Sygn. akt: KIO 1125/21

WYROK
z dnia 14 czerwca 2021 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o. w Szczecinie**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez zamawiającego **Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o. w Szczecinie** przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 353^1 i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie baterii i wagi tabletów (pkt III uzasadnienia odwołania),
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o. w Szczecinie**– zmianę treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości:
   a) oferowania systemu informatycznego do kompleksowej obsługi – w tym administrowania BIKE_S (oprogramowania), którego wykonawca nie jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie, lecz wobec którego wykonawca zapewni zamawiającemu możliwość aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania oraz
   b) dostarczenia rowerów z obręczami kół i opon o średnicy 26 cali
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o. w Szczecinie** i

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

   3.2. zasądza od zamawiającego **Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o. w Szczecinie** na rzecz odwołującego **Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze 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.

……..

Sygn. akt: KIO 1125/21

Uzasadnienie

Zamawiający Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o. w Szczecinie– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa kompleksowego systemu wypożyczalni rowerów Bike_S – Szczeciński Rower Miejski", nr ref. NiOL/ZP/15/2021.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 12 kwietnia 2021 roku wykonawca Nextbike Polska S.A. w restrukturyzacji z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej: SWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, art. 353^1 i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie:
   a) wymagania, aby wykonawca był autorem oprogramowania i jego właścicielem posiadającym prawa autorskie oraz aby musiał posiadać prawo oraz możliwość do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania,
   b) baterii i wagi tabletów,
   c) wielkości średnicy obręczy kół i opon rowerów,
   d) terminu realizacji etapu I i w konsekwencji etapów II i III

   w sposób naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem;
2) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał co następuje:

I. Uwagi wstępne

Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Ustawa Pzp zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający powinien podczas dokonywania tego opisu wskazać tylko te jego cechy, które mają

dla niego znaczenie kluczowe i istotnie są uzasadnione celem prowadzonego postępowania. Swoboda zamawiającego w precyzowaniu swoich wymagań ograniczona jest bowiem w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interesy Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej zaś nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że formułując SWZ, Zamawiający musi mieć 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. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2012 r., sygn.. akt KIO 1630/12 odnoszące się do art. 29 ust. 2 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp. Dalej odwołujący zauważył, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp posługuje się tym samym sformułowaniem („mógłby utrudniać uczciwą konkurencję"), co art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z 2004. W związku z powyższym, odwołujący uznał, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tego przepisu za aktualne.
Dalej odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ wymagania Zamawiającego preferują konkretnego producenta/wykonawcę oraz nie są obiektywnie uzasadnione. Powyższe uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty przez odwołującego i innych producentów/dostawców. Odwołujący podkreślił również, 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.
Odwołujący wskazał również, że zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony [...].
Odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2014 r. (V CSK 322/13) oraz wyrok z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13), a także **wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15).**
II. OPZ – prawa autorskie do oprogramowania
Odnośnie tego zarzutu odwołujący wskazał, że zamawiający w OPZ postawił wymaganie, że wykonawca w ramach etapu I: „dostarczy oprogramowanie, którego jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie, do kompleksowej obsługi (w tym administrowania SRM, wskazane w ustępie XI)"(rozdz. II pkt 1 ppkt 6 SWZ, str. 28). Wymaganie to powtórzono w szeregu innych miejscach SWZ, zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i we wzorze umowy.
Odwołujący stwierdził, iż wymaganie to jest nadmierne, nieproporcjonalne i ogranicza uczciwą konkurencję. Czyni niniejsze zamówienie dostępne tylko dla wykonawców, którzy są autorami oprogramowania i właścicielami praw autorskich. Tymczasem część wykonawców nie jest właścicielem oprogramowania, lecz posiada prawo do udzielania sublicencji do takiego oprogramowania, którego właścicielem są inne podmioty. Odwołujący wskazał, iż on jak i większość wykonawców na rynku polskim, nie jest spółką informatyczną, lecz jej działalność polega praktycznie wyłącznie na dostarczaniu systemów rowerowych. Nie jest zatem uzasadnione, aby osobiste i majątkowe prawa autorskie przysługiwały wykonawcy zamówienia, skoro dla jego realizacji jest to zbędne. Wymaganie to uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty, choć jest liderem na polskim rynku systemów rowerowych.
Odwołujący podkreślił, iż co niezmiernie istotne, zamawiający nie wymaga od wykonawcy przeniesienia autorskich praw majątkowych do oprogramowania, lecz wymaga udzielenia licencji. W ocenie odwołującego nie było **zatem żadnych podstaw, aby wykonawca, który dysponuje prawem do udzielania sublicencji do takiego oprogramowania nie mógł udzielić takiej sublicencji, w zakresie, jakim oczekuje tego zamawiający. Ponadto odwołujący stwierdził, że w**ymaganie zamawiającego jest bezpodstawne, skoro dedykuje zamówienie dla wykonawców, którzy są autorami i właścicielami praw autorskich do oprogramowania, zaś zamawiający wymaga w wyniku realizacji zamówienia udzielania praw, które może otrzymać na mocy sublicencji. Jedynym skutkiem wymagania Zamawiającego jest ograniczenie konkurencji.
Dalej odwołujący wskazał, że licencja ma być udzielana przez wykonawcę sukcesywnie na każdy rower, w miarę dostarczania rowerów - rowery mają zostać dostarczone w trzech etapach. Zgodnie z §3 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy jej przedmiot obejmuje: „sukcesywne dostarczanie (udzielanie) licencji od momentu uruchomienia systemu i podpisania protokołu odbioru podpisanego przez strony bez zastrzeżeń do dnia 31.12.2026 r.". *Zgodnie z §4 ust. 1 wzoru umowy:* „Wykonawca udziela Zamawiającemu ograniczonej czasowo licencji niewyłącznej na korzystanie z dostarczonego przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy oprogramowania komputerowego do obsługi Bike-S (utworu)'. *W § 4 ust. 3 wzoru umowy zamawiający określił pole eksploatacji na jakim może być wykorzystywana licencja:* „Udzielona licencja obejmuje swoim zakresem prawo do korzystania z utworu zgodnie z jego przeznaczeniem, wyłącznie w zakresie niezbędnym do prawidłowego działania uruchomionego przez Wykonawcę, na rzecz Zamawiającego, systemu Bike-S (pole eksploatacji); terytorium korzystania obejmuje obszar miasta Szczecin".
Ponadto odwołujący wskazał, iż zamawiający wymaga przeniesienia autorskich praw majątkowych do projektów graficznych (§4 ust. 9 i 10 wzoru umowy). Zatem wymaganie bycia autorem oprogramowania i właścicielem posiadającym prawa autorskie jest bezpodstawne i nieproporcjonalne.
Odwołujący przywołał §4 ust. 2 wzoru umowy, w którym w jego ocenie, zamawiający opisał te wymagania, które rzeczywiście mają uzasadnienie, aby wykonać przedmiot umowy w sposób prawidłowy: „Wykonawca oświadcza, że:
1)przysługuje mu prawo do udzielenia licencji do oprogramowania komputerowego dostarczonego w ramach realizacji umowy,
2)może rozporządzać licencją w zakresie niezbędnym do zawarcia i wykonywania umowy,
3)korzystanie z utworu nie narusza (oraz nie będzie naruszać) majątkowych i osobistych praw autorskich oraz dóbr osobistych osób trzecich".
Odwołujący podkreślił, że do spełnienia tych wymagań nie jest konieczne bycie autorem oprogramowania i właścicielem posiadającym prawa autorskie. A jednocześnie te wymagania są wystarczające z punktu widzenia celu umowy, co powoduje, że udzielenie sublicencji również jest wystarczające.
Zgodnie z rozdz. XI pkt 1 SWZ (str. 34): „Wykonawca dostarczy oprogramowanie (w języku polskim), którego jest

właścicielem wraz z licencją do kompleksowej obsługi - w tym administrowania Bike_S. Wykonawca musi posiadać prawo oraz możliwości do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania, którego jest (którego jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie)". Odwołujący stwierdził, że bezpodstawne jest wymaganie, aby wykonawca posiadał prawo oraz możliwości do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania. Wystarczające jest, aby wykonawca posiadał takie możliwości oraz zobowiązał się do zapewnienia aktualizacji, modyfikacji i swobodnego rozwoju oprogramowania w zakresie wskazanym przez zamawiającego, jeśli takie są jego potrzeby. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie zastrzegł wykonywania czynności dokonywania aktualizacji, modyfikacji i swobodnego rozwoju oprogramowania dla siebie samego, lecz ma je ewentualnie wykonywać wykonawca. Dlatego czy wykonawca wykona je samodzielnie, czy też zleci je podmiotowi, który jest właścicielem tych praw, dla zamawiającego nie powinno mieć znaczenia. Zamawiający nie nakłada na wykonawcę obowiązku dokonywania aktualizacji, modyfikacji czy rozwoju oprogramowania.
W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ, w tym wzoru umowy poprzez:
1)usunięcie wymagania, aby wykonawca był autorem i właścicielem praw autorskich,
2)zmianę wymagania, aby Wykonawca musiał posiadać prawo oraz możliwość do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania na wymaganie, aby posiadał możliwość aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania przez jego właściciela.

lll. OPZ –tablety

Zamawiający w załączniku nr 5 do OPZ MINIMALNE WYMAGANIA DOTYCZĄCE SPRZĘTU STANOWIĄC WYPOSAŻENIE STANOWISK DO OBSŁUGI SRM opisał minimalne wymagania w stosunku do 5 sztuk tabletów, kt mają zostać dostarczone w ramach realizacji zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zgodnie z rozdz. IX ust. 1 pkt 2 SWZ (str. 16) wymaga, aby wraz z ofertą wykonawcy złożyli formularz zawierający parametry zaoferowanego tabletu, stanowiący załącznik nr 1a do SWZ.
Odwołujący podał, że opisane w załączniku nr 5 do OPZ parametry tabletów wskazują na konkretny tablet, konkretnego producenta - Durabook R11 starszej generacji. Co więcej, urządzenia te zostały wycofane z produkcji ponad 1,5 roku temu i zastąpione koleją wersją, która nie spełnia wymagań Zamawiającego. Wymagań tych nie spełniają też urządzenia innych producentów.
Odwołujący podkreślił, iż istotne są tutaj następujące parametry wymagane przez Zamawiającego, które stanowią o naruszeniu uczciwej konkurencji poprzez preferowanie producenta Durabook i wykonawców, którzy ewentualnie mają dostęp do urządzeń tego producenta w wersji wycofanej z produkcji:
1)Bateria: 4130 mAh Li-Po, umożlwiająca pracę w terenie bez ładowania min. 7 godzin,
2)Waga: 1,2 kg.
W zakresie wskazanych parametrów odwołujący zauważył, że:
1)wskazane powyżej parametry powodują, że nie jest możliwe zaoferowanie aktualnie dostępnych na rynku tabletów, w tym także producenta Durabook. Wymagania te preferują zatem wykonawców, którzy mają dostęp do urządzeń wycofanych z produkcji, ewentualnie dostępnych na stanach magazynowych. Zatem nie dość, że wymagania techniczne wskazują na konkretnego producenta, to jeszcze dostęp do tych urządzeń jest dodatkowo ograniczony poprzez konieczność nawiązania współpracy z podmiotami, które ewentualnie posiadają te urządzenia z jakichś starych dostaw. Urządzenia te jednocześnie byłyby wyprodukowane przed 2020r., co powoduje dodatkowe zastrzeżenia co do ich żywotności i pozyskania gwarancji na okres wymagany przez Zamawiającego - do 31.12.2023 r. i w ogóle świadczeniem dla nich serwisu, co jest ryzykiem nie tylko dla wykonawcy, ale i dla samego Zamawiającego, zwłaszcza po upływie okresu gwarancji;
2)Zamawiający wymaga baterii litowo-polimerowej, o czym świadczy wskazanie przy baterii na oznaczenie „Li-Po". Są to baterie starszego typu, które nie są aktualnie stosowane w urządzeniach tej klasy. Aktualnie standardem są baterie litowo-jonowe, które obecnie stosuje także producent Durabook;
3)ponadto zamawiający wymaga, aby bateria posiadała pojemność „4130 mAh". Taka pojemność baterii powoduje, że waga urządzenia wzrasta, także u producenta Durabook i przekracza 1,2 kg. Powyższa uwaga dotyczy wcześniejszych urządzeń tego producenta, wycofanych z produkcji, jak i produkowanych obecnie. Zatem, aby możliwe było zaoferowanie urządzenia z taką pojemnością baterii, które aktualnie posiada w swojej ofercie producent Durabook, konieczne jest dopuszczenie urządzeń o wadze 1,4 kg z baterią litowo-jonową. Producent ten oferuje tablet R11 z dwoma rodzajami baterii, ale bateria, która posiada taką minimalną pojemność, jak wymaga zamawiający jest cięższa i zwiększa wagę urządzenia o ok. 0,2 kg (co daje 1,4 kg);
4)tablet Durabook R11 w konfiguracji, która pozwala na spełnienie wymagania minimalnej pojemności „4130 mAh" posiada pojemność 7800 mAh, co znacznie przekracza wymóg Zamawiającego, a jednocześnie urządzenie z taką baterią jest droższe i cięższe. Jeśli Zamawiającemu zależy przede wszystkim na urządzeniu jak najlżejszym, to powinien dopuścić urządzenia z bateriami litowo-jonowymi o pojemności 3950 mAh - takie urządzenie waży nie więcej niż 1,2 kg (jak wymaga Zamawiający), czas pracy wynosi co najmniej 7 h (jak wymaga Zamawiający), zaś pojemność baterii ulega nieznacznemu obniżeniu - jedynie o 180 mAh;
5)kwestionowane parametry trudno uznać również za proporcjonalne. Bowiem nie sposób uznać, że sama technologia baterii litowo-polimerowej ma dla Zamawiającego jakiekolwiek wymierne znaczenie. Również w tym kontekście nie sposób uznać za proporcjonalne wymaganie pojemności baterii na poziomie 4130 mAh, skoro zmniejszenie tego parametru nastąpiłoby jedynie o 180 mAh, a pozwoliłoby zaoferować urządzenie zapewniające czas pracy i wagę wymaganą przez Zamawiającego;
6)powyższe zmiany: zmiana baterii na litowo-jonową, zmiana pojemności baterii na 3950 mAh i zmiana wagi na 1,4 kg zapewniłyby możliwość zaoferowania urządzenia jeszcze jednego producenta, co pozwoliłoby zachować minimalną konkurencyjność Postępowania i otworzyć opis przedmiotu zamówienia w zakresie tabletów na dwóch producentów.
Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany wymagań SWZ w zakresie tabletów w następujący sposób:
Bateria: *3950* mAh *litowo-jonowa*, umożlwiająca pracę w terenie bez ładowania min. 7 godzin, godzin,
Waga*:* 1,4 *kg.*

IV. OPZ - średnica koła roweru i opony

Zamawiający w rozdz. VII pkt 2 ppkt 11 i 12 SWZ (str. 32) postawił odpowiednio wymagania: „obręczy kół - wzmocnionych wykonanych ze stopu aluminium, co najmniej dwukomorowe, kapslowanych, *o średnicy 28'* przeznaczonych do opon z zabezpieczeniem antyprzebiciowym" oraz „opon - *28'* antyprzebiciowych, wyposażonych w pasek odblaskowy i bieżnik typu miejskiego"**.** *Takie wymaganie stanowi ograniczenie konkurencji.*

Odwołujący wskazał, iż powszechnie stosowane w systemach rowerów publicznych zarówno w Polsce, jak i na świecie są koła o wielkości 26". W niektórych regionach świata częściej stosowane są też rowery o kołach mniejszych, tj. 24". Nie są praktykowane systemy rowerów publicznych z kołami 28" - takie rozwiązania mogą się zdarzać w wypożyczalniach stacjonarnych, gdzie użytkowane są rowery „cywilne", tj. standardowe rowery, ale zazwyczaj oferują one rowery różnej wielkości.
Jednocześnie odwołujący zauważył, że zakupywany system jest systemem publicznym i jest dedykowany dla wszystkich potencjalnych użytkowników, a przede wszystkim jest systemem miejskim. Kwestionowane wymaganie dyskryminuje osoby niższe, drobniejszej postury ciała, dla których rowery tego typu będą za duże, niekomfortowe i mniej bezpieczne. Między innymi z tego powodu w systemach rowerów publicznych stosowane są w przeważającej części rowery najbardziej uniwersalne - 26", jako dopasowane wielkością ramy oraz kół do jak największej ilości użytkowników i zapewniające im komfortową jazdę.
Dalej odwołujący wskazał, że większe koła będą powodować konieczność zwiększenia ramy, aby rower był stabilny (ale i tak będzie on stabilny jedynie dla odpowiednio wysokich osób), bo w przeciwnym razie - bez zwiększenia ramy rower po prostu będzie zbyt krótki, rozstaw kół będzie zbyt mały i rower tym bardziej będzie niestabilny, nie tylko dla niskich i lżejszych osób. Geometria tego roweru będzie niewłaściwa. Jeśli zaś miałby mieć właściwą geometrię, to skutkowałoby to też koniecznością podniesienia ramy (górnej rury). To powoduje, że niższa osoba w razie potrzeby nagłej ewakuacji z siodełka, jest zdecydowanie bardziej narażona na zaczepienie wrażliwą częścią ciała o ramę, co dodatkowo może skutkować utratą równowagi i dalszymi negatywnymi konsekwencjami**.** Ponadto Zamawiający wymaga, aby rowery posiadały bagażnik: „bagażnika (koszyka) - metalowego, zainstalowanego na kierownicy roweru, odpornego na odkształcenia, umożliwiającego przewóz przedmiotów o pojemności 4 - 6 litrów i masie do 10kg" (rozdz. VII pkt 2 ppkt 25 SWZ, str. 32). W ocenie odwołującego, jazda osoby niższego wzrostu, zwłaszcza lżejszej z załadowanym bagażnikiem będzie zdecydowanie mniej komfortowa i bezpieczna na rowerze z większymi kołami, w rozmiarze 28". Rower dla takiej osoby na pewno nie będzie stabilny, zwłaszcza z załadowanym bagażnikiem.
Ponadto odwołujący wskazał, że rowery z kołami 28" są z racji większych kół szybsze, co dla użytkowników rowerów publicznych, zwłaszcza tych, którzy nie posiadają swoich własnych rowerów, takie rozwiązanie tym bardziej może się wiązać z mniejszym poczuciem bezpieczeństwa i komfortu podróży. Tymczasem zakupywane rowery będą użytkowane w przestrzeni miejskiej, co powoduje, że powinny być one przede wszystkim bezpieczne i pozwalać użytkownikowi na stabilną jazdę. Rowery te w założeniu stanowią uzupełnienie transportu miejskiego i nie są one dedykowane do dalekich podróży poza miastem, gdzie element szybkości mógłby mieć znaczenie. Sam Zamawiający w rozdz. VII pkt 2 SWZ (str. 31) wskazuje: „Rower musi być rowerem typu miejskiego [...]". O miejskim charakterze rowery świadczy jego opis, w szczególności wymaganie, aby piasta tylna była trzybiegowa.
Odwołujący podkreślił, że choć rowery z większymi kołami są szybsze, to właśnie rowery z mniejszymi kołami mają lepszą dynamikę, tj. szybciej można się na nich rozpędzić, a w warunkach miejskich to dynamika ma większe znaczenie. Co więcej, rowery takie są co do zasady lżejsze, co wynika z tego, że same koła mniej ważą, ale przede wszystkim sama rama roweru może być wówczas mniejsza, a widelce też mogą być krótsze - co zmniejsza masę. I przede wszystkim rowery z mniejszymi kołami są bardziej zwrotne, co ma bardzo istotne znaczenie przy konieczności manewrowania w ciasnych uliczkach, ścieżkach, budynkach, ogólnie rzecz ujmując w przestrzeni miejskiej. Zwrotność ma kluczowe znaczenie, gdy trzeba np. wykonać gwałtowny manewr w celu ominięcia przechodnia. Inaczej ujmując rowery te są bezpieczniejsze zarówno dla użytkownika roweru, jak i dla otoczenia.
W ocenie odwołującego istotny jest również czynniki logistyczno-serwisowy, tj. standardowe luki bagażowe w samochodach dostawczych o dopuszczalnej masie 3,5 tony, których używa się najpowszechniej do relokacji rowerów publicznych, mieszczą niemal dokładnie, bez marginesu dodatkowej przestrzeni, rowery 26" ładowane w układzie zapewniającym optymalną ładowność, tj. „w poprzek". Pozwala to najefektywniej zarządzać procesem relokacji i przewożenia rowerów. Większe rowery prawdopodobnie w takich lukach nie będą się w tym układzie mieścić, co powodować będzie potrzebę wykonywania dodatkowych kursów, podniesie koszty eksploatacji. Jeśli zaś rowery takie miały by mieścić się w przestrzeni załadunkowej takiego samochodu dostawczego, to musiały by one być zaprojektowane w taki sposób, że odległość pomiędzy ich kołami byłaby bardzo mała w stosunku do wielkości kół, co z kolei czyniłoby taki rower bardzo niestabilnym i mało bezpiecznym.
Odwołujący dodał, że 26" to 559 mm, zaś 28" to 622 mm. Zatem różnica w rozmiarze, to 63 mm, tj. 6,3 cm. Jednocześnie Zamawiający nie specyfikuje wielkości profilu opony. Wymagania co do opon opisano w rozdz. VII pkt 2 ppkt 12 SWZ (str. 32) następujący sposób: „opon - 28" antyprzebiciowych, wyposażonych w pasek odblaskowy i bieżnik typu miejskiego". Zatem na samym profilu opony różnica w wielkości koła (obręcz + opona) może wynosić 1,5 a nawet 2 cm. To z kolei powoduje, że w rzeczywistości, przy takich wymaganiach Zamawiającego różnica w wielkości koła (obręcz + opona) może wynosić nie 2" ale 4 cm (1,57"). Tym bardziej ograniczenie konkurencji w tym przypadku jest bezpodstawne.
Zdaniem odwołującego kwestionowane wymagania nie są proporcjonalne i nie znajdują odzwierciedlenia w potrzebach zamawiającego, a już na pewno nie w takim stopniu, aby ograniczać konkurencję. Potrzeby zamawiającego spełnią rowery z kołami 26". Rowery te będą przystosowane dla użytkowników różnego wzrostu, ponieważ zamawiający wymaga, aby:

1) *sztyca zapewniała bardzo duży zakres regulacji:* „sztycy - służącej zmianie wysokości siodełka w nieskomplikowany dla klientów sposób, o długości od 300 do 500 mm**,** z podziałką umożliwiającą łatwiejsze ustawienie, zamocowanej na ramie roweru w sposób uniemożliwiający kradzież; zamawiający nie dopuszcza rozwiązania polegającego na użyciu stalowej linki do zabezpieczenia sztycy siodła przed wyjęciem i/lub kradzieżą**"** (rozdz. Vll pkt 2 ppkt 23 SWZ, str. 32),
2) *kierownica posiadała podniesiony wznios:* „kierownicy - wykonanej ze stopu aluminium, o podniesionym wzniosie, na metalowym wsporniku" (rozdz. Vll pkt 2 ppkt 8 SWZ, str. 32).

Odwołujący wskazał, że rowery z kołami 26", spełniające pozostałe wymagania wyspecyfikowane przez Zamawiającego dawały by możliwość komfortowego i bezpiecznego podróżowania szerokiej grupie użytkowników (różna waga ciała i wzrost). Natomiast wymóg kół w rozmiarze 28" grupę tę zawęża i dyskryminuje część użytkowników.
Odwołujący, podkreślił, iż dostarczył na rynku polskim ponad pięćdziesiąt publicznych systemów rowerowych opartych na rowerach z kołami o średnicy 26", w tym systemy znacznie większe od objętego niniejszym zamówieniem. Posiadane doświadczenie wskazuje, że jest to optymalna wielkość kół, pozwalająca korzystać z rowerów szerokiej grupie użytkowników, z zachowaniem zasad bezpieczeństwa i komfortu podróżowania.
Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ poprzez dopuszczenie możliwości dostarczenia rowerów z obręczami kół i opon o średnicy 26".

V. Termin realizacji
Zamawiający ustalił następujący termin realizacji zamówienia dla etapu I, w którym ma zostać dostarczone 400 rowerów na 60 dni od daty zawarcia umowy (rozdz. XII ust. 1 pkt 1 lit. d) SWZ, str. 23).Termin ten zważywszy na ograniczające konkurencję wymaganie obręczy kół i opon o średnicy 28" jest nierealny i nie uwzględnia czasu niezbędnego na dokonanie szeregu czasochłonnych czynności w celu realizacji zamówienia, w tym konieczności przeprojektowania i wykonania rowerów.
Na wstępie odwołujący zaznaczył, że zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej faktyczny okres na dostarczenie elementów systemu jest jeszcze krótszy niż wskazany przez Zamawiającego. Zgodnie z § 9 ust. 1 wzoru umowy „Zamawiający wyznaczy termin odbioru do 5 dni roboczych od daty zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości". Oznacza to, że faktyczny czas na dostarczenie rowerów skraca się o 5 dni roboczych dni od zawarcia umowy. Co niezmiernie istotne, zanim dojdzie do dostawy rowerów konieczne jest dochowanie opisanej w umowie procedury uzgodnień z zamawiającym i zachowanie etapowości działań, gdzie dokonanie pewnych czynności jest uwarunkowane od zakończenia innych.
Odwołujący wskazał, że proces produkcji rowerów standardowo produkowanych (koła 26") od momentu złożenia zamówienia wynosi przynajmniej 90 dni. Zamówienie na takie rowery można, przy przyjęciu rozsądnego ryzyka, złożyć już w dniu otwarcia ofert, jeśli oferta przedstawiałaby najlepszy bilans w kryteriach złożonych ofert w Postępowaniu albo byłaby jedyną ofertą, żeby maksymalnie przyspieszyć realizację zamówienia. Odwołujący niejednokrotnie składał w ten sposób zamówienia, ale dotyczyło to rowerów standardowych z obręczami kół 26", czyli standardowo przez niego produkowanych i zamawianych na rynku polskim. Przy takich rowerach nawet, gdyby finalnie umowa nie została zawarta, to wówczas wykonawca ma szansę na późniejszą ich sprzedaż, ponieważ rynek systemów rowerowych oparty jest na takich rowerach z kołami 26".
Odwołujący podkreślił, iż jeśli jednak mają to być rowery z niestandardową wielkością obręczy kół - 28", to termin ich dostawy jest zdecydowanie dłuższy. Proces stworzenia nowej wielkości ram rowerowych, do których będą pasowały większe 28" koła, wymaga przygotowania i przeprowadzenia szeregu prac. Jest to w pierwszej kolejności przeprojektowanie roweru, zwiększenie wielkości ramy, zgodnie z odpowiednimi normami, przygotowanie egzemplarza prototypowego, przetestowanie go, zazwyczaj kończące się naniesieniem kolejnych zmian i powtórzeniem testów. Następnie, po wykonaniu i przetestowaniu 2-3 egzemplarzy testowych, z których każdy kolejny jest z naniesionymi poprawkami, wykonuje się egzemplarz przedprodukcyjny, który wraz z odpowiednimi projektami technicznymi jest przekazywany do fabryki produkującej ramy. W niej tworzony jest projekt nowych form, następnie przygotowana jest produkcja. Na samym końcu trzeba mieć też na względzie, że wykonanie takiego niestandardowego zamówienia niesie za sobą potrzebę zabezpieczenia terminu na wykonanie zamówionych niestandardowych ram. W chwili obecnej mamy do czynienia z bardzo dużym popytem na rowery, połączony z wciąż występującym deficytem dostępności części i podzespołów rowerowych powoduje, że wszystkie terminy dostaw są znacznie wydłużone. Dopiero po wykonaniu pierwszej transzy rowerów z nowymi, większymi ramami, można przystąpić do procesu ich certyfikacji, który dla norm certyfikowanych ISO trwa minimum 3-4 miesiące. Łącznie przeprojektowanie roweru z testami, certyfikacją i przygotowaniem do produkcji potrwa przynajmniej 6 miesięcy.
Ponadto odwołujący wskazał, że zamówienie na taki rower można złożyć dopiero po zawarciu umowy, kiedy pozyskanie zamówienia będzie pewne. Podobnie z przeprojektowaniem roweru, ponieważ wykonywane ono byłoby specjalnie w celu realizacji niniejszego zamówienia. W przeciwnym razie wykonawca ryzykuje poniesienie kosztów przeprojektowania i zakupu rowerów, których późniejsza sprzedaż może być niemożliwa. Wobec tego z jednej strony nie można zamówić rowerów wcześniej niż po zawarciu umowy, a z drugiej konieczny jest dodatkowy czas na przeprojektowanie i pozostałe wskazane powyżej czynności. Łącznie czas na realizację zamówienia produkcji rowerów (90 dni) i czas na przeprojektowanie (180 dni) wynosi 270 dni. Przeprojektowanie i produkcję można zlecić dopiero po zawarciu umowy, w przeciwnym razie Wykonawca ponosiłby bardzo duże ryzyko, gdyby finalnie umowa nie została zawarta. Wykonawca zaprojektowałby i zakupił, bez potrzeby i z dużym ryzykiem ich niesprzedania, rowery niestandardowe.
Termin realizacji zamówienia przyjęty powyżej jest nierealny w przypadku konieczności dostarczenia rowerów z obręczami kół 28". Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 353^1 i art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia naruszający uczciwą konkurencję, rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem.
Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa**.**
Odwołujący podkreślił, iż celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Jednocześnie odwołujący wskazał, że zarzut ten jest zarzutem ewentualnym, gdyby nie został uwzględniony zarzut dotyczący wielkości średnicy obręczy kół i opon.
Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia, tak, aby termin realizacji etapu I wynosił 270 dni. Zamawiający w dniu 8 czerwca 2021 r. wniósł, w postaci elektronicznej, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w części co do zarzutów sformułowanych w pkt. II, IV i V odwołania oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania. W przedmiotowej odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił argumentację co do składanych wniosków.
Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Izba nie przychyliła się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp tj. w sytuacji gdy zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie zamawiającego odwołujący nie posiadał interesu w uzyskaniu zamówienia stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe zamawiający wywodził z otwarcia w stosunku do odwołującego przyspieszonego postępowania układowego oraz ustanowienia nadzorcy sądowego dla odwołującego, w związku z określeniem przez zamawiającego w SWZ katalogu podstaw do wykluczenia obejmującego również art. 109 ust. 1 pkt 4), 5) i 7) ustawy Pzp. W ocenie Izby, na tym etapie postępowania odwołujący jest podmiotem, któremu przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony

prawnej określonych ustawą Pzp. Zaistnienie podstaw do wykluczenia odwołującego w tym postępowaniu jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Na chwilę orzekania odwołujący jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie złożył jeszcze oferty w postępowaniu, w związku z tym nie można przesądzić, iż złożona przez niego oferta będzie podlegała odrzuceniu i zostaną wypełnione przesłanki ku temu niezbędne, tym bardziej, iż wykonawca aby uchronić się przed wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem jego oferty w oparciu o wskazane przez zamawiającego przesłanki wykluczenia jest uprawniony do skorzystania w procedury określonej w art. 110 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający oświadczeniem złożonym przed otwarciem rozprawy, uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 353^1 i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie baterii i wagi tabletów (pkt III uzasadnienia odwołania). Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tego zarzutu.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*
Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.*

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.
W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, rozpoznała odwołanie.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kompleksowego systemu wypożyczania rowerów Bike_S – Szczeciński Rower Miejski." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 31 marca 2021 r. pod nr 2021/S 063-159320.
Stan faktyczny dot. dokumentacji postępowania przedstawiony przez odwołującego odzwierciedla postanowienia przygotowane przez zamawiającego, więc nie będzie powielany.
Uzupełniająco Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ Opis przedmiotu zamówienia, pkt. III. Ogólne Warunk Realizacji Przedmiotu Zamówienia:
Pkt 1 *„Wykonawca musi posiadać prawo oraz możliwości do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania, którego jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie."*
Pkt. 3 „*Wszelkie elementy SRM (z wyłączeniem oprogramowania i kart SIM) w tym rowery oraz sprzęt niezbędny do prawidłowego funkcjonowania Bike_S, przechodzą na własność zamawiającego – każdorazowo z chwilą podpisania przez strony protokołu odbioru danego etapu bez zastrzeżeń*"
Zgodnie z pkt VII ww. Rozdziału WYMAGANIA DLA ROWERÓW
„*Rower ma być odporny na zniszczenie, z ograniczoną ilością elementów regulowanych i odkręcanych oraz powinien spełniać wymogi Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U.2016 r. poz. 2022 ze zm.).*
1. Waga roweru (wraz z osprzętem) nie może przekroczyć 25 kg.
2. Rower musi być rowerem typu miejskiego, składającym się z:
1) ramy – wzmocnionej, o dużej wytrzymałości (min. 120 kg), stalowej lub aluminiowej, z niskim przekrokiem; konstrukcja ramy oraz tylnego błotnika – ze względów bezpieczeństwa – musi uniemożliwiać przewóz osób i/lub bagażu,
2) piasty tylnej –trzybiegowej z zintegrowanym nożnym hamulcem typu torpedo, (…)
11) obręczy kół – wzmocnionych wykonanych ze stopu aluminium, co najmniej dwukomorowe, kapslowanych, o średnicy 28" przeznaczonych do opon z zabezpieczeniem antyprzebiciowym,
12) opon – 28" antyprzebiciowych, wyposażonych w pasek odblaskowy i bieżnik typu miejskiego, (…)
4. Rower musi być wyposażony w nośniki reklam w miejscach nieutrudniających jego użytkowanie, o łącznej powierzchni min. 0,7 m2.
5. Kolorystyka rowerów musi być tożsama z istniejącą obecnie w Systemie Bike_S tj. RAL 6018 (kolor zielony) i RAL 9003 (kolor biały)."
Stosownie do pkt XI Rozdziału XIV Wymagania Dla Systemu Informatycznego Do Kompleksowej Obsługi – W Tym Administrowania Bike_S
„1. *Wykonawca dostarczy oprogramowanie (w języku polskim), którego jest właścicielem wraz z licencją do kompleksowej obsługi – w tym administrowania Bike_S. Wykonawca musi posiadać prawo oraz możliwości do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania, którego jest (którego jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie)."*
Stosownie do pkt XII Rozdziału Wymagania Dotyczące Aplikacji Mobilnej Bike_S
„1. Wykonawca zaprojektuje, wykona i uruchomi aplikację mobilną dla zamawiającego.
2. Aplikacja mobilna – po zalogowaniu klienta na konto – musi przypisać klientowi identyfikację wizualną i nazewnictwo, które nawiązuje do kolorystyki rowerów (wskazanej w pkt 30 niniejszego rozdziału) i nazwy własnej zamawiającego

(logotyp zamawiającego). Logotyp wykonawca otrzyma w ciągu 7 dni od podpisania umowy od zamawiającego."
Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:
Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp tj. 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;
2. art. 353[1] kc tj. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego;
3. art. 5 kc tj. Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony;
4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. i), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;
5. art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; proporcjonalny.

Bezsprzecznym jest, iż zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia i opisując przedmiot zamówienia ma prawo do ustalenia wymagań które w najlepszym stopniu spełnią jego oczekiwania. Dokonywany opis przedmiotu zamówienia zawsze w jakimś zakresie ogranicza konkurencję. Jednakże to ograniczenie konkurencji, aby było akceptowalne, musi być uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Tak więc, postawione w SWZ wymagania muszą znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. A contrario nieakceptowalne będą wymagania ograniczające konkurencję w sposób arbitralny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, czy też nie proporcjonalne w stosunku do oczekiwanego efektu. Jeżeli potrzeby zamawiającego mogą zostać zaspokojone poprzez zastosowanie środków mniej restrykcyjnych dla wykonawców i poszerzających dostęp do zamówienia to środki te należy zastosować.

W niniejszej sprawie Izba podzieliła argumentację odwołującego i uznała, iż przedstawione motywy wprowadzenia kwestionowanych wymagań nie uzasadniają ograniczenia konkurencji do którego może doprowadzić ich utrzymanie, dlatego też nakazała ich zmianę.

Wymaganie aby wykonawca był autorem oprogramowania i jego właścicielem posiadającym prawa autorskie oraz aby musiał posiadać prawo oraz możliwość do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania, Izba uznała za nadmierne w stosunku do celów i efektów jakie zamawiający zamierza osiągnąć i jakie zostały wyrażone w SWZ i załącznikach do niej. W szczególności w postanowieniach SWZ nie znajduje odzwierciedlenia podnoszona przez zamawiającego okoliczność, iż chciałby mieć możliwość prawa rozwoju oprogramowania w przypadku gdyby zaistniała taka potrzeba. W szczególności, Izba wzięła pod uwagę, iż w tym przypadku, zamawiający nie zamierza nabyć tego oprogramowania od wykonawcy, a jak wynika z OPZ zamierza z niego korzystać na zasadzie licencji do kompleksowej obsługi, w tym administrowania systemem Bike_S. Ponadto, chociaż zamawiający wymaga aby wykonawca posiadał prawo oraz możliwości do aktualizacji, modyfikacji oraz swobodnego rozwoju oprogramowania (którego jest autorem i właścicielem posiadającym prawa autorskie), w OPZ ani w projekcie umowy nie zobowiązał wykonawcy do dokonania tych czynności, ani nie przewidział zasad wprowadzania aktualizacji, zmian i modyfikacji oprogramowania, jeśli uzna za konieczne ich wprowadzenie w szczególności poprzez ustalenie kosztów i procedury wprowadzania takich zmian i modyfikacji czy też rozwoju oprogramowania. W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż postawione przez zamawiającego wymaganie jest wymaganiem nadmiernym w stosunku do potrzeb które zostały wyrażone w SWZ, które to potrzeby mogą być zrealizowane poprzez system stosownych licencji. W ocenie Izby, przedstawione przez zamawiającego w zakresie tego zarzutu, dowody nawet nie uprawdopodabniają zasadności postawionego wymagania. W szczególności, irrelewantna dla niniejszego postępowania jest utrata przez odwołującego wyłączności licencji w Polsce czy też dotychczasowe doświadczenia zamawiającego ze współpracy z odwołującym i zastrzeżenia co do realizacji przez niego usług w zakresie funkcjonowania oprogramowania. Dlatego też, Izba uznała, iż dowody przedstawione zarówno przez zamawiającego jak i odwołującego dot. historii usuwania awarii oprogramowania do kompleksowej obsługi systemu Bike_S w roku 2017 r. są dowodami bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Analogicznie Izba oceniła postanowienie SWZ dot. wymaganego rozmiaru obręczy kół oraz opon tj. 28". Izba stwierdziła, iż ograniczenie możliwości dostawy do systemu tylko rowerów o obręczach kół i opon o średnicy 28" nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, iż rower z większymi kołami 28 cali zamiast 26 cali lepiej sprawdzi się w miejskiej wypożyczalni rowerów, lepiej będą pokonywały krawężniki, dziury w chodniku i ulicy, jak i przyczynią się do zwiększenia używania rowerów do dłuższych przejażdżek, a nawet wycieczek. Zamawiający podkreślał, iż zależy mu na zmianie sposobu użytkowania roweru miejskiego, otwarcie się na nowe dzielnice Szczecina i umożliwienie poruszenia się z większymi prędkościami na większe odległości. Ponadto zamawiający wskazywał na wstępne rozmowy w ramach tzw. szczecińskiego stowarzyszenia obszaru metropolitalnego na uruchomienie roweru metropolitalnego, przywołując rozwiązanie zastosowane w Trójmieście i stwierdzając, iż do tego celu konieczne są inne rowery niż takie jak dotychczas oferował odwołujący. Niewątpliwie zarówno rowery o średnicy kół 26 cali jak i o średnicy 28 cali mają określone zalety, co potwierdzają opinie przestawione przez odwołującego i zamawiającego sporządzone na ich zlecenie, które Izba uznała za stanowiska stron. Jednakże w ocenie Izby, potrzeby zamawiającego np. co do realizowania dalszych wycieczek w ramach przyszłego roweru metropolitalnego mogą być zaspokojone również poprzez stosowanie rowerów z obręczami kół i opon o średnicy 26 cali. Sam zamawiający, jako przykład roweru metropolitalnego powoływał system działający w Trójmieście, gdzie jak wskazał z kolei odwołujący, a czemu zamawiający nie zaprzeczył, stosowane są rowery o rozmiarze kół 26". Podobnie w innych metropoliach np. Górnośląsko – Zagłębiowskiej Metropolii czy w Warszawie, gdzie realizowane są przejazdy na znaczne odległości z zastosowaniem rowerów z kołami o rozmiarze 26 cali. Zgodnie z

przedstawionymi przez odwołującego wydrukami także w Berlinie, na który powoływali się autorzy opinii sporządzonej na potrzeby zamawiającego, w funkcjonujących tam systemach stosowane są rowery o średnicy kół 26 cali. Ponadto zgodnie z przedstawionym przez odwołującego zestawieniem rozmiarów kół wymaganych postępowaniach o udzielenie zamówienia na systemy roweru miejskiego, przeważa elastyczne podejście zamawiających, których dopuszczali zastosowanie zarówno rowerów w kołami w rozmiarze 26 cali jak i 28 cali. Dostrzeżenia również wymaga, iż zamawiający uzasadniając swoją potrzebę zastosowania rowerów o kołach w rozmiarze 28 cali, powoływał się na poprawę bezpieczeństwa użytkowników czy też ograniczenie kosztów serwisowania, jednakże poza przywołaną wyżej opinią z dn. 14 kwietnia 2021 r., nie przedstawił żadnych dowodów, umożliwiających stwierdzenie, iż wyrażona przez niego w SWZ potrzeba jest obiektywnie uzasadniona. W związku z powyższym Izba uznała, iż zamawiający nie wykazał istnienia po jego stronie uzasadnionej potrzeby stosowania wyłącznie rowerów o średnicy koła i opony 28 cali, a tym samym brak jest obiektywnego uzasadnienia dla ograniczenia konkurencji jakie wiąże się z tym wymaganiem SWZ i uniemożliwienia udziału w postępowaniu wykonawcom mogącym zaoferować rowery o kołach i oponach o średnicy 26 cali. Wobec powyższego, Izba uwzględniła ten zarzut i nakazała zmianę treści postanowień SWZ poprzez dopuszczenie możliwości dostarczenia rowerów z obręczami kół i opon o średnicy 26 cali.

W związku z uwzględnieniem zarzutu dot. rozmiaru kół i opon, Izba nie rozpatrywała zarzutu dot. terminu realizacji zamówienia, który to zarzut był zarzutem podniesionym ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia zarzutu dot. rozmiaru kół i opon. W związku z powyższym, za nieprzydatne do rozstrzygnięcia odwołania Izba uznała dowody przedstawione przez odwołującego na okoliczność czasu niezbędnego do pozyskania rowerów spełniających wymagania zamawiającego.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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).

……