Sygn. akt: KIO 678/12

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **MBS Computergraphik Sp. z o.o., ul. Grodziska 15, 05-870 Błonie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie w sekcji VI.3) pkt 4 ppkt 4.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale I pkt 10.3. ppkt 10.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu, iż do oferty należy załączyć „dokument potwierdzający, że urządzenia oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1 000 sztuk zostało zainstalowanych, w okresie ostatnich 2 lat, na terenie Europy powyżej 48° szeroko ści geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000", a także wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wymaganych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MBS Computergraphik Sp. z o.o., ul. Grodziska 15, 05-870 Błonie** tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz **MBS Computergraphik Sp. z o.o., ul. Grodziska 15, 05-870 Błonie** kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero gorszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 678/12

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa (dalej „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp") pod nazwą „Dostawa, montaż i uruchomienie 290 szt. jednakowych,

fabrycznie nowych parkomatów w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie (SPPN), a także zapewnienie łączności, serwis gwarancyjny oraz ich bieżące utrzymanie". Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 marca 2012 r. pod nr 2012/S 64-103854.

W dniu 6 kwietnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie MBS Computergraphik Sp. z o.o., ul. Grodziska 15, 05-870 Błonie (dalej „Odwołujący") wobec czynności Zamawiającego polegającej na:
• przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie") oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") żądania złożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że urządzenia oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych, w okresie ostatnich 2 lat, na terenie Europy powyżej 48° szeroko ści geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000. [por. pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz rozdział I pkt 10.3.2 SIWZ].
I. Odwołujący wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego:
1. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione żądanie poprzez Zamawiającego przedstawienia dokumentu niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, który w sposób istotny ogranicza krąg wykonawców mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. Art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z

2009 r. Nr 87, poz. 1817) (dalej „Rozporządzenie w sprawie dokumentów"), poprzez nieuprawnione żądanie przez Zamawiającego przedstawienia dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania, który wykracza poza katalog dokumentów, jakich może żądać Zamawiający.
3. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione ograniczenie przez Zamawiającego rodzajów (modeli) parkomatów do takich, które będą spełniały kryteria określone przez Zamawiającego w dokumencie wskazanym w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 rozdziału I SIWZ.
II. W związku z powyższymi naruszeniami wnosił o:
1. uznanie odwołania za zasadne,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego niezgodnej z treścią ustawy Pzp polegającej na żądaniu przedstawienia przez wykonawców dokumentu niezgodnego z treścią ustawy PZP, wskazanego w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 rozdziału I SIWZ.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Ogłoszenia oraz SIWZ poprzez wykreślenie pkt V1.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 w rozdziale I SIWZ nakazującego wykonawcom dołączenie do oferty dokumentu potwierdzającego, że urządzenia oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych, w okresie ostatnich 2 lat, na terenie Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000.
Ponadto Odwołujący wnosił o
4. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony Janusza Z. - Prezesa Zarządu Odwołującego, na okoliczności wskazane w treści odwołania.
III. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż przez nieuprawnione żądanie przedstawienia dokumentu wskazanego w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 w rozdziale I SIWZ, Odwołujący poniósł szkodę, ponieważ Zamawiający uniemożliwił mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Profil działalności Odwołującego jest ściśle powiązany z przedmiotem niniejszego postępowania, w związku z czym, gdyby Zamawiający działał w sposób zgodny z prawem oraz żądał jedynie dokumentów przewidzianych w ustawie Pzp, Odwołujący mógłby ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym uznać należy, iż w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania
IV. Odwołujący podnosił, iż wszelkie terminy związane z wniesieniem odwołania zostały dochowane:
- Ogłoszenie oraz SIWZ zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego

(www.zdm.waw.pl") w dniu 27 marca 2012 r.,
- Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane w dniu 31 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 64-103854,
w związku z czym uznać należy, iż niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zmówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa, montaż i uruchomienie 290 szt. jednakowych, fabrycznie nowych parkomatów w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie (SPPN), a także zapewnienie łączności, serwis gwarancyjny oraz ich bieżące utrzymanie".

Jak już powyżej wskazano, w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 w rozdziale I SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że urządzenia oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych, w okresie ostatnich 2 lat, na terenie Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000 (dalej „Dokument"). Wskazany Dokument oraz zawarty w nim warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp z następujących względów:
I. W ocenie Odwołującego, żądany przez Zamawiającego Dokument ogranicza krąg podmiotów, którzy będą mogli wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, czym powoduje nieuprawnione ograniczenie konkurencji. W branży, w której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, wśród wykonawców wykształciły się różne modele prowadzenia działalności. Znaczna część wykonawców - w tym również Odwołujący - zajmuje się zarówno produkcją urządzeń oraz ich instalacją i kompleksową obsługą w trakcie eksploatacji (bieżącym utrzymaniem). Przedsiębiorcy działający na rynku w powyższym modelu, pomimo znacznej skali działalności pod względem liczby dostarczanych i obsługiwanych parkomatów, w dużej mierze ograniczają swoje działania do rynku polskiego, szczególnie z uwagi na obsługę eksploatacyjną urządzeń (dowód: przesłuchanie Janusza Z.). Pomimo tego, iż część z wykonawców działających w powyższej formule będzie w stanie spełnić warunki podmiotowe udziału w niniejszym postępowaniu, warunek zawarty w kwestionowanym Dokumencie w zasadzie uniemożliwi im ubieganie się o udzielenie zamówienia. Zamawiający żąda od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą (jako jednego z załączników do oferty) Dokumentu potwierdzającego, iż oferowane przez wykonawcę urządzenia zostały zainstalowane w określonej liczbie (co najmniej 1000 szt.) w określonym czasie (ostatnie 2 lata), w oznaczonym obszarze geograficznym (część Europy powyżej 48° szeroko ści geograficznej północnej), w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie powyżej 500 000 mieszkańców. Dla przedsiębiorców działających w przedstawionym powyżej modelu biznesowym, spełnienie powyższych warunków jest niemożliwe. Potwierdzenie w formie Dokumentu warunku, który

wymaga łącznego spełnienia powyższych kryteriów, w sposób pośredni prowadzi do dyskryminacji części wykonawców, którzy oferują parkomaty własnej produkcji - w przeważającej części eksploatowane na rynku lokalnym. Pomimo tego, iż wskazane urządzenia spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, nie będą mogły być oferowane w niniejszym postępowaniu, ponieważ nie będą spełniały kryteriów określonych w Dokumencie żądanym przez Zamawiającego. Tym samym - wykonawcy, którzy są jednocześnie producentami parkomatów spełniających kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia (a nie spełniający warunków zawartych w Dokumencie) będą pozbawieni możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji, na uprzywilejowanej pozycji znajdą się ci wykonawcy, którzy oferują urządzenia firm działających na rynku europejskim oraz globalnym, które w krótkim czasie instalują duże partie urządzeń, w dużych aglomeracjach (dowód: przesłuchanie Janusza Z.). Jednocześnie należy podkreślić, iż warunek wprowadzony w przedmiotowym Dokumencie nie pozostaje w żadnym związku z

warunkami technicznymi, funkcjonalnością oraz innymi kryteriami przedmiotowymi, jakie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (rozdział V SIWZ) musi spełniać oferowany parkomat. Warunek zawarty w Dokumencie nie powinien również stanowić dodatkowego kryterium podmiotowego, które Zamawiający wyczerpująco określił w punkcie 7 rozdziału I SIWZ.

Z powyższego wynika, iż przedmiotowy Dokument wprowadza dodatkowe warunki, które w świetle powyższych ustaleń w sposób nieuprawniony prowadzą do naruszenia zasady konkurencyjności oraz dyskryminują część wykonawców, którzy są w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu oraz zaoferować urządzenia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Tym samym, działanie Zamawiającego w postaci żądania od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą ww. Dokumentu, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ustawy Pzp.

II.

1. W cenie Odwołującego, żądanie Zamawiającego w zakresie przedstawienia Dokumentu jest niezgodne z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jak wskazano powyżej, przedmiotowy Dokument nie jest niezbędny do wyłonienia wykonawcy posiadającego doświadczenie oraz wiedzę niezbędną do realizacji zamówienia - warunki w tym zakresie zostały określone w punkcie 7 SIWZ, zaś dokumenty na potwierdzenie ich spełnienia w punkcie 8 SIWZ. Ponadto, przedmiotowy Dokument (czy też spełnienie warunków w nim określonych) nie jest niezbędny do określenia przedmiotu zamówienia, ponieważ warunki określone w Dokumencie nie są związane z

opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazywał, iż w przeszłości Zamawiający przeprowadzał postępowanie, którego przedmiotem było świadczenia tego samego rodzaju, jak w niniejszym postępowaniu. W poprzednim postępowaniu Zamawiający nie żądał dokumentów oraz nie wprowadził kryteriów, które byłyby tożsame lub zbliżone do warunków określonych w kwestionowanym Dokumencie. Poprzednie zamówienie zostało zrealizowane, wynika więc stąd, iż przedmiotowy Dokument (lub wskazany w nim warunek) nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania na dostawy i usługi tego rodzaju (dowód: kopia SWIZ w postępowaniu nr NDZP/121/PN/73/08).

2. W przytoczonym art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazano również jednoznaczny podział na dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające, iż oferowane dostawy lub usługi spełniają wymagania postawione przez zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, charakter prawny Dokumentu żądanego przez Zamawiającego nie jest jasny - nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy jest to dokument o charakterze podmiotowym, czy też przedmiotowym. Sposób sformułowania warunku zawartego w Dokumencie oraz specyfika podmiotów działających w tej branży (o czym była mowa powyżej) pozwala na przyjęcie twierdzenia, iż w niniejszym postępowaniu przedmiotowy Dokument wprowadza dodatkowe ograniczenia zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym. Już z tego powodu należy uznać, iż żądanie Zamawiającego jest niezgodne z art. 25 ustawy Pzp oraz przepisami Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Ustawodawca wyraźnie rozróżnia bowiem, jakiego rodzaju dokumentów zamawiający może żądać na wykazanie kryteriów podmiotowych, jakich zaś dla kryteriów przedmiotowych.

3. W punkcie 8 rozdziału I SIWZ Zamawiający wskazał oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawcy mają przedstawić:

8.1.2. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 7.3.1. SIWZ, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, zakresu, dat wykonania i odbiorców - załącznik

nr 2 („Doświadczenie zawodowe"). Do powyższego wykazu winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane

należycie.
Wskazany zapis wyczerpująco określa, w jaki sposób wykonawca ma wykazać spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, które są konieczne do realizacji zamówienia. Zamawiający, żądając od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą (jako jednego z załączników do oferty), dokumentu potwierdzającego, iż oferowane przez wykonawcę urządzenia zostały zainstalowane w określonej liczbie, w czasie, na oznaczonym obszarze w istocie wprowadza dodatkowe kryteria doświadczenia, które są niewspółmierne do skali przedmiotu zamówienia. Przedmiotowy Dokument (czy też warunek, który ten dokument wprowadza) powoduje, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza krąg podmiotów, którzy mogą ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. Dokument oraz zawarty w nim warunek w praktyce należy więc uznać za dodatkowe kryteria doświadczenia wykonawcy, które są o wiele dalej idące, niż określone w pkt 7 SIWZ. W ten sposób Zamawiający - poprzez żądanie przedstawienia Dokumentu - faktycznie wprowadza wymagania, które uniemożliwią wzięcie udziału w postępowaniu przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, określone w pkt 7 rozdziału I SIWZ;
4. Jednocześnie przedmiotowy Dokument wprowadza warunek niewspółmierny do przedmiotu zamówienia. Działanie parkomatu nie jest bowiem powiązane z liczbą ludności mieszkańców miasta, w którym będzie on zainstalowany. Wprowadzenie wymagania, aby część spośród 1.000 parkomatów wskazanych w Dokumencie była zainstalowana w miastach o liczbie ludności powyżej 500.000 nie ma żadnego znaczenia dla realizacji zamówienia - parkomaty tego samego rodzaju mogą być instalowane w miastach o różnej wielkości oraz liczbie mieszkańców. Jednocześnie wskazane kryterium prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji poprzez eliminację wykonawców, którzy zamierzają zaoferować urządzenia spełniające wymagania techniczne i funkcjonalne wskazane przez Zamawiającego, lecz zainstalowane w mniejszych miastach.

Również wskazany w Dokumencie obszar geograficzny (część Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej) prowadzi do wyłączenia z rynku podmiotów funkcjonujących na rynku UE, np. w południowej części Europy, poniżej 48° szeroko ści geograficznej północnej.

Podsumowując, z powyższego wynika, iż w przypadku niniejszego postępowania przedmiotowy Dokument, ma na celu wykazanie przez wykonawców spełniania warunki udziału określone w art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Rodzaje oświadczeń lub dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały w sposób wyczerpujący określone w § 1 i § 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Powyższe przepisy, które stanowią zamknięty katalog, nie przewidują możliwości żądania przez Zamawiającego złożenia kwestionowanego Dokumentu, w związku

z powyższym wskazane żądanie Zamawiającego narusza postanowienia art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp oraz przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów.
5. W ocenie Odwołującego, przedmiotowy Dokument nie stanowi również dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Jak już wcześniej sygnalizowano, Dokument żądany przez Zamawiającego nie odnosi się bowiem do żadnych z wymagań określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, przedstawionym w rozdziale V SIWZ. Celem przedstawienia Dokumentu nie jest więc potwierdzenie, iż oferowane przez wykonawcę urządzenia będą spełniały określone przez Zamawiającego wymagania techniczne lub funkcjonalne. Ponadto, przedmiotowy Dokument nie jest również żadnym z dokumentów lub oświadczeń wymienionych w § 5 Rozporządzenia, który dopuszcza możliwość żądania przez zamawiającego zaświadczeń, certyfikatów, fotografii oraz szeregu innych dokumentów ograniczonych celem - tzn. mających na celu potwierdzenie, iż oferowane dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W związku z tym, iż żądany Dokument w żadnym stopniu nie jest związany z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, żądanie jego

przedstawienia stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz przepisów Rozporządzenia w sprawie dokumentów.
III. Odwołujący wskazywał również, iż żądanie przedstawienia kwestionowanego Dokumentu, którym wykonawca ma wykazać, iż oferowane przez niego parkomaty zostały zainstalowane w określonej liczbie, czasie oraz miejscu, powoduje istotną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia, wprowadzając dodatkowe ograniczenie w zakresie rodzaju (modelu) parkomatów, jakie będą spełniały wymagania Zamawiającego. W świetle warunku wskazanego w żądanym Dokumencie, wykonawcy nie będą mogli dostarczyć dowolnego parkomatu, który spełnia kryteria przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział V SIWZ), lecz tylko te spośród nich, które jednocześnie spełniają warunki określone w żądanym przez Zamawiającego Dokumencie. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż dodatkowe warunki zostały określone w formie żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowego Dokumentu, a nie w rozdziale V SIWZ, w którym został umieszczony opis przedmiotu zamówienia. O charakterze warunku nie decyduje bowiem jego umiejscowienie czy też sposób sformułowania, lecz skutek jaki wywołuje dla określenia przedmiotu zamówienia.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający w sposób pośredni opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, czym narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o przedstawione okoliczności, Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

W dniu 6 kwietnia 2012 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania

odwoławczego i przekazał kopię odwołania, publikując ją na stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z 17 kwietnia 2012 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie. Zamawiający wskazywał, że żądanie przez Zamawiającego złożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że urządzenia oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych, w okresie ostatnich dwóch lat, na terenie Europy powyżej 48° szeroko ści geograficznej północnej, w tym, co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000 jest ze wszech miar uzasadnione. Zamawiający z jednej strony celowo ograniczył opis cech użytkowych i techniczno-funkcjonalnych parkomatu do najbardziej niezbędnych, co pozwala na złożenie szerokiego wachlarza ofert, z drugiej jednak strony nie mogąc pozwolić sobie na marnotrawienie publicznych środków oczekuje dostarczenia (i) urządzenia sprawdzonego, nie prototypu a jednocześnie urządzenia o najnowocześniejszych parametrach - stąd wymóg okresu dwóch lat wstecz, (ii) urządzenia sprawdzonego w działaniu w klimacie jak najbardziej zbliżonym do klimatu Warszawy - stąd wymóg „szerokości geograficznej", (iii) urządzenia sprawdzonego w działaniu w dużym mieście, gdzie liczba mieszkańców idzie w parze z natężeniem ruchu i ilością kierujących korzystających z parkomatów - ma olbrzymie znaczenia czy urządzenie może bezawaryjnie wydać 50 czy 500 biletów dziennie, (iiii) „wymóg 1000 szt. urządzeń" ma zapewnić Zamawiającego o powtarzalności i nie przypadkowości cech użytkowych i techniczno-funkcjonalnych urządzeń z jednej strony i potwierdzić potencjał oraz wiarygodność Wykonawcy, a co za tym idzie dostępność serwisu i części zamiennych (szczególnie po zakończeniu gwarancji) z drugiej. Tak więc należy stwierdzić, iż Zamawiający nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i równo traktuje wykonawców. Tworząc SIWZ Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty" podkreślając te cechy zamawianego urządzenia, które jego zdaniem są istotne z użytkowego punktu widzenia. Zamawiający zastosował poza kilkoma wyjątkami opis funkcjonalny urządzania, co obiektywnie oceniając pozwala na złożenie szerokiego wachlarza ofert przez różnych Wykonawców oferujących różne urządzenia. Wystarczy wspomnieć, że Zamawiający, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia mógł zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wskazać konkretne znaki towarowe używając słów „lub równoważny". Mógł zastosować bardzo szczegółowy opis techniczny, co daleko bardziej zawężałoby krąg urządzeń możliwych do zaoferowania. Mógł również (zamiast stawiać wymogi odnoszące się do urządzeń) postawić wymogi wobec Wykonawcy, aby udokumentował posiadanie doświadczenia w dostawie, montażu i uruchomieniu

parkomatów w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk, na terenie Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej, w tym, co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000 i również byłby to warunek uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Jest, więc oczywistym, że nie jest zamiarem Zamawiającego naruszanie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie Wykonawców, ale zamówienie takiego urządzenia, jakie jest niezbędne Zamawiającemu.

Zamawiajacy podnosił, iż dodatkowo należy wskazać, że liczba parkomatów produkowanych rocznie przez jednego z liderów na rynku europejskim wynosi 14 000-18 000 szt. Jednocześnie w ostatnich dwóch latach wiele europejskich firm (np. Parkeon, Hectronic, Metric Group) ustawiły w europejskich miastach (Łódź, Amsterdam, Dublin, Eindhoven i innych) położonych powyżej 48° szeroko ści geograficznej północnej powyżej 1000 szt. parkomatów każda.

Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego jakoby naruszonych przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, należy stwierdzić:

I. Wskazane w pkt. 1.1. odwołania naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców" nie ma w tym wypadku miejsca, szczególnie biorąc pod uwagę poniższe tezy z piśmiennictwa oraz wyroki.

Nowicki Józef Edmund
artykuł, Zam.Pub.Dor.2008.7.26
Opis przedmiotu zamówienia. Teza nr 3
94520/3
Opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie, zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 [Prawa zamówień publicznych] i skonkretyzowaną, co do przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 Pzp. [...]
Nie jest natomiast naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji określenie wysokich, lecz możliwych do spełnienia wymagań, jeżeli uzasadnione jest celem, jakiemu przedmiot zamówienia ma służyć.
Sieradzka Małgorzata
artykuł, Glosa.2011.2.87
Zasada uczciwej konkurencji w postępowaniu o ustalenie zamówienia publicznego. Teza nr 2
129776/2
Z jednej strony, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Natomiast z drugiej strony, z uwagi na specyfikę przedmiotu

zamówienia publicznego, zamawiający ma prawo oczekiwać, a zatem i wymagać od wykonawców warunków, których spełnienie zagwarantuje prawidłową realizację zamówienia publicznego, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Zamawiający przytaczał orzecznictwo sądów okręgowych i KIO, w tym wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III Ca 88/09, wyrok KIO z dnia 16 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 249/12, wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2758/11, wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2012 r. KIO 54/12 oraz stanowisko doktryny (Nowicki *Józef Edmund artykuł, M.Zam.Publ. 2011.12.24 Opis przedmiotu zamówienia Teza nr 5, Teza nr 7).*

W dniu 18 kwietnia 2012 r. pełnomocnik Odwołującego złożył pismo procesowe przedstawiające wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które jego zdaniem potwierdzają zasadność zarzutów wskazanych w odwołaniu.

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 752/11 "Zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych została naruszona".
2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 2/09 "Określenie przedmiotu zamówienia jest jego suwerenną decyzją i to w gestii Zamawiającego leży ustalenie niezbędnych cech i funkcjonalności, które ten przedmiot zamówienia ma

spełniać. może jednak Swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców".
3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2009-04-21, sygn. KIO/UZP 434/09
"Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ZamPublU, która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia".
4. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. sygn. akt KIO/KD 44/11

"Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego, spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali oraz okresu trwania".
5. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2011 r. sygn. KIO 2077/11
"Dokumenty takie, jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty, nie tworzą treści oferty, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych".
6. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. sygn. KIO 2756/10
"Na podstawie przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający mogą żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego, w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania (tzw. dokumenty przedmiotowe). Jednocześnie zarówno poprzednio jak i aktualnie obowiązujące rozporządzenie dotyczące rodzajów dokumentów (wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp), jedynie przykładowo wyliczają rodzaje tych dokumentów, pozostawiając zamawiającym swobodę wyboru rodzajów żądanych dokumentów, ograniczona jedynie wymaganiem niezbędności tych dokumentów dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania".

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest wykonawcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, a sposób określenia wymogów zawarty w kwestionowanych postanowieniach Ogłoszenia i SIWZ uniemożliwia mu udział w postępowaniu i uzyskanie zamówienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie i SIWZ, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, pismo

procesowe Odwołującego, przedłożony na rozprawie dokument referencji. Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony Janusza Z. - Prezesa Zarządu Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu, w tym modelu

biznesowego prowadzenia działalności w zakresie produkcji, dostawy oraz serwisowania parkomatów, dyskryminującego charakteru kwestionowanego w odwołaniu wymogu dla podmiotów lokalnych (obsługujących tylko rynki lokalne) będących równocześnie producentami, dystrybutorami i świadczącymi serwis parkomatów, jak również konieczności dostosowywania oferowanych parkomatów do specyficznych wymogów każdego zamawiającego, co zdaniem spełnienie zasadniczo, Odwołującego, uniemożliwia wynikającego z Ogłoszenia i SIWZ wymogu przez jakiegokolwiek wykonawcę. Zamawiający żąda bowiem wykazania, aby to oferowane parkomaty (zatem identyczne) były dostarczone w liczbie co najmniej 1000 sztuk w okresie ostatnich dwóch lat. Izba uznała, stosownie do art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, iż przeprowadzenie powyższego dowodu jest zbędne dla rozpoznania i rozstrzygnięcia odwołania. Okoliczności wskazywane przez Odwołującego jako objęte przedmiotowym dowodem bądź nie stanowią okoliczności spornych (Zamawiający nie kwestionował różnego modelu biznesowego funkcjonowania wykonawców na tym rynku - producent i dystrybutor lokalny, dystrybutor urządzeń producentów działających na rynku europejskim i globalnym). Zamawiający twierdził natomiast, że nie jest zobligowany do takiego formułowania warunków w Ogłoszeniu i SIWZ, aby dopuścić każdy z podmiotów funkcjonujących na rynku. Ocena postawionych warunków jest natomiast oceną prawną i dowód z przesłuchania strony jest w tej mierze nieprzydatny. Zamawiający nie kwestionował też co do zasady, iż dostarczane parkomaty dostosowywane są do wymogów konkretnego zamawiającego. Twierdził jednak, że nie oczekuje, wbrew stanowisku Odwołującego, aby w ramach spełnienia wymogu przewidzianego w kwestionowanym postanowieniu Ogłoszenia i SIWZ wykonawca wykazał się dostawą identycznych parkomatów jak określone w opisie przedmiotu zamówienia. Wystarczające jest aby odpowiadały one wskazanym tam cechom funkcjonalnym i użytkowym. Wykładnia spornego wymogu jest również kwestią prawną, a nie faktyczną, a zatem dowód z przesłuchania strony sprowadzałby się w istocie do prezentacji stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty, iż kwestionowany Dokument wprowadza dodatkowe warunki, które w świetle przeprowadzonych ustaleń w sposób nieuprawniony prowadzą do naruszenia zasady konkurencyjności oraz dyskryminują część wykonawców, którzy są w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu oraz zaoferować urządzenia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zdołał bowiem wykazać, aby żądanie tego Dokumentu było poparte jego uzasadnionymi i obiektywnymi potrzebami.

Odnosząc się do ponoszonych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż charakter powyższego Dokumentu nie został przez Zamawiającego ustalony. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż Dokument ten stanowi dokument przedmiotowy składany na potwierdzenie przez oferowane dostawy spełniania wymogów przewidzianych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów), choć lista takich dokumentów nie została przez niego w SIWZ sprecyzowana. Zdaniem Izby jednak nie sposób przypisać mu jednoznacznie takiego charakteru. W istocie bowiem kreuje on dodatkowe wymogi względem urządzeń będących przedmiotem dostawy, które nie mają bezpośredniego powiązania z wymogami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym poprzez żądanie powyższego Dokumentu Zamawiający postawił wykonawcom dodatkowe wymogi odnośnie oferowanych urządzeń, poza tymi, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, aby oferowane przez nich urządzenia w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych w okresie ostatnich 2 lat na terenie Europy powyżej 48° szeroko ści geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500.000. Zdaniem Izby należy bowiem przyjąć (uwzględniając choćby sformułowanie zawarte w dalszym pkt 4.1. Ogłoszenia (błędnie *ta sama numeracja)* i pkt 10.3.3. SIWZ, gdzie Zamawiający wymaga opisu funkcjonalno-technicznego oferowanego urządzenia), iż pojęcie "urządzenia oferowane przez Wykonawcę" odnosi się nie do urządzeń będących w ofercie wykonawcy, ale do urządzeń, które oferuje w przedmiotowym postępowaniu. W rzeczywistości powyższy wymóg odnosi się pośrednio także do cech podmiotowych wykonawcy w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż zobligowany jest on wykazać się, że produkowane przez niego (gdy jest producentem) lub dystrybuowane (gdy jest tylko dystrybutorem) urządzenia spełniają dodatkowy wymóg wynikający z

przedmiotowego Dokumentu. Na trudności z jego zakwalifikowaniem wskazuje także, iż w ramach poprzednio prowadzonego postępowania (2008 rok), dokument o zbliżonym charakterze (choć znacznie mniej rygorystyczny) został zaliczony do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych. Podkreślić jednak należy, iż wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu (podmiotowe), oferuje urządzenia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia i tak nie będzie w stanie złożyć oferty, jeżeli nie spełni dodatkowych wymogów wynikających z przedmiotowego Dokumentu. Dokument ten łączy zatem w sobie cechy dokumentu wskazanego w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz opisu przedmiotu zamówienia, ustalając dodatkowe wymogi względem oferowanych urządzeń, które w istocie decydują o możliwości złożenia oferty.

Uwzględniając powyższe, ocenić zatem należy zarówno to, czy Dokument jest niezbędny do przeprowadzenia powyższego postępowania (taki wymóg stawia art. 25 ust. 1

ustawy Pzp), jak i czy Zamawiający, formułując wymóg jego przedstawienia, zachował zasady rządzące opisem przedmiotu zamówienia (w szczególności at. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający podnosił, iż kwestionowane postanowienie ma na celu zapewnienie (i) uzyskania urządzeń sprawdzonych, nie prototypu, a jednocześnie o najnowocześniejszych parametrach - stąd wymóg dwóch lat wstecz, (ii) urządzenia sprawdzonego w działaniu w klimacie zbliżonym do klimatu Warszawy - stąd wymóg "szerokości geograficznej", (iii) urządzenia sprawdzonego w funkcjonowaniu w dużym mieście, gdzie liczba mieszkańców idzie w parze z natężeniem ruchu i ilością kierujących korzystających z parkomatów, co, zdaniem Zamawiającego, ma olbrzymie znaczenie, czy urządzenie może bezawaryjnie wydać 50 czy 500 biletów dziennie, (iiii) wymóg "1000 szt. urządzeń" ma zapewnić Zamawiającego o powtarzalności i nieprzypadkowości cech użytkowych i techniczno-funkcjonalnych urządzeń z jednej strony i potwierdzać potencjał oraz wiarygodność wykonawcy, a co za tym idzie dostępność serwisu i części zamiennych (szczególnie po zakończeniu gwarancji) z drugiej. Zdaniem Izby powyższe nie uzasadnia postawionego wymogu, a co więcej wymóg wcale nie prowadzi do osiągnięcia celu zakładanego przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, na co zresztą wskazuje sam Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym opis przedmiotu zamówienia winien uwzględniać wszystkie wymagania funkcjonalne i użytkowe stawiane przez Zamawiajacego przedmiotowi dostawy. Jak zauważa się w orzecznictwie: "(...) sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi niewątpliwie jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i może wpłynąć na jego wynik. Dlatego też zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zobowiązującej zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 29 ustawy Pzp nakłada z kolei na zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Przepis ten służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (w tym zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na ograniczenie konkurencji na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót

budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia (tak też w: Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych M. Stachowiak, J.

Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010). Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji jest naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, jak i wówczas, gdy dokona opisu przedmiotu zamówienia, stawiając wymogi nadmierne, nieuzasadnione swoimi potrzebami, ograniczając tym możliwość złożenia oferty na warunkach uczciwej konkurencji. Treść przepisów wskazuje zatem, że opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji, nie może również bezpośrednio ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. Równocześnie jednak należy podkreślić, iż opis przedmiotu zamówienia musi być tak określony, by odzwierciedlał rzeczywiste, racjonalne potrzeby Zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni zamówienie, którego przedmiot stanowi produkt wysokiej jakości, technologicznie zaawansowany, adekwatny do celów, jakim ma służyć". (wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r. sygn. akt KIO 2009/11). Z kolei w wyroku z dnia 29 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 821/11 Izba stwierdziła: „(…) podnoszony przez odwołującego brak możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, nie jest wystarczający dla uznania, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji. Określenie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia wysokich, lecz możliwych do spełnienia przez wykonawców, pozostających w związku z celem, jaki zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy zasad uczciwej konkurencji. Celem opisu przedmiotu zamówienia jest bowiem umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku.” Tym samym uznać należy, iż w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani nie istnieje ani nie może być wywodzony z przepisów nakaz dopuszczenia konkurencji absolutnej. Każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowania czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. W szczególności nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku, jako że z uwagi na ich właściwości podmiotowe czy sprofilowanie oferty spełnienie wymogów może okazać się dla niektórych niemożliwe lub utrudnione. Ocenę stopnia dopuszczalnego

ograniczenia konkurencji należy przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 715/11). Tym samym rację należy przyznać Zamawiającemu, iż ma on prawo do postawienia wymagań nawet wysokich, które nie każdy wykonawca na rynku spełnia, ale musi mieć to odzwierciedlenie w jego uzasadnionych potrzebach o obiektywnym charakterze, a ponadto postawione wymogi rzeczywiście te uzasadnione cele winny urzeczywistniać. W przeciwnym razie postawione wymogi należy uznać za naruszające art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może bowiem prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. "Zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych została naruszona" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 752/11).

Po pierwsze należy zwrócić uwagę, iż w treści kwestionowanego Dokumentu Zamawiający wymaga jedynie, aby urządzenia zostały zainstalowane – nie zamierza zatem w tej drodze weryfikować ich awaryjności czy prawidłowości funkcjonowania. Sam fakt zainstalowania urządzenia nie czyni go bezawaryjnym czy prawidłowo funkcjonującym. Ponadto dla realizacji celu zagwarantowania sobie urządzenia sprawdzonego a nie prototypu i urządzenia o najnowocześniejszych parametrach, zdaniem Izby, nie potrzeba ograniczania dostawy do określonego wymogu czasowego, lecz wystarczy sprecyzowanie wymogów techniczno-funkcjonalnych. Z powyższym celem kłóci się stanowisko Zamawiającego, iż postawił wymagania techniczne o podstawowym zakresie, aby rozszerzyć wachlarz ofertowy. Skoro zatem urządzenia spełniające podstawowe parametry techniczne są dla niego satysfakcjonujące, nie sposób uznać za zasadne ograniczanie możliwości wykazania się urządzeniami instalowanymi nie później niż dwa lata wstecz, gdy równocześnie spełniają

wymogi Zamawiającego. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było uzyskanie urządzeń o znacznym stopniu zaawansowania technicznego, winien dokonać ich opisu zgodnie z wymaganiami art. 29 ustawy Pzp. Brak jest także należytego uzasadnienia dlaczego to ilość 1000 sztuk – zatem ponad trzykrotnie wyższa niż Zamawiający zamierza kupić w tym postępowaniu - dostarczona w okresie ostatnich dwóch lat ma decydować o tym, iż urządzenie jest sprawdzone, a wykonawca wiarygodny. Jak podnosił Odwołujący liczba ta w powiązaniu z wymogiem instalacji urządzeń w miastach powyżej 500 000 mieszkańców oraz okresem dwóch lat w praktyce eliminuje wykonawców - producentów działających lokalnie, w szczególności na obszarze Polski, gdyż zamówienia na taką salę np. na rynku polskim nie były realizowane. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że urządzenia dostarczone w

mniejszej liczbie nie potwierdzają, iż urządzenie jest urządzeniem sprawdzonym. Z kolei co do zapewnienia serwisu pogwarancyjnego należy podkreślić, iż Zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że instalacja parkomatów w takiej liczbie wskazuje na większe możliwości serwisowe. Odnośnie wymogu położenia geograficznego, zdaniem Izby, Zamawiający nie przedstawił przekonywującego wyjaśnienia powyższego ograniczenia obszaru geograficznego, tj. że istnieją istotne różnice w dostawach i funkcjonowaniu parkomatów uzasadniające tak postawiony wymóg ograniczenia geograficznego. Należy podkreślić, iż Zamawiający postawił w tej mierze określone wymogi (rozdział V B pkt 7 i 8 "Urządzenie musi pracować niezawodnie w zakresie temperatury od „-20 stopni Celsjusza" do „+55 stopni Celsjusza" przy wilgotności względniej do 95%", "Urządzenie powinno być zasilane autonomicznym układem złożonym z baterii solarnej i akumulatora doładowywanego przez tę baterię. Moc baterii oraz pojemność akumulatora powinna być dobrana w taki sposób, aby zapewnić nieprzerwane działanie urządzenia (również w okresie zimowym"), gwarantując sobie zatem uzyskanie urządzenia dostosowanego do danej strefy klimatycznej. Wymóg 500 000 mieszkańców też nie został przez Zamawiającego uzasadniony. Liczba mieszkańców nie musi bowiem przekładać się na intensywność korzystania z parkomatów, ani nie potwierdza, iż parakomat instalowany w mniejszych miejscowościach ma ograniczone funkcje bezawaryjnego wydawania określonej liczby biletów, jak również, że w zależności od wielkości miast instaluje się różne rodzaje parkomatów odbiegające możliwościami co do liczby wydawanych biletów. Ponadto samo zainstalowanie parkomatu w mieście o określonej liczbie mieszkańców nie gwarantuje ich bezawaryjności. W ocenie Izby nie jest to zatem prawidłowa metoda zagwarantowania niskiej awaryjności. Ponadto Zamawiający w SIWZ postawił wymóg odnośnie zapewnienia sprawności urządzeń (rozdział V.A.IV.pkt 3, 4: „Zapewnienie sprawności urządzeń w godzinach funkcjonowania SPPN oraz zapewnienie wszystkich materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych". „Zapewnienie działania (sprawności) urządzeń nie niższą, niż 98% aktualnie użytkowanych urządzeń. Wyłącza się awarie spowodowane aktami wandalizmu, zdarzeniami drogowymi", „Sprawne reagowanie na awarie. Wykonawca, powinien usunąć awarię w czasie 2 godzin od jej wystąpienia"). Zapewnienie sprawności urządzeń obwarowane jest karami umownymi. Paragraf 7 ust. 3 projektu umowy przewiduje:
"3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za:
1) dopuszczenie do wystąpienia awarii trwającej dłużej niż 2 godziny w wysokości 50zł za każdą rozpoczętą godzinę trwania awarii,
2) dopuszczenie do równoczesnej niesprawności więcej niż 2% serwisowanych urządzeń proporcjonalnie do przekroczenia progu 2%-ego i czasu trwania przekroczenia według stawki 3000,00zł/1godz./1% przekroczenia,

3) braki komunikacji ze strony parkomatów trwające dłużej niż łącznie 3 doby w skali miesiąca - 300zł za każdy parkomat dziennie,
4) dopuszczenie do nieestetycznego wyglądu urządzenia 500zł (za nieestetyczny wygląd urządzeń uważa się również niewłaściwe wykonanie powłok lakierniczych np. rdza występująca na obudowie występująca na elementach urządzenia o powierzchni większej niż 0,5cm2, widoczne „zacieki", pozrywane naklejki, ślady farby nie będącej podstawowym kolorem elementu); zamawiający zastrzega sobie możliwość przeprowadzenia kontroli stanu parkomatów w miesiącach: czerwcu, wrześniu i

listopadzie każdego roku obowiązywania umowy i każdorazowo naliczenia kary umownej z tytułu nieestetycznego wyglądu, także w przypadku powtarzania się tych samych parkomatów;

5) każdą przyjętą przez parkomat fałszywą monetę - 5 zł,

6) brak interwencji w czasie 2 godzin od momentu zgłoszenia braku sprzedaży biletów, trwającej ponad indywidualny czas wskazany przez Zamawiającego jak za awarię parkomatu wskazaną powyżej w pp.1."

Tym samym zdaniem Izby poprzez przedmiotowy Dokument Zamawiający nie zapewnia realizacji żadnych swoich obiektywnych i uzasadnionych potrzeb, wprowadza natomiast wymagania skutkujące jedynie ograniczeniem konkurencji. Tym samym powyższy Dokument nie spełnia ani wymogu niezbędności w ramach niniejszego postępowania, ani nie realizuje obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Uznać zatem należy, iż poprzez żądanie przedmiotowego Dokumentu Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości 3.600 zł zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą VAT.

Przewodniczący: ……...