Sygn. akt: KIO 1959/23

WYROK

z dnia 24 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2023 r. przez wykonawcę Hectronic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy

przy udziale:

A. wykonawcy Indigo Polska S.A. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawcy MBS Computergraphik Sp. z o.o. z siedzibą w Błoniach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie dotyczącym zarzutów opisanych w pkt 1 (w części uwzględnionej przez zamawiającego) oraz w pkt 2, 3, 6, 7 i 8, z powodu ich uwzględnienia przez zamawiającego;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Hectronic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r., poz. 1710 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.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt: KIO 1959/23

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn. „Zainstalowanie parkomatów do obsługi Strefy Płatnego Parkowania w Bydgoszczy wraz z prowadzeniem czynności techniczno - organizacyjnych związanych z ich kompleksowym serwisem, utrzymaniem i pobieraniem opłat za parkowanie w latach 2023 - 2033", numer referencyjny: 024/2023 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 121-382205.

W dniu 7 lipca 2023 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec treści dokumentów zamówienia obowiązujących w postępowaniu, tj. Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do Umowy będącej załącznikiem nr 1 do SWZ - wzór Umowy z załącznikami (dalej „OPZ"), wniósł wykonawca Hectronic Polska Sp. z o.o.

z siedzibą w Częstochowie (dalej „odwołujący").

Treści wspomnianego powyżej OPZ, opublikowanego przez zamawiającego zarzucił naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez:

1. wprowadzenie w punkcie I.1.13. OPZ wymogu, iż monety winny być kolekcjonowane w stalowej kasecie z mechanizmem samozamykającym. Dostęp do kasety powinien być chroniony skarbcem (sejfem) wykonanym ze stali nierdzewnej o grubości min. 2 mm z zamkiem 3 punktowym, umieszczonym w części kasowej parkomatu. Drzwi do skarbca (sejfu) powinny tworzyć jednolitą powierzchnię z jego obudową. Czynność wyjęcia kasety i otwarcia kasety powinny być rozdzielone np. przy pomocy osobnych kluczy. Klucze

do skarbca (sejfu) oraz do kaset winny być różne dla wszystkich urządzeń i posiadać dwie dodatkowe kopie;

2. wprowadzenie w punkcie I.1.15.OPZ wymogu, iż parkomaty muszą być wyposażone w modem zapewniający transmisję danych przystosowany do technologii przesyłu danych minimum w technologii 5G;

3. wprowadzenie w punkcie I.1.18. OPZ wymogu, iż parkomaty muszą umożliwiać wprowadzanie numeru rejestracyjnego pojazdu. Musi istnieć możliwość wyłączenia tej opcji o czym decyduje zamawiający. Parkomaty muszą być wyposażone w elektroniczną klawiaturę dotykową alfanumeryczną QWERTY. Klawiatura powinna być jednolita, gładka, bez szczelin pomiędzy przyciskami, posiadać oddzielne przyciski na cyfry od 0-9 oraz oddzielne przyciski na każdą literę. Na klawiaturze mają znajdować się wszystkie przyciski funkcyjne tj. przycisk wybudzenia, zatwierdzenia i anulowania transakcji, określania kwoty oraz cofnięcia litery-cyfry w takiej samej technologii co cyfry i litery. Zamawiający nie dopuszcza klawiatur mechanicznych wciskowych oraz dodatkowych osobnych przycisków funkcyjnych montowanych na obudowie parkomatu. Nie dopuszcza się zastosowania ekranów z funkcją dotyku;

4. wprowadzenie w punkcie I.1.22. OPZ wymogu, iż parkomaty winny umożliwiać wnoszenie opłaty dodatkowej za zawiadomienie lub e-zawiadomienie. Dostarczone parkomaty oraz ich oprogramowanie mają posiadać funkcjonalność uiszczania opłaty dodatkowej

na urządzeniu, na podstawie numeru zawiadomienia (forma numeru musi być uzgodniona z zamawiającym i może być zmieniana w dowolnym czasie trwania umowy), numeru rejestracyjnego lub kodu QR. Wszystkie informacje związane z zawiadomieniem/ zawiadomieniami mają być zaczytywane i wyświetlane automatycznie na podstawie jednego z trzech wymienionych wyżej sposobów. Funkcjonalność ta ma być dostępna pod przypisanym do niej przyciskiem. Zamawiający będzie wskazywał, która forma identyfikacji ma być włączona. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany formy identyfikacji. Użytkownik ma podać numer zawiadomienia bądź numer rejestracyjny

na klawiaturze alfanumerycznej i zatwierdzić. Zamawiający wymaga, aby numer zawiadomienia mógł być również wprowadzany za pomocą odczytania kodu QR nadrukowanego na ww. zawiadomieniu i automatycznie uruchamia proces płatności poprzez wyświetlenie informacji o konieczności opłaty kartą płatniczą lub BLIKiem. Uiszczanie opłaty dodatkowej w parkomacie ma następować wyłącznie za pomocą karty płatniczej oraz płatności BLIK. Użytkownik powinien zostać poinformowany o wysokości należnej opłaty (opłata podstawowa lub opłata obniżona), numerze rejestracyjnym, którego zawiadomienie dotyczy, a także o dacie i godzinie wystawienia zawiadomienia. W przypadku większej liczby zawiadomień przypisanych do jednego numeru rejestracyjnego, musi być możliwość wyboru danego zawiadomienia/ danych

zawiadomień które Użytkownik chce opłacić. Po opłaceniu zawiadomienia, informacja o dokonaniu transakcji powinna zostać zwrócona w czasie rzeczywistym do systemu. Możliwość dokonania płatności musi być dostępna całodobowo, 7 dni w tygodniu. Na życzenie użytkownika poprawna transakcja może zakończyć się wydrukiem potwierdzenia uiszczenia opłaty dodatkowej. Możliwość opłacenia zawiadomienia musi być możliwa przez okres 30 dni od momentu wystawienia, przy czym zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany tego terminu o czym każdorazowo powiadomi wykonawcę z 30-sto dniowym wyprzedzeniem. Parkomat musi być wyposażony w czytnik kodów QR;

5. wprowadzenie w punkcie I.1.25. OPZ wymogu, iż parkomat winien umożliwiać sprawdzenie wystawionego zawiadomienia lub e-zawiadomienia, na podstawie numeru rejestracyjnego pojazdu lub numeru zawiadomienia i następnie możliwość ich opłacenia. W przypadku podania numeru rejestracyjnego muszą pojawić się wszystkie wystawione dla tego numeru zawiadomienia, nie starsze niż zdefiniowany okres, oraz musi istnieć możliwość wyboru opłacenia dowolnego zawiadomienia, kilku lub wszystkich zawiadomień;

6. wprowadzenie w punkcie I.3.49. OPZ wymogu, iż System Nadzoru nie może wymagać zakupu płatnych aktualizacji lub płatnego licencjonowania oraz dostarczy wszystkie licencje nieograniczone w czasie wraz z prawami zależnymi, niezbędne do prawidłowego funkcjonowania Systemu Nadzoru wraz z wszystkimi usługami stanowiących jej elementy składowe;

7. wprowadzenie w punkcie I.3.51. OPZ wymogu, iż wykonawca na każde dostarczone oprogramowanie w ramach tego zamówienia udzieli bezpłatnej i dożywotniej licencji;

8. wprowadzenie w punkcie I.3.51. OPZ wymogu, iż wykonawca dostarczy zamawiającemu dokumentację kodów źródłowych, która musi zawierać, co najmniej: a. kod źródłowy, b. procedury kompilacji kodu zawierające instrukcję kompilacji kodu źródłowego, w tym przygotowania środowiska do kompilacji kodu źródłowego ze wskazaniem wszelkich niezbędnych narzędzi, parametrów i opcji instalacji niezbędnych komponentów ze szczegółowym opisem ich parametryzacji, c. procedury instalacji zawierające szczegółowe procedury instalacji i uruchomienia: systemu operacyjnego, systemu baz danych, innych komponentów (bibliotek, zestawy bibliotek, itd.), dostarczonego oprogramowania.

Podnosząc powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany OPZ w zakresie wskazanych powyżej punktów, poprzez nadanie im następującego brzmienia:

1. punkt I.1.13 OPZ - monety winny być kolekcjonowane w stalowej kasecie z mechanizmem samozamykającym. Dostęp do kasety powinien być chroniony skarbcem

(sejfem) spełniającym wymagania Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne i posiadać certyfikat na klasę S1. Drzwi do skarbca (sejfu) powinny tworzyć jednolitą powierzchnię z jego obudową. Czynność wyjęcia kasety i otwarcia kasety powinny być rozdzielone np. przy pomocy osobnych kluczy. Klucze do skarbca (sejfu) oraz do kaset winny być różne dla wszystkich urządzeń i posiadać dwie dodatkowe kopie;

2. punkt I.1.15.OPZ - parkomaty muszą być wyposażone w modem zapewniający

transmisję danych przystosowany do technologii przesyłu danych niezbędną do realizacji funkcji parkomatów opisanych w OPZ;

3. punkt I.1.18. OPZ - parkomaty muszą umożliwiać wprowadzanie numeru rejestracyjnego pojazdu. Musi istnieć możliwość wyłączenia tej opcji o czym decyduje zamawiający. Wprowadzanie numeru rejestracyjnego odbywać się będzie na dodatkowej klawiaturze QWERTY wbudowanej w parkomat lub na klawiaturze wyświetlanej na ekranie dotykowym parkomatu;

4. punkt I.1.22 OPZ - parkomaty winny umożliwiać wnoszenie opłaty dodatkowej za zawiadomienie lub e-zawiadomienie. Dostarczone parkomaty oraz ich oprogramowanie mają posiadać funkcjonalność uiszczania opłaty dodatkowej na urządzeniu, na podstawie numeru zawiadomienia (forma numeru musi być uzgodniona z zamawiającym i może być zmieniana w dowolnym czasie trwania umowy) lub kodu QR. Wszystkie informacje związane z zawiadomieniem/ zawiadomieniami mają być zaczytywane i wyświetlane automatycznie na podstawie jednego z trzech wymienionych wyżej sposobów. Funkcjonalność ta ma być dostępna pod przypisanym do niej przyciskiem. Zamawiający będzie wskazywał, która forma identyfikacji ma być włączona. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany formy identyfikacji. Użytkownik ma podać numer zawiadomienia na klawiaturze i zatwierdzić. Zamawiający wymaga, aby numer zawiadomienia mógł być również wprowadzany za pomocą odczytania kodu QR nadrukowanego na ww. zawiadomieniu i automatycznie uruchamia proces płatności poprzez wyświetlenie informacji o konieczności opłaty kartą płatniczą lub BLIKiem. Uiszczanie opłaty dodatkowej w parkomacie ma następować wyłącznie za pomocą karty płatniczej oraz płatności BLIK. Po opłaceniu zawiadomienia, informacja o dokonaniu transakcji powinna zostać zwrócona w czasie rzeczywistym do systemu. Możliwość dokonania płatności musi być dostępna całodobowo, 7 dni w tygodniu. Na życzenie użytkownika poprawna transakcja może zakończyć się wydrukiem potwierdzenia uiszczenia opłaty dodatkowej. Możliwość opłacenia zawiadomienia musi być możliwa przez okres 30 dni od momentu wystawienia, przy czym zamawiający zastrzega sobie

prawo zmiany tego terminu o czym każdorazowo powiadomi wykonawcę z 30-dniowym wyprzedzeniem. Parkomat musi być wyposażony w czytnik kodów QR;

5. punkt I.1.25. OPZ - parkomat winien umożliwiać sprawdzenie wystawionego zawiadomienia lub e-zawiadomienia, na podstawie numeru zawiadomienia i następnie możliwość ich opłacenia;

6. punkt I.3.49 OPZ - System Nadzoru nie może wymagać zakupu płatnych aktualizacji lub płatnego licencjonowania w okresie trwania umowy;

7. punkt I.3.51. OPZ - wykonawca na każde dostarczone oprogramowanie w ramach tego zamówienia udzieli bezpłatnej licencji na czas trwania umowy. Licencja musi pozwalać na korzystanie z oprogramowania i z wszystkich funkcjonalności dla dowolnej ilości użytkowników oraz pozwalać na instalację i korzystanie z oprogramowania na dowolnym, również nie objętym tym zamówieniem stanowisku komputerowym zamawiającego.

Na dostarczonym sprzęcie komputerowym w ramach tego zamówienia wykonawca wyraża zgodę na korzystanie z oprogramowania i instalację oprogramowania zamawiającego oraz przekaże dane użytkownika, który będzie posiadał uprawnienia do instalacji oprogramowania. Z chwilą udzielenia licencji na oprogramowanie wykonawca złoży zapewnienie, że system oraz nośniki i dokumentacja nie są obciążone żadnymi prawami ani roszczeniami osób trzecich, a w szczególności, że zawarcie i wykonanie przez wykonawcę Umowy nie wymaga żadnych zezwoleń lub upoważnień ze strony osób trzecich. Wykonanie przez wykonawcę wszystkich jego obowiązków wynikających

z Umowy nastąpi ze starannością uwzględniającą zawodowy charakter prowadzonej przez wykonawcę działalności. Zamawiający zobowiązany jest współdziałać z wykonawcą w zakresie potrzebnym dla ochrony autorskich praw majątkowych do oprogramowania;

8. usunięcie w całości w punkcie I.3.51. OPZ wymogu, iż wykonawca dostarczy zamawiającemu dokumentację kodów źródłowych, która musi zawierać, co najmniej: (i) kod źródłowy, (ii) procedury kompilacji kodu zawierające instrukcję kompilacji kodu źródłowego, w tym przygotowania środowiska do kompilacji kodu źródłowego ze wskazaniem wszelkich niezbędnych narzędzi, parametrów i opcji instalacji niezbędnych komponentów ze

szczegółowym opisem ich parametryzacji, (iii) procedury instalacji zawierające szczegółowe procedury instalacji i uruchomienia: systemu operacyjnego, systemu baz danych, innych komponentów (bibliotek, zestawy bibliotek, itd.), dostarczonego oprogramowania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, przystąpili wykonawcy: (i) Indigo Polska S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej „Indigo"); MBS Computergraphik Sp. z o.o. z siedzibą w Błoniach.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów sformułowanych w pkt 1, z zastrzeżeniem wykreślenia sformułowania „i posiadać certyfikat na klasę SI" oraz w pkt. 2, 3, 6 i 7. W zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego w pkt. 4, 5 i 8 zamawiający podtrzymał dotychczasowe zapisy. W konsekwencji zamawiający wniósł o: umorzenie postępowania w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt. 1, 2, 3, 6, 7 i oddalenie odwołania co do zarzutów opisanych w pkt 4,5 i 8 odwołania.

Odwołujący, na posiedzeniu oświadczył, że podtrzymuje zarzut opisany w pkt 1 odwołania w części, w której nie został on uwzględniony przez zamawiającego.

Na rozprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskiem i argumentacją odwołującego i przystępującego Indigo, zamawiający złożył oświadczenie, iż uwzględnia zarzuty opisane w pkt 8 odwołania.

W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym zarzutów opisanych w pkt 1 (w części uwzględnionej przez zamawiającego) oraz w pkt 2, 3, 6, 7 i 8, z powodu ich uwzględnienia przez zamawiającego, o czym orzekła w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych

w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia i zamierza złożyć swoją ofertę w postępowaniu. Na skutek naruszeń przepisów ustawy Pzp, które zarzuca zamawiającemu, narażony jest na poniesienie szkody majątkowej z tego

tytułu, bowiem cytowane zapisy mogą prowadzić do braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu pomimo, iż odwołujący jest producentem urządzeń właściwych do wykorzystania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje także w odwołaniu, że przyjęte wymagania OPZ istotnie ograniczają konkurencję. Z tego względu dążeniem odwołującego jest doprowadzenie ostatecznej treści OPZ do pełnej zgodności z przepisami ustawy Pzp, w szczególności poprzez usunięcie postanowień w sposób całkowicie nieuzasadniony eliminujących dostępne i stosowane na rynku rozwiązania oraz ograniczających konkurencję w postępowaniu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny, istotny dla rozstrzygnięcia zarzutów podnoszonych w treści odwołania.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w punkcie I.1.22. OPZ wprowadzono wymóg, iż parkomaty winny umożliwiać wnoszenie opłaty dodatkowej za zawiadomienie lub e-zawiadomienie. Dostarczone parkomaty oraz ich oprogramowanie mają posiadać funkcjonalność uiszczania opłaty dodatkowej na urządzeniu, na podstawie numeru zawiadomienia (forma numeru musi być uzgodniona z zamawiającym i może być zmieniana w dowolnym czasie trwania umowy), numeru rejestracyjnego lub kodu QR. Wszystkie informacje związane z zawiadomieniem/ zawiadomieniami mają być zaczytywane i wyświetlane automatycznie na podstawie jednego z trzech wymienionych wyżej sposobów. Funkcjonalność ta ma być dostępna pod przypisanym do niej przyciskiem. Zamawiający będzie wskazywał, która forma

identyfikacji ma być włączona. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany formy identyfikacji. Użytkownik ma podać numer zawiadomienia bądź numer rejestracyjny na klawiaturze alfanumerycznej i zatwierdzić. Zamawiający wymaga, aby numer zawiadomienia mógł być również wprowadzany za pomocą odczytania kodu QR nadrukowanego na ww. zawiadomieniu i automatycznie uruchamiał proces płatności poprzez

wyświetlenie informacji o konieczności opłaty kartą płatniczą lub BLIKiem. Uiszczanie opłaty dodatkowej w parkomacie ma następować wyłącznie za pomocą karty płatniczej oraz płatności BLIK. Użytkownik powinien zostać poinformowany o wysokości należnej opłaty (opłata podstawowa lub opłata obniżona), numerze rejestracyjnym, którego zawiadomienie dotyczy, a także o dacie i godzinie wystawienia zawiadomienia. W przypadku większej liczby zawiadomień przypisanych do jednego numeru rejestracyjnego, musi być możliwość wyboru danego zawiadomienia/ danych zawiadomień które Użytkownik chce opłacić. Po opłaceniu zawiadomienia, informacja o dokonaniu transakcji powinna zostać zwrócona w czasie rzeczywistym do systemu. Możliwość dokonania płatności musi być dostępna całodobowo,

7 dni w tygodniu. Na życzenie użytkownika poprawna transakcja może zakończyć się wydrukiem potwierdzenia uiszczenia opłaty dodatkowej. Możliwość opłacenia zawiadomienia musi być możliwa przez okres 30 dni od momentu wystawienia, przy czym zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany tego terminu o czym każdorazowo powiadomi wykonawcę z 30-dniowym wyprzedzeniem. Parkomat musi być wyposażony w czytnik kodów QR.

Ponadto ustalono, że w punkcie I.1.25. wprowadzono wymóg, iż parkomat winien umożliwiać sprawdzenie wystawionego zawiadomienia lub e-zawiadomienia, na podstawie numeru rejestracyjnego pojazdu lub numeru zawiadomienia i następnie możliwość ich opłacenia. W przypadku podania numeru rejestracyjnego muszą pojawić się wszystkie wystawione dla tego numeru zawiadomienia, nie starsze niż zdefiniowany okres, oraz musi istnieć możliwość wyboru opłacenia dowolnego zawiadomienia, kilku lub wszystkich zawiadomień.

Odwołujący z kolei podnosił, że wyszukiwanie opłat po numerze rejestracyjnym jest absurdalne i w związku z tym nie jest stosowane na rynku. Oznacza bowiem, że każdy może podejść do parkomatu, podać np. numer rejestracyjny samochodu obcej osoby i sprawdzić ile taka osoba ma wystawionych mandatów za parkowanie, łącznie z ich wysokością i datą wystawienia. Daje to dostęp przypadkowym osobom do danych wrażliwych innych osób. Przywoływał przy tym stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (dalej „GIODO"), w którym stwierdzono, że numer rejestracyjny pojazdu jest daną osobową, która podlega ochronie, a której to nie można zapewnić przy omawianym wymogu OPZ.

W tym miejscu skład orzekający przypomina, że zgodnie z przepisem art. 99 ustawy Pzp, którego naruszenie zarzucał odwołujący, opis przedmiotu zamówienia ma być przez zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez

zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje. Z kolei opis niepełny i niewystarczający tj. naruszający dyspozycję art. 99 ust. 1 ustawy Pzp to taki, który jest dla potencjalnych wykonawców niejasny, a w konsekwencji nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty.

Z kolei w myśl art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający nie może przedmiotu zamówienia 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.

Przypomnieć także w tym miejscu należy, że zasadą w postępowaniu odwoławczym jest, iż dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawiają aż do zamknięcia rozprawy. Przy tym każda ze stron (wykonawca z ostrożności procesowej) jest obarczona obowiązkiem przekonania sądu (tu: KIO) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, i jest obarczona konsekwencjami w postaci niekorzystnego dla strony wyniku postępowania, gdy nie udźwignie tego obowiązku (tak między innymi w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Ale chociaż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, to w przypadku gdy odwołanie dotyczy sposobu opisania w SWZ przedmiotu zamówienia - to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania spoczywa ciężar udowodnienia, że nie naruszył on przepisów art. 29 ustawy Pzp. Tak więc to strona zamawiająca powinna przedstawić dowody wskazujące na to,

iż w świetle przeprowadzonych przez zamawiającego analiz i badań tylko tak opisany przedmiot zamówienia jest w stanie spełnić jego oczekiwania. W konsekwencji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji w postępowaniu spoczywa w całości na zamawiającym.

Dowód taki można uznać za skutecznie przeprowadzony, jeśli zamawiający albo wykaże, że odwołujący spełnia ustalone wymagania albo, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia uzasadniony jest szczególnymi potrzebami zamawiającego. Wykazanie potrzeb zamawiającego może być oparte na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby odpowiedzialnej

za dokonywanie zakupów, ale wykazanie tych wymagań musi nastąpić w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, poprzez wyspecyfikowanie co było podstawą takich, a nie innych wymagań.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, precyzyjny, w taki sposób, że dla każdego wykonawcy który zamierza złożyć ofertę w postępowaniu jasne jest czego zamawiający oczekuje. Ponadto, w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie w sposób dostateczny uzasadnił jakie czynniki zdecydowały o tym, że wprowadzona została w OPZ konieczność zastosowania funkcjonalności w postaci możliwości posługiwania się numerem rejestracyjnym pojazdu. Wśród najistotniejszych wymienił w pierwszej kolejności kilkunastoletni okres obowiązywania umowy, w którym to okresie zamawiający przewiduje wdrożenie powszechnego systemu e-kontroli, który polegać będzie na wystawianiu zawiadomień o nałożeniu opłaty dodatkowej

bez drukowania zawiadomienia. W tej sytuacji użytkownik-kierowca będzie miał ograniczoną wiedzę o fakcie wystawienia zawiadomienia w odniesieniu do parametrów e-zwiadomienia tj. np. może nie znać numeru zawiadomienia. Korzystając natomiast z opisywanej funkcjonalności w postaci wpisania numeru rejestracyjnego pojazdu, użytkownik SPP będzie miał możliwość natychmiastowego uiszczenia w parkomacie opłaty dodatkowej. Skoro zatem zamawiający przewiduje zawarcie w niniejszym postępowaniu umowy na tak długi okres, przewidując jednocześnie w tym czasie wdrożenie u siebie innego systemu, który związany z tym, będącym przedmiotem postępowania, będzie miał wpływ na stosowane funkcjonalności, zasadnym i racjonalnym jest przewidzenie w OPZ takich wymagań, które będą dostosowane do planowanych przez zamawiającego nowych rozwiązań.

Za racjonalny i logiczny należy uznać także argument, iż w przypadku zagubienia przez kierowcę zawiadomienia papierowego, będzie miał on możliwość dokonania opłaty dodatkowej w parkomacie, posługując się jedynie numerem rejestracyjnym swojego pojazdu. Takie sytuacje mogą mieć bowiem miejsce, a dostosowanie systemu w taki sposób, który umożliwi użytkownikowi końcowemu uiszczenie opłaty nawet w przypadku zagubienia zawiadomienia wystawionego w formie papierowej - znacząco ułatwi korzystanie z niego.

Kolejnym argumentem, który wskazywał zamawiający, a który potwierdza fakt, że wymaganie powyższe jest zasadne i ułatwi, a wręcz umożliwi użytkownikowi końcowemu korzystanie z systemu jest okoliczność, że w Bydgoszczy w przypadku uiszczenia opłaty dodatkowej w dniu wystawienia zawiadomienia lub w najbliższym dniu roboczym po tym dniu, pobiera się opłatę w zmniejszonej wysokości. Umożliwiając tym samym wniesienie opłaty

za pomocą identyfikacji w postaci numeru rejestracyjnego daje się szansę użytkownikowi SPP uiszczenia opłaty w obniżonej wysokości. Kierowca nie zna w tym przypadku innych parametrów zawiadomienia, w tym jego numeru, z kolei po wpisaniu w parkomacie numeru rejestracyjnego pojazdu - może taką opłatę wnieść.

Powyższa argumentacja jawi się jako spójna, logiczna i uzasadniająca zasadność wprowadzenia w treści OPZ wymagań dotyczących możliwości posługiwania się numerem rejestracyjnym pojazdu.

Z drugiej zaś strony odwołujący wskazywał argumenty, że takie rozwiązanie nie jest na rynku stosowane i, że on sam takich rozwiązań nie stosuje. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że jak wielokrotnie Izba wskazywała w swoich orzeczeniach sama okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie spełnić wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Jak bowiem trafnie zauważyła Izba

w Wyroku z dnia 4 października 2022 r., sygn. akt KIO 2474/22: „Opis przedmiotu zamówienia nie musi być sporządzony w sposób umożliwiający złożenie ofert wszystkim wykonawcom

na rynku. Opis ten musi bowiem uwzględniać potrzeby konkretnego zamawiającego i jeżeli potrzeby te są zasadne, przedmiot zamówienia może być opisany w sposób ograniczający konkurencję. Zatem od tego, czy opis przedmiotu zamówienia wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego zależy, czy jego ewentualny ograniczający konkurencję charakter, jest dopuszczalny czy nie". Do podobnych wniosków doszła Izba w orzeczeniu z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt KIO 603/23 wskazując, iż: „Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania wymagań do wszystkich wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w danym postępowaniu. Okoliczność, że wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu nie spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców".

Tezy wyżej przywołane i wnioski powyżej sformułowane skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela i uznaje je za własne wskazując, że podobnie w niniejszej sprawie nie można uznać za przesądzającą o zasadności, bądź też nie danego wymagania okoliczności, że takie rozwiązania dotychczas nie były stosowne. Izba podziela stanowisko, że zamawiający ma prawo, jak i obowiązek opisać przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich obiektywnych i uzasadnionych potrzeb. Takie potrzeby mogą powodować, że liczba

wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia będzie ograniczona. Fakt, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub też dla których jego realizacja jest utrudniona czy wymaga pewnego dostosowania oferowanego przez nich produktu do wymagań zamawiającego, nie przesądza jeszcze o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy. Co istotne odwołujący ani w treści odwołania, ani też na rozprawie nie wskazał, że takie rozwiązania nie są możliwe do wprowadzenia oraz, że wymagania zamawiającego prowadzą do wyeliminowania czy też ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu.

Odnosząc się z kolei do argumentacji odwołującego, że powyższe zapisy pozostają w sprzeczności ze stanowiskiem

prezentowanym przez GIODO, zgodnie z którym numer rejestracyjny pojazdu jest daną osobową podlegającą ochronie, z kolei możliwość

wyszukiwania opłat po numerze rejestracyjnych daje możliwość wyszukania opłat przypisanych do tego numeru i skutkuje pozyskaniem wiedzy o tym ile dana osoba ma wystawionych mandatów i w jakiej wysokości w pierwszej kolejności należy zauważyć, że po wpisaniu numeru rejestracyjnego, na ekranie parkomatu wyświetlać się będą wyłącznie takie dane jak: data, godzina, miejsce ujawnienia niewniesienia opłaty parkingowej oraz wpisany numer rejestracyjny. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie dojdzie do ujawnienia jakichkolwiek danych, które mogłyby identyfikować właściciela pojazdu.

Ponadto należy także wskazać, że analiza dotychczasowego orzecznictwa sądów administracyjnych prowadzi do wniosku, iż sam numer rejestracyjny nie stanowi danych osobowych, które mogą prowadzić do identyfikacji danej osoby fizycznej. Tak np. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 28 czerwca 2019 r. (sygn. akt I OSK 2063/17 stwierdził, iż: „Numer rejestracyjny służy przede wszystkim identyfikacji pojazdu i do niego jest przypisany. Z tych samych pojazdów korzystają bowiem często różne osoby, w różnych miejscach, są one niejednokrotnie rejestrowane na więcej niż jeden podmiot. Zatem w takich sytuacjach nie da się powiązać pojazdu z określoną osobą w sposób łatwy i niewymagający nadzwyczajnych nakładów. Numer rejestracyjny identyfikuje pojazd, a nie osobę". Tym samym sąd przyjął stanowisko, zgodnie z którym tablic rejestracyjnych nie należy traktować jako dane osobowe. W uzasadnieniu orzeczenia stwierdził, że nie jest możliwe, bez sporego wysiłku

i kosztów powiązać numeru rejestracyjnego z konkretną osobą i namierzyć właściciela

samochodu. Szczególnie, że coraz popularniejszą formą finansowania stają się rożnego rodzaju leasingi czy wynajmy długoterminowe. A w takim przypadku właścicielem pojazdu jest bank lub firma. Poza tym z jednego auta często korzysta kilka osób. Powyższą argumentację powielono także w orzeczeniu NSA z dnia 3 listopada 2022 r., sygn. akt III OSK 1522/21.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, treść odwołania i argumentacja przedstawiona na poparcie tezy odwołującego, są niewystarczające dla uprawdopodobnienia naruszenia przez zamawiającego zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, jak też innych przepisów prawa, poprzez wprowadzenie wymagania dotyczącego możliwości identyfikacji za pomocą numeru rejestracyjnego. Odwołujący nie poparł stawianych przez siebie twierdzeń żadnym dowodem. Okoliczność, że takie rozwiązania nie są aktualnie stosowane w innych, podobnych systemach nie może być uznane za przesądzające. Potrzeby zamawiających mogą bowiem ulegać zmianie na przestrzeni czasu, a odwołujący nie uprawdopodobnił, że są one nadmierne i w nieuzasadniony sposób ograniczają konkurencję.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia cytowanych powyżej przepisów art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wprowadzenia w punkcie I.1.13 OPZ wymagania o treści: monety winny być kolekcjonowane w stalowej kasecie z mechanizmem samozamykającym. Dostęp do kasety powinien być chroniony skarbcem (sejfem) spełniającym wymagania Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne i posiadać certyfikat na klasę S1. Drzwi do skarbca (sejfu) powinny tworzyć jednolitą powierzchnię z jego obudową. Czynność wyjęcia kasety i otwarcia kasety powinny być rozdzielone np. przy pomocy osobnych kluczy. Klucze do skarbca (sejfu) oraz do kaset winny być różne dla wszystkich urządzeń i posiadać dwie dodatkowe kopie.

Wskazać należy, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przychylił się do stanowiska odwołującego i złożył oświadczenie, że uwzględnia przedmiotowy zarzut z wyłączeniem wymagania, aby do treści OPZ wprowadzony został warunek posiadania Certyfikatu na klasę sejfu SI.

Nie było sporne w sprawie, że posiadanie takiego Certyfikatu jest związane z klasą odporności sejfu na włamanie, wymaganej do uzyskania odpowiedniej kategorii ubezpieczeniowej - w tym konkretnym przypadku możliwości ubezpieczenia Sejfu na 50 000,00 zł. Z kolei z treści wymagań określających warunki realizacji zamówienia,

zawartych w załączniku nr 1 do SWZ - wzorze Umowy, opisanych w §7 ust. 7 wynika, że „Wykonawca zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia od kradzieży, aktów wandalizmu i zdarzeń losowych parkomatów na czas trwania umowy oraz ubezpieczenie od kradzieży gotówki znajdującej się w kasetach parkomatów na kwotę 3 500,00 zł. za każdy parkomat". Domaganie się zatem przez odwołującego wpisania powyższego wymogu pozostawałoby w sprzeczności z cytowanym wyżej zapisem umownym, który przez odwołującego nie został objęty zarzutem odwołania. Już zatem tylko z tego powodu zarzut ten, jako sformułowany w sposób wadliwy - należało oddalić.

Odwołujący nie wskazał także w jaki sposób brak wyżej cytowanego wymagania, powodować miałby naruszenie zasad opisanych w ustawie Pzp lub też w jaki sposób prowadzi to do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, poprzez eliminowanie z niego takich wykonawców, którzy zdolni do jego realizacji, mają jednocześnie posiadać ubezpieczenie

w wysokości takiej, której zamawiający w tym postępowaniu nie wymaga. Oczekując wprowadzenia takich zapisów odwołujący postuluje dostosowanie zapisów SWZ do wymagań, które w jego ocenie winien spełniać wykonawca ubiegający się o tożsame zamówienia, a które on sam spełnia. Powyższe z kolei nie podlega ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym.

Z wyżej opisanych powodów odwołanie podlegało oddaleniu, w zakresie nie uwzględnionym przez zamawiającego, o czym Izba orzekła w pkt 2 sentencji.

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

Przewodniczący: ……