

WYROK
z dnia 13 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk
Członkowie: Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2012 r. przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Mazowieckie KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie zmian postanowień istotnych warunków co do opisu specyfikacji zamówienia przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez jego doprecyzowanie w zakresie:
 - 1.1 postanowień odnoszących się do terminu realizacji zamówienia poprzez jego wydłużenie do co najmniej 4 miesięcy;
 - 1.2 postanowień odnoszących się do wskazania przez zamawiającego konkretnych miejsc posadowienia Biletomatów w określonych lokalizacjach w ramach stacji kolejowych określonych w załącznikach nr 3 i 4 do specyfikacji dopiero na etapie realizacji zamówienia poprzez rezygnację z tego postanowienia lub doprecyzowanie wymogów dotyczących podania wykonawcom w specyfikacji przed upływem terminu do składania ofert konkretnych miejsc posadowienia Biletomatów w określonych lokalizacjach w ramach stacji kolejowych określonych w załącznikach nr 3 i 4 do specyfikacji;
-
- 1.3 postanowień odnoszących się do modyfikacji oprogramowania w celu rozszerzenia oferty zamawiającego o bilet elektroniczny (Karta Mazowiecka) poprzez doprecyzowanie warunków i zakresu modyfikacji tego oprogramowania;
 2. kosztami postępowania obciąża **Koleje Mazowieckie KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **Kolei Mazowieckich KM Sp. z o.o., ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa** na rzecz **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** kwotę: **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Koleje Mazowiecki KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Usługę pośredniczenia w sprzedaży biletów z Biletomatów”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 lutego 2012 r. pod nr 2012/S 35-056804.

W postępowaniu tym wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 marca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 21 lutego 2012 r.

Postanowieniem Izby z dnia 6 marca 2012 r. sprawa odwołania została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba rozpoznała wniesione odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie w dniu 12 marca 2012 r.

Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika w przedmiotowej sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego.

Odwołujący podnosząc w odwołaniu zarzuty wobec postanowień SIWZ wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich

wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję;

- 3) art. 487 Kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie konkretnych miejsc lokalizacyjnych posadowienia biletomatów w ramach stacji kolejowych określonych w załącznikach nr 3 i 4 do SIWZ, w tym także wskazanie źródeł energii elektrycznej i uzyskania wstępnej zgody zarządcy / właściciela terenu na uruchomienie urządzeń, ewentualnie także o uzyskanie przez Zamawiającego niezbędnych zgód i uzgodnień we wskazanych lokalizacjach na posadowienie automatów i podłączenia do instalacji zasilającej. Odwołujący wniósł ponadto o zdefiniowanie (w sposób umożliwiający wykonawcy właściwe oszacowanie kosztów w zakresie modyfikacji oprogramowania) usług / elementów mających znajdować się na Karcie Mazowieckiej.

W uzasadnieniu swoich zarzutów i żądań Odwołujący wskazał na nierealność wymogu opisanego w pkt 1.1) IV SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) dotyczącego zainstalowania i uruchomienia zgodnie ze standardowymi warunkami 42 szt. Biletomatów w lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 3 do SIWZ w terminie do dnia 1 czerwca 2012 r. Odwołujący wskazał na to, że - biorąc pod uwagę procedurę udzielenia zamówienia publicznego oraz termin otwarcia ofert wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 6 marca 2012 r. – wykonawca będzie miał co najwyżej 2,5 miesiąca, a praktycznie nawet jeden

miesiąc na zrealizowanie zamówienia w części dotyczącej lokalizacji określonych w załączniku nr 3 do SIWZ. Podkreślił, że samo dostarczenie biletomatów przez producenta trwa minimum 6 miesięcy, na potwierdzenie czego dołączył do odwołania pisma producentów. Wskazał także, że przedmiot zamówienia obejmuje także inne elementy oprócz dostawy urządzeń; wskazał na przykładowe z nich. Zwrócił także uwagę na konieczność uzyskania licznych pozwoleń związanych z zamontowaniem i użytkowaniem biletomatów oraz podpisanie umów najmu bez wiedzy z kim mają być one podpisane. Zwrócił uwagę na brak wskazania w treści SIWZ dokładnych lokalizacji i umiejscowienia urządzeń na wyszczególnionych w treści załącznika nr 3 stacjach kolejowych, co nie pozwala Odwołującemu na przesadzenie czy wystarczające dla prawidłowego i zgodnego z obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu umowy będzie przyłączenie urządzenia na zasadzie wykonania instalacji wewnętrznej czy też konieczne będzie dokonanie

zgłoszenia w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Zwrócił uwagę na czasochłonność uzyskania wszystkich pozwoleń i zgód w tym przedmiocie.

Wskazał także na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 28 lutego 2012 r. do SIWZ gdzie Zamawiający potwierdził, że nie posiada niezbędnych zgód i uzgodnień we wskazanych lokalizacjach na posadowienie automatów i podłączenie do instalacji zasilającej, w tym nie posiada warunków wydawanych dla przyłączy elektroenergetycznych z uzgodnioną trasą przebiegu linii zasilającej, odpowiednich pozwoleń na posadowienie urządzeń, stosownych zgód właścicieli gruntów i obiektów, gdzie mają być posadowione automaty, uzgodnień z Zakładem Uzgodnień Dokumentacji w lokalizacjach, w których są one wymagane. Tymczasem wszystkie te elementy objęte są przedmiotem zamówienia i za ich zrealizowanie odpowiada wykonawca. Podkreślił, że Zamawiający nie wziął także pod uwagę, że niektóre z dworców w czasie realizacji przedmiotowego zamówienia będą w trakcie remontów albo będą objęte gwarancją, co będzie wymagało dodatkowych uzgodnień z wykonawcami tych remontów.

Odwołujący wskazał także na zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zwracając w tym zakresie uwagę także na postanowienia dotyczące przyszłej umowy. Podkreślił, że Zamawiający nie ma uprawnień do kształtowania tych postanowień bez zapewnienia równości stronom umowy. Według niego Zamawiający nie może także narzucać wykonawcom przyjęcia na siebie zobowiązań niemożliwych do wykonania. Podniósł, że dopuszczalne jest wprowadzenie przez Zamawiającego postanowień przenoszących znaczną część ryzyka na jedną ze stron umowy, ale przy założeniu, że ubiegający się o zamówienie musi uzyskać przed upływem terminu składania ofert pełny zakres informacji pozwalający na należyte zdefiniowanie i ocenę ryzyka, co wykonawca musi uwzględnić w swojej ofercie. Wskazał, że, aby wykonawcy mogli złożyć oferty muszą mieć jednoznacznie i wyczerpująco opisany przedmiot zamówienia i warunki jego realizacji. Naruszenie tego obowiązku i jednoczesne przypisanie wykonawcy odpowiedzialności, której ponosić nie może skutkuje niemożnością przyjęcia tego typu ryzyka na siebie przez wykonawcę, a następnie wycenę oferty. W tym zakresie Odwołujący zakwestionował następujące elementy dokonane przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia:

- 1) brak na etapie ofertowym wskazania konkretnych miejsc lokalizacyjnych biletomatów;

Odwołujący wskazał tutaj na par. 4 pkt 1 postanowień umowy, gdzie Zamawiający zobowiązuje się do wskazania konkretnych miejsc posadowienia biletomatów w lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 3, ale dokona tego dopiero po podpisaniu umowy. Powyższe uniemożliwia, zdaniem Odwołującego, dokonanie prawidłowej kalkulacji dotyczącej przewidywanej ilości sprzedanych biletów co ma bezpośredni wpływ na wynagrodzenie za

realizację zamówienia. Podkreślił, że wykonawca nie wie, czy biletomaty mają być posadowione na peronach czy też w budynkach dworcowych, tymczasem konkretne umiejscowienie biletomatów ma znaczenie dla ilości sprzedanych biletów. W tym kontekście wskazał, że Zamawiający podał w formularzu ofertowym kwotę 2 201 400 zł miesięcznie jako kwotę stanowiącą wpływy netto ze wszystkich biletomatów. Zamawiający jednocześnie nie udostępnił wykonawcom podstaw tych wyliczeń w związku z czym Odwołujący wniósł o wyjaśnienie w tym zakresie wątpliwości, bądź wskazanie dokumentów, na podstawie których Zamawiający dokonał oszacowania tych wpływów.

2) brak udostępnienia przez Zamawiającego analiz związanych z możliwościami technicznymi uruchomienia biletomatów

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że Zamawiający z jednej strony określił wymagania dotyczące zawarcia przez wykonawców umów najmu lokalu / powierzchni, dzierżawy terenu, umowy na dostawę energii elektrycznej i innych mediów, z których będzie korzystał przy realizacji przedmiotu zamówienia, zaś z drugiej strony nie ujawnia wykonawcom informacji niezbędnych do dokonania analizy możliwości technicznych uruchomienia biletomatów w lokalizacjach wymienionych w załączniku nr 3 i 4 do SIWZ (tu wskazał na odpowiedź Zamawiającego do SIWZ na pytanie nr 3 z dnia 27 lutego 2012 r.)

3) brak określenia usług / elementów związanych z Karta Mazowiecką

Odwołujący wskazał także na zapisy pkt 12 pppkt a IV Opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający określił obowiązek wykonawcy dotyczący dokonywania modyfikacji oprogramowania biletomatu w celu rozszerzenia oferty Zamawiającego o bilet elektroniczny (Karta Mazowiecka). Podkreślił w tym zakresie, że w żadnej części SIWZ Zamawiający nie określił jakichkolwiek informacji, jakie elementy mają wchodzić w skład przedmiotowej Karty. Z tych też względów wykonawca nie wie jakie nakłady związane z modyfikacją oprogramowania będzie musiał ponieść, aby spełnić niezdefiniowane wymagania Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił nieprawidłowość przy opisie przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, iż usprawiedliwieniem dla powyższego nie może być prowadzenie przedmiotowego postępowania pod hasłem wykonywania usług na Euro 2012.

Dodatkowo Odwołujący wskazał też na niestandardowość oczekiwanych przez Zamawiającego biletomatów w kontekście ilości akceptowalnych monet w zakresie płatności przez te urządzenia (wymóg 9 monet, który – jego zdaniem - jest niespotykany). Powyższy wymóg, zdaniem Odwołującego, wskazuje na konieczność dokonania określonych przeróbek

w dostarczanych biletomatach. Powyższe potwierdza, jego zdaniem, że Zamawiający preferuje wybór oferenta już częściowo operującego na rynku czy wręcz wskazuje na wybór podmiotu prowadzącego działalność na rynku lub powiązanego z aktualnym operatorem automatów lub też z ich producentem, na co wskazuje krótki termin realizacji niniejszego zamówienia publicznego przewidziany przez Zamawiającego w SIWZ.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał odwołanie oraz swoją dotychczasową argumentację w tej sprawie.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał na niezasadność zarzutów odwołania.

Co do zarzutu odnoszącego się do terminu realizacji zamówienia Zamawiający wskazał, że ustalenie tej kwestii leży wyłącznie w sferze uprawnień Zamawiającego. W jego ocenie ustalony w niniejszym postępowaniu terminu realizacji zamówienia nie uniemożliwia wykonania zamówienia.

Co do zarzutów związanych z opisem przedmiotu zamówienia, powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że to podmiot zamawiający jest gospodarzem postępowania, który określa zakres zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zmierza do podpisania umowy, której przedmiotem będzie świadczenie usług pośredniczenia w sprzedaży biletów kolejowych za pomocą biletomatów posadowionych w określonych lokalizacjach. Z wykonaniem tego obowiązku wiąże się także inne, jakich Zamawiający zażądał w niniejszym postępowaniu, w tym zawarcie umów najmu / dzierżawy terenu oraz umów na dostawę mediów. Zamawiający nie może przystać na koncepcję Odwołującego, aby to wykonawcy określali przedmiot umowy biorąc pod uwagę warunki, jakie oni sami są w stanie zaoferować. Według Zamawiającego lokalizacja biletomatów określona została w sposób dostatecznie precyzyjny poprzez określenie stacji, na których winny się one znaleźć. Podkreślił, że ewentualne różnice z wpływów wynikające z lokalizacji biletomatów (na peronie, czy w innym miejscu) nie są takiego rzędu, aby na tej tylko podstawie oceniać

opłacalność kontraktu. Wskazał także, że wykonawca nie powinien w ogóle przystępować do zamówienia, jeśli wątpi w możliwość osiągnięcia z niego zysku. Według Zamawiającego brak wskazania konkretnych lokalizacji nie uniemożliwia wykonawcom dokonania analizy warunków technicznych uruchomienia biletomatów. Miejsca te, w ocenie Zamawiającego, zostały wskazane w sposób dostatecznie precyzyjny do tego, aby taką analizę przeprowadzić. Podkreślił, że dla niego jest rzeczą oczywistą, że Zamawiający nie będzie

żądał zamontowania biletomatów w miejscu, gdzie jest to niemożliwe ze względu na brak dostępu do niezbędnych mediów. Żądanie takiego świadczenia powodowałoby brak możliwości wykonania umowy. Zamawiający zwrócił także uwagę, że nie widzi także potrzeby zmiany przedmiotu zamówienia w kontekście ograniczenia wydawanych przez biletomaty monet do 7 sztuk. Podkreślił, że rozwiązanie to nie jest niemożliwe do spełnienia i są producenci oferujący tego typu rozwiązania. Ten wymóg, jego zdaniem, nie ogranicza uczciwej konkurencji w zamówieniu. Zwrócił uwagę na pogląd wynikający z orzecznictwa, że opisu przedmiotu zamówienia dokonuje podmiot zamawiający stosownie do swoich potrzeb i może tego dokonać w sposób równy i obiektywny dla wszystkich wykonawców. Wskazał na swoje potrzeby w tym zakresie – konieczność zapewnienia wydawania monet o wszystkich istniejących nominałach wynika z obowiązku wydawania reszty za sprzedawane bilety z dokładnością do 1 grosza.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące postanowień SIWZ, które – w jego ocenie – utrudniają mu, a nawet uniemożliwiają złożenie oferty w postępowaniu. Powyższe w sposób pośredni utrudnia Odwołującemu dostęp do zamówienia i pozbawia go możliwości jego uzyskania oraz naraża go na poniesienie w tym zakresie szkody. Wskazuje to na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ w pkt IV określił swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. W postanowieniach tych wskazał

między innymi na termin realizacji przedmiotu zamówienia wskazując na dzień 1 czerwca 2012 r. jako datę końcową zainstalowania i uruchomienia 42 szt. biletomatów w lokalizacjach określonych w załączniku nr 3 do SIWZ oraz dzień 1 września 2012 r. dla 37 szt. biletomatów w lokalizacjach określonych w załączniku nr 4 do SIWZ (ppkt 1.1). Do SIWZ załączone zostały załącznik nr 3 i 4, które stanowią wykazy lokalizacji biletomatów koniecznych do uruchomienia w określonych przez Zamawiającego dwóch terminach realizacji zamówienia. Wykazy te określają nazwę stacji oraz ilość koniecznych do zainstalowania w tym miejscu sztuk biletomatów. Określił także wymóg zawarcia przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa stosownych umów najmu lokali / powierzchni, dzierżawy terenu, umowy na dostawę energii elektrycznej i innych mediów, z których będzie korzystał przy realizacji zamówienia (ppkt 1.2). Zamawiający wskazał także na wymóg dokonywania przez wykonawcę modyfikacji oprogramowania Biletomatu w celu rozszerzenia oferty Zamawiającego o bilet elektroniczny (Karta Mazowiecka) (ppkt 1.20 lit. a). We wskazanym pkt IV SIWZ Zamawiający określił również parametry techniczne i wymagania dla biletomatów, w tym m.in. wskazał na konieczność wyposażenie w system umożliwiający wydawanie reszty z dokładnością do 1 grosza (ppkt 3.6 lit. b) oraz konieczność wyposażenia

biletomatu w czytnik kart elektronicznych wyposażony w obsługę modułów SAM spełniający standardy ISO/IEC 14443-1, ISO/IEC 14443-2, ISO/IEC 14443-3, ISO/IEC 14443-4 (ppkt 4.5).

W pkt XIV SIWZ Zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena (ppkt 2). W opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał także, że wykonawca jest zobowiązany do oceny kosztów, jakie będzie ponosił w związku z realizacją zamówienia, a cena ofertowa ma uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego oraz obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (ppkt 1). Określił też, że do obliczenia ceny należy stosować formularz cenowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ (ppkt 2). Załącznik nr 2 do SIWZ z kolei wskazuje w zestawieniu tabelarycznym na konieczność określenia wartości dla całości usług netto i brutto z wyszczególnieniem stawki podatku VAT poprzez przemnożenie kwoty określonej przez Zamawiającego prognozowanych średniomiesięcznych wpływów netto z 79 biletomatów w kwocie 2 201 400,00 zł (kolumna nr 3 tabeli) i procentowo określonej przez wykonawcę stawki prowizji. Wartość ta ma zostać także przemnożona przez okres świadczenia usługi (24 miesiące). Co do prognozowanej przez Zamawiającego kwoty średniomiesięcznych wpływów z biletomatów Zamawiający zastrzegł, że nie ponosi odpowiedzialności w przypadku, gdy faktycznie uzyskane wpływy ze sprzedaży biletów z biletomatów będą niższe od prognozowanej przez niego kwoty. W załączniku nr 8 do SIWZ Zamawiający określił wymogi co do znaku Kolei Mazowieckich.

W załączniku nr 9 do SIWZ Zamawiający określił istotne postanowienia umowy dla niniejszego zamówienia. W dokumencie tym Zamawiający m.in. w par. 4 określił, że będzie on zobowiązany do wskazania wykonawcy konkretnych miejsc posadowienia biletomatów w lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 2 i 3 do umowy (załącznik nr 3 i 4 do SIWZ). W par. 5 tych postanowień Zamawiający określił zasady rozliczenia stron umowy z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym wskazał, że wynagrodzeniem wykonawcy będzie prowizja w określonej procentowo wskazanej prowizji naliczanej od miesięcznych wpływów netto uzyskanych ze sprzedaży biletów w biletomatów (ust. 2).

Zamawiający w pismach z dnia 27 i 28 lutego 2012 r. udzielił odpowiedzi na zapytania do SIWZ, które zostały do niego w tym postępowaniu złożone.

W dniu 5 marca 2012 r. Zamawiający skierował do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu, wskazując na przesunięcie terminu składania ofert do dnia 27 marca 2012 r.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia dopuścił się określonych naruszeń, które prowadzą do uwzględnienia odwołania i do konieczności wprowadzenia określonych modyfikacji w postanowieniach SIWZ.

Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny utrudniający możliwość wyceny przez wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia ryzyka, a nawet prowadzący do niemożności realizacji przedmiotu świadczenia w określonych przez Zamawiającego warunkach. Powyższe było uzasadnione, biorąc pod uwagę szczególne wymagania Zamawiającego co do terminu realizacji zamówienia określone w SIWZ, nieprecyzyjne wymogi związane z lokalizacją biletomatów, a także koniecznością modyfikacji oprogramowania w celu rozszerzenia oferty Zamawiającego o bilet elektroniczny (Karta Mazowiecka) w kontekście także ustalonego przez Zamawiającego określonego sposobu wynagrodzenia za przedmiot świadczenia.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął zasadę, że nie będzie prowadził zakupu na swoją rzecz biletomatów dostarczanych w ramach przedmiotowego zamówienia. Przedmiotem zamówienia nie stanowi zatem standardowa dostawa określonych urządzeń oczekiwanych przez Zamawiającego do zakupu biletów. Zakres wynagrodzenia umownego wyznaczony został tutaj poprzez określenie procentowej prowizji naliczonej od miesięcznych wpływów netto uzyskanych ze sprzedaży biletów z biletomatów. Ryzyko wykonawcy z punktu widzenia przyjętego w SIWZ sposobu wynagradzania za realizację zamówienia w tym zakresie jest duże, biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający w tym przedmiocie przedstawił wykonawcom jedynie określoną, prognozowaną kwotę tych miesięcznych wpływów ze sprzedaży biletów, którą należało przyjąć do wyceny ceny

ofertowej, co do której to kwoty Zamawiający zastrzegł, iż nie jest ona *de facto* wiążąca (Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności w przypadku niższych wpływów ze sprzedaży), nie przedstawiając w tym zakresie choćby podstaw przyjętych przy takiej wycenie dokonanej przez Zamawiającego.

Izba nie kwestionuje takiego, przyjętego przez Zamawiającego sposobu wynagradzania wykonawców z tytułu realizacji zamówienia. Sposobu tego także w odwołaniu nie kwestionował sam Odwołujący, wskazując jedynie na określony kontekst sytuacji, w której Zamawiający z jednej strony nie dokonuje w sposób precyzyjny opisu przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony wprowadza określonego rodzaju wymogi co do sposobu realizacji zamówienia, w tym krótkiego terminu wykonania zamówienia, które przy przyjętym w SIWZ sposobie wynagradzania za realizację przedmiotu zamówienia uniemożliwiają wykonawcy ocenę ryzyka.

Przywołane okoliczności w ocenie Izby wskazują na konieczność wprowadzenia określonych zmian w SIWZ, które przede wszystkim doprowadzą do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia będzie zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zapewni w tym postępowaniu zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba nakazując Zamawiającemu dokonanie określonego rodzaju zmian w SIWZ nie kwestionuje jednocześnie prezentowanego przez Zamawiającego stanowiska, popartego orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, co do tego, że dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przede wszystkim podmiot zamawiający, który ma prawo ukształtować postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji w uzależnieniu od swoich, a nie wykonawców potrzeb. Powyższe jednak nie może prowadzić do naruszenia podstawowych regulacji ustawy Pzp w tym zakresie, tj. przede wszystkim art. 29 ust. 1 nakazującego zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc także wycenę tej oferty przy uwzględnieniu określonych dopuszczonych ryzyk. Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia nie może także naruszać podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego, tj. przede wszystkim określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ustawodawca przy czynności opisu przedmiotu zamówienia zasadzie uczciwej konkurencji nadał szczególny walor, wskazując, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). W tym zatem zakresie ustawodawca określił, że nie tylko wykazanie przez wykonawcę wprost naruszenia tej zasady przy opisie przedmiotu zamówienia świadczy o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, ale również wykazanie choćby

zakłócenia w przejawach realizacji uczciwych praktyk po stronie podmiotu zamawiającego (utrudnienie uczciwej konkurencji) stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba doszła do przekonania, że w przedmiotowej sprawie określone postanowienia SIWZ i jej załączników świadczą o naruszeniu przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Z tych też względów Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie:

- 1) postanowień odnoszących się do terminu realizacji zamówienia;
- 2) postanowień odnoszących się do wskazania przez Zamawiającego konkretnych miejsc posadowienia biletomatów w określonych lokalizacjach w ramach stacji kolejowych określonych w załącznikach nr 3 i 4 do specyfikacji dopiero na etapie realizacji zamówienia;
- 3) postanowień odnoszących się do modyfikacji oprogramowania w celu rozszerzenia oferty Zamawiającego o bilet elektroniczny (Karta Mazowiecka).

Co do postanowień dotyczących terminu realizacji zamówienia Izba uznała za zasadne uwzględnienie częściowo żądania Odwołującego. Odwołujący w odwołaniu wskazywał na nierealność terminu wykonania zamówienia co do biletomatów, których lokalizacje zostały określone w załączniku nr 3 do SIWZ, gdzie Zamawiający opisał termin wykonania zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty, tj. 1 czerwca 2012 r. Podnosił on, że faktycznie pozostały wykonawcy czas na wykonanie zamówienia to okres 2,5 a nawet 1 miesiąca. Domagał się w tym zakresie wydłużenia terminu do 6 miesięcy. W toku rozprawy natomiast wskazywał, że okres 6 miesięczny jest niezbędny na dostawę biletomatów, zaś minimum okres 1 miesiąca jest mu niezbędny na instalację tych urządzeń w określonych

lokalizacjach. Odwołujący do swojego odwołania dołączył korespondencję mailową z firmy AEP Ticketing Solutions z Włoch, z której wynika, że dostawa określonych 15 urządzeń może odbyć się w ciągu 90 dni, 25 - w ciągu 120 dni, zaś większa ilość - w ciągu 180 dni. Dołączono także korespondencję mailową z przedstawicielem firmy Hoft 7 Wessel AG, z której wynika możliwość dostarczenia przez tę firmę urządzeń w ciągu 6 miesięcy. Zamawiający w toku rozprawy wskazywał na to, że weryfikował możliwości dostarczenia biletomatów w określonym terminie na targach handlowych i oświadczył, że powyższe jest możliwe w terminie 2,5 miesiąca.

Uwzględniając powyższe Izba doszła do przekonania, że kwestionowany przez Odwołującego termin realizacji zamówienia określony konkretną datą jest nierealny biorąc pod uwagę także stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w tej mierze na rozprawie. Jak wynika z dokumentacji postępowania termin składania ofert ustalony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu został przesunięty na dzień 27 marca 2012 r. Tym samym termin na realizację zamówienia, który może być liczony od momentu

podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez konkretnego wykonawcę, uległ znacznemu skróceniu (minimum 2 miesiące), powodując niemożność spełnienia świadczenia, co także potwierdził sam Zamawiający. Zamawiający, wskazując w SIWZ termin realizacji zamówienia poprzez określenie konkretnej daty powinien dla realności wykonania tego zamówienia przewidzieć co najmniej minimalne terminy określone w przepisach ustawy Pzp na przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia, w tym także co do możliwości wnoszenia i rozpoznawania środków ochrony prawnej. Tym samym okoliczność korzystania przez wykonawcę z prawa do złożenia odwołania na postanowienia SIWZ, a nie korzystanie przez niego z prawa do wnoszenia zapytań do SIWZ, na co wskazywał w toku rozprawy Zamawiający, nie może być okolicznością z jednej strony obciążającą dla wykonawcy, któremu przysługuje prawo do składania środków ochrony prawnej na każdą czynność i zaniechanie Zamawiającego w postępowaniu, a także na treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ, a z drugiej strony usprawiedliwiającą nieprawidłowości Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia. Izba jednocześnie stwierdziła, że stanowisko Odwołującego co do konieczności wydłużenia terminu realizacji zamówienia o 6 lub 7 miesięcy nie znajduje oparcia w przedłożonym przez Odwołującego materiale dowodowym. Przedłożona przez niego korespondencja mailowa wskazuje bowiem na możliwość dostawy przez dwie różne firmy wymaganych urządzeń w terminie 6 miesięcy (jedna z firm) lub w terminie 3 miesięcy - 15 sztuk, zaś 4 miesięcy - 40 sztuk (druga z firm). Uwzględniając okoliczność, że przedmiotem dostawy, której termin jest kwestionowany jest 42 szt. biletomatów Izba stwierdziła, że obiektywnie możliwym jest dostarczenie wskazanych urządzeń i ich instalacja w terminie 4 miesięcy od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, biorąc także pod uwagę to, że przedłożone oferty handlowe wskazują na możliwości danej, konkretnej firmy. W tym zakresie Izba także stwierdziła, że wystarczającym będzie również czas na ewentualne dostosowanie biletomatów do wymogu Zamawiającego dotyczącego ilości dopuszczonych w biletomacie monet. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował tego wymogu jako takiego, na co wskazywał Zamawiający. Wymóg ten kwestionowany był w kontekście szczególnych wymogów związanych z realizacją zamówienia, które nie mogą być wypełnione w określonym przez Zamawiającego terminie realizacji zamówienia. W tym też zakresie Izba podjęła wskazane rozstrzygnięcie tej kwestii.

Co do postanowień odnoszących się do wskazania przez Zamawiającego konkretnych miejsc posadowienia biletomatów w określonych lokalizacjach w ramach stacji kolejowych określonych w załącznikach nr 3 i 4 do specyfikacji dopiero na etapie realizacji zamówienia Izba stwierdziła, że w tym zakresie konieczne jest bądź rezygnacja z tego postanowienia zawartego w par. 4 pkt 1 Istotnych postanowień do umowy (załącznik nr 9 do SIWZ), bądź też doprecyzowanie przez Zamawiającego wymogów dotyczących podania

wykonawcom już w postanowieniach SIWZ, przed upływem terminu do składania ofert, konkretnych miejsc posadowienia biletomatów w określonych lokalizacjach w ramach stacji kolejowych wskazanych w załącznikach nr 3 i 4 do SIWZ. W ocenie Izby nałożenie na wykonawców określonych, szczególnych wymogów co do sposobu realizacji zamówienia związanych z koniecznością zapewniania przez wykonawcę, który będzie realizował wskazane świadczenie, zawarcia stosownych umów najmu lokali, czy powierzchni, bądź

dzierżawy terenu, czy zawarcia umów na dostawy energii elektrycznej i innych mediów dla zapewnienia funkcjonowania biletomatów, przy jednoczesnym braku doprecyzowania przez Zamawiającego w jakich konkretnych lokalizacjach owe urządzenia mają być zainstalowane i postanowieniach umowy, które przewidują prawo dla Zamawiającego wskazania tych konkretnych lokalizacji dopiero na etapie wykonania umowy (co wynika także z odpowiedzi Zamawiającego na zapytania do SIWZ), potwierdza nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcom właściwe wycenienie ryzyka związanego z takim sposobem realizacji zamówienia. W tym zakresie przewidziano dla Zamawiającego alternatywną możliwość naprawienia zapisów SIWZ. Zamawiający zatem powinien bądź zrezygnować z zapisów umownych pozwalających mu na ingerencję na etapie realizacji zamówienia w decyzje wykonawcy odnośnie wybrania konkretnej lokalizacji biletomatu na wskazanych w załączniku nr 3 lub 4 do SIWZ stacjach kolejowych, bądź też doprecyzować w SIWZ, przed upływem terminu do składania ofert, miejsc konkretnych lokalizacji biletomatów na stacjach kolejowych wskazanych w załącznikach nr 3 i 4 do SIWZ.

Co do postanowień odnoszących się do modyfikacji oprogramowania w celu rozszerzenia oferty Zamawiającego o bilet elektroniczny (Karta Mazowiecka) Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie warunków i zakresu modyfikacji tego oprogramowania. Zdaniem Izby enigmatycznie sformułowany wymóg konieczności modyfikacji oprogramowania wymaganego w dostarczanych przez wykonawców urządzeniach, bez wskazania określonych warunków tej modyfikacji czy jej zakresu, sytuacji w jakich będzie wymagana modyfikacja tego oprogramowania, uniemożliwia wykonawcy wycenę ryzyka związanego z realizacją zamówienia. W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia będzie dostarczał wykonawcy określonego rodzaju dane związane z tą modyfikacją. Na etapie składania ofert wykonawca zatem nie ma wiedzy na czym jego przyszłe świadczenie polegające na modyfikacji oprogramowania będzie polegało, jaki będzie w tym zakresie niezbędny jego nakład pracy i stosowanie określonego rodzaju urządzeń. Wiedzę o powyższym pozyska on dopiero na etapie realizacji zamówienia, co nie daje mu odpowiednich podstaw do wyceny swojej oferty.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania co do art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Zamawiającego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz - stosownie do w § 3 pkt 2 lit. b) przywołanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....