dokonać ich zakupu z wyłączeniem stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w treści SWZ wskazał na rodzaj i technologię znaczników, częstotliwość pracy i normę ISO: *„Zamawiający oczekuje, aby System umożliwiał odczyt pasywnych znaczników RFID UHF (860-960 MHz), zgodnych ze standardem ISO 18000-6C, z odległości minimum 5 m od pojazdu skanującego”*(Załącznik nr 1 do umowy *Opis Przedmiotu Zamówienia* – pkt VI *Specyfikacja sytemu* pkt 8 *Komponent 1: Odczyt znaczników RFID umieszczonych w kontrolowanych pojazdach* ppkt 3).

Należy też wskazać, że zamawiający w dniu 8 kwietnia 2021 roku dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że podał przykładowych producentów i modele znaczników wraz z określeniem i zdefiniowaniem równoważności. Natomiast, podnoszona przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 4 maja 2021 roku kwestia, iż niektórych spośród przykładowych modeli znaczników, wskazanych przez zamawiającego w zmodyfikowanej SWZ, oferowany przez niego System nie będzie mógł odczytać, nie była podnoszona w ramach zarzutu. W ramach podnoszonego przez siebie zarzutu odwołujący domagał się wyłącznie do sprecyzowania tagów RFID planowanych do użycia przez zamawiającego. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, że Izba rozstrzyga odwołanie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesione odwołanie. To one stanowią o zarzutach, które podlegają rozpoznaniu.

Ponadto, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a zatem także okoliczność, że zamawiający dokonał określonych zmian SWZ – poprzez konkretyzację i wskazanie przykładowych modeli znaczników RFID.

Należy też nadmienić, że wobec dokonanej modyfikacji SWZ przysługiwało odwołującemu odrębne odwołanie.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że ww. zarzut podlegał oddaleniu.

b) odnośnie zarzutu z pkt 1 lit. b) odwołania:

Powyższy zarzut odnosił się do funkcji automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych na poziomie min. 90%. Odwołujący wskazywał, że weryfikacja skuteczności Systemu w tym zakresie została opisana w sposób nieprecyzyjny, pozbawiający zamawiającego możliwości realizacji celów przedmiotu zamówienia. W ramach żądań odwołujący oczekiwał dopuszczenia możliwości zweryfikowania oczekiwanej skuteczności poprzez przeprowadzenie procedury testowej.

Zarzut nie potwierdził się.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w uzasadnieniu zarzutu odwołujący zwraca w głównej mierze uwagę na to, że zamawiający w sposób nieprecyzyjny określił weryfikację skuteczności, a mianowicie twierdził, iż *„system może zwrócić informacje, że na 100 potencjalnych tablic, rozpoznał tylko np. 10 i ich poprawność w odczycie jest na poziomie 100%. Co powoduje, że pozostałe 90 tablic nie będzie uwzględniane w procedurze określania skuteczności”*, co też odwołujący akcentował w argumentacji prezentowanej podczas rozprawy, wskazując dodatkowo, iż wymaganie określone przez zamawiającego zawiera błąd logiczny. Powyższe wywodził ze sformułowania, iż skuteczność ma być określana jako odsetek *„spośród wszystkich tablic wykrytych przez System”.* Natomiast, w samym żądaniu odwołujący nie dąży do sprecyzowania wymagań w tym zakresie, czy też do innego zapisu dotyczącego zbioru danych wejściowych wobec którego ma być dokonywana weryfikacja skuteczności, lecz dąży do wprowadzenia zapisów dotyczących przeprowadzenia procedury testowej, mającej na celu weryfikację „oczekiwanej” skuteczności. Innymi słowy, żądanie odwołującego nie koresponduje w pełni z zarzutem. Odwołujący oczekuje wprowadzenia dodatkowej procedury, a nie doprecyzowania zapisów dot. funkcji umożliwiającej poprawne rozpoznawanie min. 90% tablic rejestracyjnych.

Niezależnie od powyższego należy podzielić stanowisko zamawiającego, który wskazywał, że postanowienia SWZ należy czytać łącznie, w tym w szczególności zwracał uwagę na lit. f) w Załączniku nr 1 do umowy pkt VI.2. ppkt 1, w którym określił, że: *„f) funkcja musi umożliwiać poprawne skanowanie tablic pojazdów zaparkowanych prostopadle, równolegle (o ile zachowana jest odległość min. 50 cm od pojazdu sąsiedniego) i pod innym niż 90 stopni kątem, z zastrzeżeniem sytuacji, w których tablica rejestracyjna pojazdu skanowanego nie jest widoczna z pozycji pojazdu skanującego; wszystkie tablice rejestracyjne zaparkowanych pojazdów, które są widoczne z pozycji pojazdu skanującego i które spełniają warunki określone w przepisach prawa (w szczególności art. 60 ust. 1 pkt 2, 3, 3a oraz ust. 1a. Ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym: Dz.U.2020.0.110 t.j., ze zm.) powinny zostać przez System wykryte”.*

Zatem, w lit. f) zamawiający opisał jakie tablice powinny być przez System wykryte, a w lit. h) określił oczekiwaną skuteczność rozpoznawania. Innymi słowy, zamawiający określił w jaki sposób będzie weryfikował skuteczność i wbrew twierdzeniom odwołującego określił też zbiór danych wejściowych, które mają podlegać ocenie w tym zakresie.

Natomiast żądanie odwołującego odnośnie wprowadzenia do SWZ postanowień dotyczących weryfikacji oczekiwanej

skuteczności poprzez przeprowadzenie procedury testowej, w ocenie Izby, jest nieuzasadnione, gdyż nie może to stanowić obowiązku zamawiającego, lecz wyłącznie jego uprawnienie.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że ww. zarzut podlega oddaleniu.

c) odnośnie zarzutu z pkt 1 lit. c) odwołania:

Powyższy zarzut dotyczył zaniechania określenia przez zamawiającego w SWZ procedury testowej, mającej na celu weryfikację posiadania przez potencjalnych wykonawców rozwiązania spełniającego oczekiwania dotyczące realizacji usługi odczytu tablic rejestracyjnych. Odwołujący negował dokonywanie oceny ofert jedynie w oparciu o oświadczenia i referencje wykonawców, wskazując, że może skutkować to wyborem rozwiązania, którego wdrożenie okaże się niemożliwe.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zauważa, że nie ma przepisu ustawy Pzp, na podstawie którego można byłoby nakazać zamawiającemu wprowadzenie do SWZ opisu procedury testowej, która miałaby umożliwić mu weryfikację posiadania rozwiązania spełniającego oczekiwania dotyczące zamawianej usługi. Trudno w tym względzie doszukać się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Raczej należałoby to rozpatrywać w kontekście uprawnień zamawiającego, a nie obligu, o ile oczywiście opisałby taką procedurę w sposób nienaruszający wymagań ustawy Pzp.

Izba nie kwestionuje tego, że być może postępowanie prowadzone przez ZDM Warszawa wdrożyło wzorcową procedurę testową oferowanych rozwiązań, mającą na celu uzyskanie usługi o jak najwyższej jakości, niemniej jednak z tego faktu nie można wywodzić, że inni zamawiający, którzy będą prowadzić podobne postępowania winni je przygotować w ten sam sposób i w oparciu o podobne założenia (choćby poprzez prowadzenie testów przed ostatecznym wyborem oferty).

Mając powyższe na względzie Izba uznała zarzut za bezzasadny.

II. Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w związku z art. 116 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w SWZ w pkt IV.1. ppkt 4) warunku udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia wybór wykonawcy z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz uniemożliwia realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakościowym.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie do treści art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

W art. 116 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca określił, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Z kolei powołany przez odwołującego przepis art. 16 ustawy Pz stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

W ocenie Izby ww. zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, aby został naruszony którykolwiek z powołanych przez niego przepisów ustawy Pzp. Przede wszystkim odwołujący nie wykazał, że zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (dotyczący doświadczenia) w sposób, który uniemożliwia mu wybór wykonawcy z zachowaniem uczciwej konkurencji, nieproporcjonalny oraz uniemożliwiający mu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący domagał się wprowadzenia do treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznych i zawodowych postanowienia dotyczącego wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w zakresie dostawy systemu lub świadczenia usługi z wykorzystaniem systemu informatycznego do zastosowania w terenie zewnętrznym, mającego za zadanie „MOBILNE" rozpoznawanie tablic rejestracyjnych. Żądanie swoje wiązał z opisem przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym usługa udostępnienia w ramach zamówienia rozwiązania informatycznego (Systemu) miała zapewniać m.in. funkcję automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych zaparkowanych pojazdów, realizowaną z pojazdu znajdującego się w ruchu.

Należy wskazać, że zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej, poprzez odniesienie do minimalnej wartości zrealizowanego zamówienia (300 000 zł brutto), jak i poprzez odniesienie do wykonania zamówienia zbliżonego (*„dostawa systemu lub świadczenie usługi z wykorzystaniem systemu informatycznego do zastosowania w terenie zewnętrznym, mającego za zadanie rozpoznawanie tablic rejestracyjnych i wykonywanie oraz zapisywanie dokumentacji zdjęciowej",* przy czym *„system ten musiał umożliwiać co najmniej przekazywanie danych pozyskiwanych przez urządzenia (w szczególności przekształconych do postaci znakowej informacji z tablic rejestracyjnych oraz dokumentacji zdjęciowej)"*).

Słusznie zamawiający argumentował w złożonej przez siebie odpowiedzi na odwołanie, iż w opisanym przez siebie warunku udziału w postępowaniu określił cztery istotne dla niego kryteria, które też stanowiły element świadomego jego wyboru i z których każde wiąże się bezpośrednio z przedmiotem zamówienia. Wskazane kryteria definiują zbliżony do przedmiotu zamówienia, choć nie identyczny, charakter doświadczenia wykonawcy.

Izba podziela w tej kwestii stanowisko zamawiającego, iż warunek udziału w postępowaniu nie musi i nie powinien obejmować zamówienia identycznego, bo też nie taka jest rola wykazania warunków udziału w postępowaniu. Powinien

umożliwiać on ocenę zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu powinny być określane z zachowaniem zasady proporcjonalności.

W ocenie Izby słusznie zamawiający podkreślał, że poprzez sformułowanie warunku w sposób żądany przez odwołującego mógłby w istocie doprowadzić do ograniczenia konkurencji, a poprzez sformułowany przez siebie zapis zwiększa konkurencyjność.

Zamawiający nie naruszył zatem dyspozycji art. 112 ustawy Pzp . Odnośnie przepisu art. 116 ustawy Pzp Izba zwraca uwagę na fakultatywny charakter tego przepisu. Ustawodawca wskazał bowiem, iż zamawiający „*może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości*.". A zatem należy mieć na uwadze, że wprowadzenie do SWZ postanowień w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego niezbędnego doświadczenia, stanowi uprawnienie zamawiającego, które oczywiście powinno być realizowane z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp i zasad z niej wynikających.

Z drugiej strony odwołujący nie wykazał, że poprzez takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu (tj. bez wprowadzenia kryterium „mobilności") zamawiający narusza zasady uczciwej konkurencji. Raczej uzasadnione jest twierdzenie zamawiającego, iż poprzez wprowadzenie tego dodatkowego warunku ograniczyłby konkurencyjność w tym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów, które podlegały rozpoznaniu na rozprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1, § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości mniejszej niż progi unijne na kwotę 7.500 zł. Z kolei § 5 pkt 1 powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis.

Stosownie zaś do § 8 ust. 2 w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

W oparciu powołane powyżej przepisy Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……