

WYROK
z dnia 29 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Barbara Bettman

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawcę P.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REWIZOR P.A. z siedzibą w Gdyni (81-571) przy ul. Chwaszczyńskiej nr 49a lok. 3 w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd** **Transportu** **Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku (80-874) przy ul. Na Stoku 49**

przy udziale wykonawcy Zakłady Wielobranżowe „Renoma” sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-850) przy ul. 3-go Maja 67 zgłaszającego przystąpienie - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 3) p.z.p. oraz art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3a p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. poprzez lakoniczne określenie w formularzu oferty (Załączniku nr 1 do SIWZ) wymagania posiadania przez wykonawcę dostępu do serwisu internetowego obejmującego spersonalizowany dostęp przez wprowadzenie indywidualnego loginu i hasła dla każdego użytkownika (serwis musi umożliwiać jednoczesny dostęp dla minimum 5 użytkowników zamawiającego przez całą dobę 365 dni w roku), podczas

gdy 1) w SIWZ nie wskazano jakim celom serwis ten ma służyć (jakie ma spełniać funkcje), 2) nie dookreślono w ogóle tego wymagania w innych postanowieniach SIWZ, co uniemożliwia zaproponowanie zamawiającemu elektronicznego systemu służącego do obsługi procesu windykacyjnego, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, stanowi nadmierne ograniczenia wobec wykonawcy i świadczy o nieprecyzyjnym (niewyczerpującym) opisie przedmiotu zamówienia, utrudniającym rzetelne przygotowanie się do postępowania, naruszającym zasadę równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

2.1. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 a p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p. oraz art. 41 pkt 7 p.z.p. oraz art. 22 c ust. 1 p.z.p., jak i art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. oraz art. 23 ust. 5 p.z.p., poprzez nieprawidłowe określenie w Sekcji III ppkt III.1.2) pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punkcie 5 (Warunki udziału) 5.1.2 i 5.1.2.2 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wprowadzenie wymagania złożenia dokumentu w tej mierze co najmniej przez jednego wykonawcę, podczas gdy tak określony sposób spełnienia warunków przez wykonawców ubiegających się w trybie art. 23 p.z.p. o zamówienie nie jest obiektywnie uzasadniony, w tym nie jest uzasadniony charakterem zamówienia i proporcjonalny, co narusza również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podczas gdy wystarczające byłoby, aby warunek ten mógł być spełniony łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany Sekcji III pkt

III. 1. 2) ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5 (Warunki udziału) 5.1.2. i 5.1.2.2 lit. A) SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich).

2.2. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 a p.z.p. oraz art. 22 d ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p. oraz art. 41 pkt 7 p.z.p., jak i art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. oraz art. 23 ust. 5 p.z.p. poprzez określenie w Sekcji III pkt III.1.3) pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3. lit A) SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącym konieczności wykazania się doświadczeniem w zakresie wykonania minimum 3 usług w zakresie realizacji zamówienia związanych z prowadzeniem kontroli biletowej w pojazdach komunikacji miejskiej o wartości minimum 100.000 złotych netto/1 miesiąc każda oraz minimum 3 usług polegających na prowadzeniu windykacji należności o wartości minimum 200.000 złotych

netto/1 miesiąc każda lub minimum 3 usług w zakresie realizacji zamówień związanych z prowadzeniem kontroli biletowej w pojazdach komunikacji miejskiej wraz z windykacją należności (w przypadku gdy wykonawca świadczy te usługi w ramach jednej umowy) o minimalnej wartości tych usług 300.000 złotych netto/ 1 miesiąc każda (przy czym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełnienie tego warunku musi być wykazane przynajmniej przez jednego), w sytuacji gdy warunek ten nie jest proporcjonalny do zamówienia, wykracza poza cel sformułowania warunku (jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia), niezasadnie narzuca wykonawcom wspólnie ubiegającym

się o zamówienie obowiązek spełnienia warunku przynajmniej przez jednego wykonawcę, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i ogranicza potencjalny krąg wykonawców, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym może prowadzić do wyboru wykonawcy wyłonionego w sposób niezgodny z przepisami p.z.p.,

i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany Sekcji III pkt III. 1. 3) ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5.1.2.3. lit. A) SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich).

2.3.zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p. oraz art. 41 pkt 7 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. i art. 23 ust. 5 p.z.p. poprzez określenie w Sekcji III pkt III. 1.3. pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3 lit. B) SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej posiadania odpowiedniego wyposażenia zakładu (testerów biletowych — min. 25 sztuk oraz terminali płatniczych min. 25 sztuk) i urządzeń technicznych (przy czym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełnienie tego warunku musi być wykazane przynajmniej przez jednego wykonawcę) w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, nie wskazując zarówno o jakie konkretnie wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne chodzi, jak i bez wskazania minimalnych parametrów technicznych, jak i niezasadnie narzucając wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie obowiązek spełnienia warunku przynajmniej przez jednego wykonawcę, co w konsekwencji utrudnia rzetelne przygotowanie się do postępowania oraz ocenę spełnienia tego warunku, stanowiąc warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający weryfikację wykonawcy pod kątem rękojmi należytego wykonania zamówienia, naruszający zasadę równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności,

i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany Sekcji III pkt III. 1. 3) ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5.1.2.3 lit. B) SIWZ poprzez wskazanie,

że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich).

2.4.zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 p.z.p. oraz art. 41 pkt 7 p.z.p. oraz art. 23 ust 5 p.z.p., jak i art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. poprzez określenie w Sekcji III pkt III.1.3. pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3 lit C) SIWZwarunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w odniesieniu do wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie) dotyczącej tego, aby średniorocznym zatrudnieniem 30 kontrolerów na pełne etaty według przepisów Kodeksu pracy legitymował się przynajmniej jeden podmiot, co wywołuje wątpliwości interpretacyjne (jest nieprecyzyjne, niejednoznacznie opisane), niezasadnie narzuca wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie obowiązek spełnienia warunku przynajmniej przez jednego wykonawcę, nie jest obiektywnie uzasadnione, w tym uzasadnione przedmiotem zamówienia i proporcjonalne, a tym samym narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany Sekcji III pkt III.1.3) ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5.1.2.3 lit. C) SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich).

2.5.zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 3) p.z.p. oraz art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3 i ust. 3a p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. oraz art. 14 ust. 1 p.z.p. i art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) p.z.p. w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez sformułowanie w pkt 3.1.7 [w tym lit. a), lit. d, lit. f] SIWZ oraz § 3 ust. 10 Załącznika nr 9 do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania, aby 1) wykonawca dysponował co najmniej 50 kontrolerami biletów, w przeliczeniu na pełne etaty najpóźniej w dniu podpisania umowy i przez cały czas jej trwania, jak i 2) aby najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawca przedłożył wykaz osób, które będą realizować przedmiot umowy oraz kopie zanonimizowanych umów, tj. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności, a wręcz utrudniający uczciwą konkurencję, wprowadzający nadmierne i niepotrzebne wymagania stawiane wykonawcom, co może prowadzić do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami p.z.p., utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, a także stanowi istotne zachwianie równowagi stron stosunku cywilnoprawnego na korzyść zamawiającego, i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany pkt 3.1.7 lit. d) SIWZ oraz

§ 3 ust. 10 lit. d) załącznika nr 9 do SIWZ poprzez wskazanie, iż najpóźniej w dniu

rozpoczęcia świadczenia usługi wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć zamawiającemu wykaz osób, które będą realizować przedmiot umowy oraz kopie zanonimizowanych (zawierających imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar zatrudnienia) umów o pracę.

2.6.zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 3) p.z.p. oraz art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 p.z.p. poprzez nieprawidłowe sformułowanie m.in. pkt 6.9 SIWZ, Załącznika nr 8 do SIWZ oraz Załącznika nr 2 do wzoru umowy, tj. poprzez 1) sformułowanie w opisie przedmiotu zamówienia obowiązku instalacji i wdrożenia oprogramowania dedykowanego do obsługi procesu windykacji należności z tytułu wystawionych wezwań do zapłaty, zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 2 do projektu umowy (oraz Załącznikiem nr 8 do SIWZ), który ma posiadać opisane w nich nieinnowacyjne funkcjonalności (które posiada program wdrożony przez dotychczasowego wykonawcę usług kontroli biletów i windykacji — co jest wprost sprzeczne m.in. z art. 29 ust. 3 p.z.p., 2) sformułowanie przez zamawiającego ww. opisie wymagania spełnienia przez ww. program niektórych funkcjonalności wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ (arkusza

funkcjonalności programu), które spełnia tylko program wdrożony przez wykonawcę obecnie świadczącego na rzecz zamawiającego usługi kontroli biletów i windykacji, a których zasadniczo mogą nie spełniać systemy elektroniczne; 3) sformułowanie ww. opisu w sposób przyznający swobodę oceny spełnienia funkcjonalności (w sytuacji, gdy spełnienie danej funkcjonalności winno być obiektywnie, jasno wskazywane), co nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, jest nadmierne, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, narzuca nieinnowacyjne rozwiązania i tym samym uniemożliwia odwołującemu i innym wykonawcom zaprezentowanie równie skutecznego i zaspokajającego potrzeby zamawiającego programu niespełniającego wszystkich wymaganych funkcjonalności, i nakazuje zamawiającemu, w załączniku nr 8 do SIWZ, dokonania doprecyzowania wymogów pkt: 19 (co do sposobu jego rozumienia w całości), 20 (sposobu rozumienia sformułowania regulowanie zbiorczo zaliczek komorniczych w kontekście całego wymogu), 33 - 35 (odnośnie interpretacji tych funkcjonalności w kontekście oznaczenia ich gwiazdką).

2.7. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 3) p.z.p. oraz art. 29 ust. 1, ust. 2 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 p.z.p. poprzez sformułowanie przez zamawiającego niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w pkt 6 Załącznika nr 2 do wzoru umowy i niewskazanie jakie minimalne parametry ma spełniać serwer i na czym ma polegać „komfort” pracy pracowników zamawiającego, co narusza zasadę jednoznacznego i wyczerpującego, zrozumiałego opisu przedmiotu zamówienia, zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencję i zasadę proporcjonalności, jak i utrudnia przygotowanie się do zamówienia, i nakazuje zamawiającemu, w załączniku nr 2 do wzoru umowy, dokonania doprecyzowania pkt 6 poprzez określenie na czym polega „komfortowa praca”.

2.8. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 3) p.z.p. oraz art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 p.z.p. poprzez wymaganie w pkt 15 i 16 Załącznika nr 2 do wzoru umowy aby dostęp dla pracowników zamawiającego lub innych wskazanych w SIWZ podmiotów do oprogramowania wspomagającego proces windykacyjny odbywał się za pomocą protokołu VPN IPsec z jednoczesnym wyraźnym wykluczeniem, aby praca użytkowników systemu realizowana była za pomocą usługi zdalnego pulpitu, co nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, nakłada nadmierne ograniczenia wobec wykonawcy, zmniejsza bezpieczeństwo danych, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, i nakazuje zamawiającemu, w załączniku nr 2 do wzoru umowy, dokonania zmiany pkt 16 poprzez dopuszczenie również alternatywnego rozwiązania razem z obecnie istniejącym, tj. funkcji zdalnego pulpitu.

3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez P. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REWIZOR P. A., ul. Chwaszczyńska nr 49a lok. 3, 81-571 Gdynia, tytułem uiszczzonego wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk, na rzecz P. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REWIZOR P.A., ul. Chwaszczyńska nr 49a lok. 3, 81-571 Gdynia, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku.**

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 29 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1902/17

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Prowadzenie kontroli biletów w pojazdach lokalnego transportu zbiorowego organizowanego przez Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku wraz z windykacją i egzekucją należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu – w latach 2018 – 2021 r.” – numer postępowania nadany przez Zamawiającego: HZ/5/ZP/2017, dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 30 sierpnia 2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, które 1 września 2017 r. zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 167-343847. Ponadto 1 września 2017r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) przedmiotowego postępowania.

Odwolanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, dnia 11 września 2017 r., wniósł P.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą REWIZOR P.A. z siedzibą w Gdyni, przy ul. Chwaszczyńskiej 49A lok. 3 – dalej jako „Odwolujący”.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., w odwołaniu przedstawiono następujące zarzuty (pisownia oryginalna, dalej powoływane pod odpowiednimi punktami korespondującymi z numeracją przedstawioną poniżej):

- 1.art. 31 a Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie należytego przygotowania postępowania i uprzedniego zastosowania dialogu technicznego celem prawidłowego określenia specyfikacji oprogramowania do obsługi procesu windykacji podlegającego instalacji i wdrożeniu przez wykonawcę, w sposób umożliwiający równy dostęp wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia, uwzględniający zasadę poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności;
- 2.art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1a Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp oraz art. 22 c ust. 1 Pzp, jak i art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez określenie w Sekcji III ppkt 1. 2) pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punkcie 5 (Warunki udziału) 5.1.2. i 5.1.2.2 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie obowiązku dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową nie mniejszą niż 2.000.000,00 złotych, podczas gdy wystarczające dla wykazania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia byłoby żądanie wykazania przychodu w tej kwocie potwierdzonego sprawozdaniem finansowym, co narusza także zasadę proporcjonalności oraz weryfikacyjnego charakteru warunku, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 3.art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 a Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp oraz art. 22 c ust 1 Pzp, jak i art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp oraz art 23 ust 5 Pzp poprzez nieprawidłowe określenie w Sekcji III ppkt III. 1. 2) pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punkcie 5 (Warunki udziału) 5.1.2. i 5.1.2.2 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wprowadzenie wymagania złożenia dokumentu w tej mierze co najmniej przez jednego wykonawcę, podczas gdy tak określony sposób spełnienia warunków przez wykonawców ubiegających się w trybie art. 23 Pzp o zamówienie nie jest obiektywnie uzasadniony, w tym nie jest uzasadniony charakterem zamówienia i proporcjonalny, co narusza również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podczas gdy wystarczające byłoby, aby warunek ten mógł być spełniony łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4.art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust 1 a Pzp oraz art. 22 d ust 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp, jak i art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art 23 ust. 5 Pzp poprzez określenie w Sekcji III pkt III-1.3. pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3. lit A) SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczący konieczności wykazania się doświadczeniem w zakresie wykonania minimum 3 usług w zakresie realizacji zamówienia związanych z prowadzeniem kontroli biletowej w pojazdach komunikacji miejskiej o wartości minimum 100.000 złotych netto/1 miesiąc każda oraz minimum 3 usług polegających na prowadzeniu windykacji należności o wartości minimum 200.000 złotych netto/1 miesiąc każda lub minimum 3 usług w zakresie realizacji zamówień związanych z prowadzeniem kontroli biletowej w pojazdach komunikacji miejskiej wraz z windykacją należności (w przypadku gdy wykonawca świadczy te usługi w ramach jednej umowy) o minimalnej wartości tych usług 300 złotych netto/ 1 miesiąc każda (przy czym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełnienie tego warunku musi być wykazane przynajmniej przez jednego), w sytuacji gdy warunek ten nie jest proporcjonalny do zamówienia, wykracza poza cel sformułowania warunku (jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia), niezasadnie narzuca wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie obowiązek spełnienia warunku przynajmniej przez jednego wykonawcę, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i ogranicza potencjalny krąg wykonawców, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym może prowadzić do wyboru wykonawcy wyłonionego w sposób niezgodny z przepisami Pzp;
- 5.art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp oraz art 7 ust. 1 i ust 3 Pzp i art. 23 ust 5 Pzp poprzez określenie w Sekcji III pkt III. 1.3. pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3. lit. B)

SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej posiadania odpowiedniego wyposażenia zakładu (testerów biletowych — min. 25 sztuk oraz terminali płatniczych min. 25 sztuk) i urządzeń technicznych (przy czym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełnienie tego warunku musi być wykazane przynajmniej przez jednego wykonawcę) w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, nie wskazując zarówno o jakie konkretnie wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne chodzi, jak i bez wskazania minimalnych parametrów technicznych, jak i niezasadnie narzucając wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie obowiązek spełnienia warunku przynajmniej przez jednego wykonawcę, co w konsekwencji utrudnia rzetelne przygotowanie się do postępowania oraz ocenę spełnienia tego warunku, stanowiąc warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający weryfikację wykonawcy pod kątem rękojmi należytego wykonania zamówienia, naruszający zasadę równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności;

- 6.art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust 1a Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 41 pkt 7 Pzp oraz art. 23 ust 5 Pzp , jak i art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp poprzez określenie w Sekcji III pkt

III.1.3. pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3. lit C) SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w odniesieniu do wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie) dotyczącej tego, aby średniorocznym zatrudnieniem 30 kontrolerów na pełne etaty według przepisów Kodeksu pracy legitymował się przynajmniej jeden podmiot, co wywołuje wątpliwości interpretacyjne (jest nieprecyzyjne, niejednoznacznie opisane), niezasadnie narzuca wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie obowiązek spełnienia warunku przynajmniej przez jednego wykonawcę, nie jest obiektywnie uzasadnione, w tym uzasadnione przedmiotem zamówienia i proporcjonalne, a tym samym narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

- 7.art. 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3a Pzp oraz art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez lakoniczne określenie w formularzu oferty (Załączniku nr 1 do SIWZ) wymagania posiadania przez wykonawcę dostępu do serwisu internetowego

obejmującego spersonalizowany dostęp przez wprowadzenie indywidualnego loginu i hasła dla każdego użytkownika (serwis musi umożliwiać jednoczesny dostęp dla minimum 5 użytkowników Zamawiającego przez całą dobę 365 dni w roku), podczas gdy 1) w SIWZ nie wskazano jakim celom serwis ten ma służyć (jakie ma spełniać funkcje), 2) nie dookreślono w ogóle tego wymagania w innych postanowieniach SIWZ, co uniemożliwia zaproponowanie Zamawiającemu elektronicznego systemu służącego do obsługi procesu windykacyjnego, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, stanowi nadmierne ograniczenia wobec wykonawcy i świadczy o nieprecyzyjnym (niewyczerpującym) opisie przedmiotu zamówienia, utrudniającym rzetelne przygotowanie się do postępowania, naruszającym zasadę równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności;

- 8.art 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3 i ust. 3a Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 14 ust 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu Cywilnego (dalej „kc”) poprzez sformułowanie w pkt 3.1.7 [w tym lit. a), lit. d, lit. f] SIWZ oraz § 3 ust. 10 Załącznika nr 9 do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania, aby 1) wykonawca dysponował co najmniej 50 kontrolerami biletów, w przeliczeniu na pełne etaty najpóźniej w dniu podpisania umowy i przez cały czas jej trwania, jak i 2) aby najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawca przedłożył wykaz osób, które będą realizować przedmiot umowy oraz kopie zanonimizowanych umów, tj. poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności, a wręcz utrudniający uczciwą konkurencję, wprowadzający nadmierne i niepotrzebne wymagania stawiane wykonawcom, co może prowadzić do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, a także stanowi istotne zachwianie równowagi stron stosunku cywilnoprawnego na korzyść Zamawiającego;

- 9.art. 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3 i ust. 3a Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez ograniczenie w pkt 3.1.7 lit. g) SIWZ oraz § 3 ust. 10 lit f) Załącznika nr 9 do SIWZ uprawnienia wykonawcy do zmiany osoby wskazanej na liście kontrolerów tylko do przypadków obiektywnej niemożności wykonywania pracy, co narusza uczciwą konkurencję, zasadę proporcjonalności, nadmiernie ogranicza wykonawcę oraz narusza swobodę kontraktowania (równowagę stron stosunku cywilnoprawnego na korzyść Zamawiającego);

- 10.art. 36 ust 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust 2 oraz ust 3 i ust. 3a Pzp oraz art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp oraz art 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art 353¹ kc poprzez przyznanie w punkcie 3.1.7 lit g) SIWZ oraz § 3 ust. 10 lit g) oraz § 21 ust 1 lit e) Załącznika nr 9 do SIWZ Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy z winy

wykonawcy bez wyznaczania dodatkowego terminu do usunięcia naruszenia w razie niezatrudnienia przez wykonawcę którejś z osób z wykazu kontrolerów, co stanowi uprawnienie nadmierne, nieproporcjonalne, utrudniające uczciwą konkurencję, nadmiernie ograniczające wykonawcę, stanowiące przekroczenie granic swobody kontraktowania (narusza równowagę stron stosunku cywilnoprawnego na korzyść Zamawiającego);

- 11.art. 36 ust 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust 1, ust 2, ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia (w pkt 3.3.3. SIWZ i w Sekcji II pkt II.2.4 ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu) w zakresie wymagania utrzymywania stałego punktu obsługi klienta zlokalizowanego na obszarze Centrum Gdańska, Śródmieścia, w odległości nie większej niż 1 km od Dworca Kolejowego „Gdańsk Główny” i wskazującego jako punktu referencyjnego jego szerokość geograficzną oraz długość geograficzną, co uznać należy za wymaganie nadmierne, nieuzasadnione potrzebami i interesem Zamawiającego, utrudniające uczciwą konkurencję, naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i proporcjonalności - brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla ograniczenia wykonawców w doborze miejsca prowadzenia tego punktu poprzez powiązanie go odległością akurat z dworcem kolejowym;
- 12.art. 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1, ust. 3 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez sformułowanie w pkt 3.4.7 SIWZ oraz § 3 ust. 9 Załącznika nr 9 do SIWZ przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie nałożenia na wykonawców obowiązku wystawiania wezwań do zapłaty w liczbie nie mniejszej niż 3500 sztuk miesięcznie, podczas gdy ustalenie minimalnej ich liczby jest niemożliwe, zwłaszcza w kontekście faktu, że skutecznie prowadzona kontrola biletów i jej prewencyjny charakter winien wpływać w perspektywie czasowej na zmniejszenie liczby wystawianych wezwań, co stanowi o nadmiernym, nieuzasadnionym charakterze sformułowanego wymagania, naruszającym zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, jak i stanowiącym przekroczenie granic swobody kontraktowania (naruszającym równowagę stron stosunku cywilnoprawnego na korzyść Zamawiającego);
- 13.art. 45 ust. 4 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez ustalenie w punkcie 8.1. SIWZ oraz Sekcji II pkt II.2.14 Ogłoszenia o zamówieniu wysokości wadium na poziomie 600.000 złotych, podczas gdy jest to wymaganie nadmierne, nieuzasadnione celem jego wniesienia, naruszające zasadę poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także mogące stanowić barierę do brania udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy byliby w stanie zrealizować należycie zamówienie na rzecz Zamawiającego;
- 14.art. 150 ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez ustalenie w pkt 15.1. SIWZ oraz § 23 ust. 1 Załącznika nr 9 do SIWZ wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 10 % wartości oferty brutto podczas gdy jest to wymaganie nadmierne, utrudniające uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców i nieproporcjonalne, nieuzasadnione potencjalną szkodą Zamawiającego;
- 15.art. 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust 2, ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłowe sformułowanie m.in. pkt 6.9. SIWZ, Załącznika nr 8 do SIWZ oraz Załącznika nr 2 do wzoru umowy, tj. poprzez 1) sformułowanie w opisie przedmiotu zamówienia obowiązku instalacji i wdrożenia oprogramowania dedykowanego do obsługi procesu windykacji należności z tytułu wystawionych wezwań do zapłaty, zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 2 do projektu umowy (oraz Załącznikiem nr 8 do SIWZ), który ma posiadać opisane w nich nieinnowacyjne funkcjonalności (które posiada program wdrożony przez dotychczasowego wykonawcę usług kontroli biletów i windykacji — co jest wprost sprzeczne m.in. z art. 29 ust. 3 Pzp), 2) sformułowanie przez Zamawiającego ww. opisie wymagania spełnienia przez ww. program niektórych funkcjonalności wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ (arkusza funkcjonalności programu), które spełnia tylko program wdrożony przez wykonawcę obecnie świadczącego na rzecz Zamawiającego usługi kontroli biletów i windykacji, a których zasadniczo mogą nie spełniać systemy elektroniczne; 3) sformułowanie ww. opisu w sposób przyznający swobodę oceny spełnienia funkcjonalności (w sytuacji, gdy spełnienie danej funkcjonalności winno być obiektywnie, jasno wskazywane), co nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, jest nadmierne, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, narzuca nieinnowacyjne rozwiązania i tym samym uniemożliwia Odwołującemu i innym wykonawcom zaprezentowanie równie skutecznego i zaspokajającego potrzeby Zamawiającego programu niespełniającego wszystkich wymaganych funkcjonalności;
- 16.art. 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w pkt 6 Załącznika nr 2 do wzoru umowy i niewskazanie jakie minimalne parametry ma spełniać serwer i na czym ma polegać „komfort” pracy pracowników Zamawiającego, co narusza zasadę jednoznacznego i wyczerpującego, zrozumiałego opisu

- przedmiotu zamówienia, zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i zasadę proporcjonalności, jak i utrudnia przygotowanie się do zamówienia;
- 17.art. 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez wymaganie w pkt 15 i 16 Załącznika nr 2 do wzoru umowy aby dostęp dla pracowników Zamawiającego lub innych wskazanych w SIWZ podmiotów do oprogramowania wspomagającego proces windykacyjny odbywał się za pomocą protokołu VPN IPSec z jednoczesnym wyraźnym wykluczeniem, aby praca użytkowników systemu realizowana była za pomocą usługi zdalnego pulpitu, co nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, nakłada nadmierne ograniczenia wobec wykonawcy, zmniejsza bezpieczeństwo danych, utrudnia złożenie konkurencyjnej oferty, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności;
- 18.art. 23 ust. 1 Pzp, art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp, art. 36a ust. 2 lit a Pzp, art. 353¹ kc poprzez nałożenie w pkt 3.1.6. SIWZ oraz § 1 ust. 13 Załącznika nr 9 przez Zamawiającego na „wykonawcę” (nie zaś również na wykonawców z art. 23 Pzp) obowiązku osobistego wykonania kluczowej części zamówienia tj. w zakresie usługi kontroli biletów i windykacji oraz egzekucji należności w razie jazdy bez ważnego biletu, a zatem nie uwzględniając przypadków wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia, jak i w sposób sugerujący, że całość zamówienia musi być wykonana osobiście przez wykonawcę (w sytuacji, gdy art. 36a ust. 2 lit a Pzp pozwala na zastrzeżenie osobistego wykonania jedynie części zamówienia), co narusza także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności;
- 19.art 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16), Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez sformułowanie w ostatnim zdaniu § 12 ust. 5. 3 Załącznika nr 9 do SIWZ, że brak jednego dokumentu traktowany będzie jako podstawa niejednoznacznego postanowienia w zakresie zasad płatności faktur VAT w sposób wywołujący wątpliwości co do momentu powstania roszczenia o zapłatę faktury VAT po stronie Wykonawcy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, jak i granice swobody kontraktowania i równowagę stron;
- 20.art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez umieszczenie we wzorze umowy (§10 ust. 13 Załącznika nr 9 do SIWZ) obowiązku zapewnienia przez wykonawcę wskaźnika ściągłości należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu na poziomie min. 50 % w skali roku w sytuacji gdy osiągnięcie tego wskaźnika nie jest całkowicie zależne od woli wykonawcy, albowiem zależy od wielu niezależnych od wykonawcy czynników i zdobytej wiedzy operacyjnej na „rynku” przedmiotowych usług, co narusza granice swobody kontraktowania i równowagę stron;
- 21.art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 kc w zw. z art. 353¹ kc poprzez umieszczenie we wzorze umowy obowiązku uiszczenia nieuzasadnionych, a niezależnie od tego, rażąco wygórowanych kar umownych, nieadekwatnych do naruszeń i prowadzących do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego (oraz potencjalnie nieważnego na gruncie art. 58 kc);
- 22.art. 36 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 oraz ust 3 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art 36 ust 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez nałożenie w pkt 9 Załącznika nr 2 do wzoru umowy obowiązku przeniesienia oprogramowania z serwera wykonawcy na własny serwer w trakcie trwania umowy lub po jej zakończeniu lub na serwer nowego wykonawcy, po okresie trwania umowy, jak i obowiązku wykonania lub w przypadku braku zgody nowego wykonawcy, do uczestniczenia w takiej migracji i udzielenia wszelkiej niezbędnej pomocy do pomyślnego jej zakończenia, bez jednoczesnego określenia cech (parametrów) tego systemu, a także nieodpłatnie, co uznać należy za nieuzasadnione i naruszające równowagę kontraktową stron oraz prowadzące do wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, jak i naruszające zasady precyzyjnego opisywania przedmiotu zamówienia, poszanowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności;
- 23.art. 14 ust 1 Pzp i art. 139 ust 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez nałożenie we wzorze umowy (§ 1 ust 10) obowiązku przekazania środków uzyskanych z opłat i należności w niezasadnie krótkim terminie 1 dnia roboczego (w następnym dniu roboczym po wpływie środków), co może być obowiązkiem, któremu będzie trudno (jeżeli w ogóle) uczynić zadość, co narusza granice swobody kontraktowania i równowagę stron;
- 24.art 14 ust. 1 Pzp i art 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez nałożenie we wzorze umowy (§ 8 ust.5; § 9 ust. 4, § 12 ust 5.3.) obowiązku wykonania określonych czynności w niezasadnie krótkich terminach, co może być obowiązkiem, któremu trudno uczynić zadość, co narusza granice swobody kontraktowania i równowagę stron;
- 25.art. 14 ust 1 Pzp i art 139 ust 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez wskazanie w §

12 ust. 6 wzoru umowy zbyt odległego terminu zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, wynoszącego 30 dni, w sytuacji, gdy nie znajduje to uzasadnienia w okolicznościach sprawy, narusza granice swobody kontraktowania i równowagę stron, zaś nieznaczne skrócenie tego terminu nie spowodowałoby uszczerbku po stronie Zamawiającego;

26.art. 14 ust. 1 Pzp i art 139 ust 1 Pzp w zw. z art 36 ust 1 pkt 16) Pzp w zw. z art 353¹ kc poprzez nałożenie we wzorze umowy (§ 3 ust. 8) nieznajdującego podstaw i nieprecyzyjnego postanowienia o nieprzysługiwaniu wykonawcy wynagrodzenia za kontrolę dokonaną po zakończeniu kontroli w tym samym pojeździe, podczas gdy dosłowna interpretacja prowadzi do skrajnie niekorzystnych dla wykonawcy wniosków, narusza granice swobody kontraktowania i równowagę stron;

27.art 36 ust 1 pkt 3) Pzp oraz art 29 ust 1, ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp i art 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 16) Pzp w zw. z art 353¹ kc poprzez nałożenie w pkt 18 załącznika nr 2 do wzoru umowy obowiązku przeprowadzenia szkolenia pracowników Zamawiającego w sytuacji, w której usługa windykacji jest w całości powierzona Wykonawcy, co narusza granice swobody kontraktowania i równowagę stron, jak i narusza zasady poszanowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności;

28.art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez sformułowanie przez Zamawiającego przyczyn odstąpienia od umowy w § 21 ust. 1 lit b), lit c) oraz lit. e) Załącznika nr 9 do SIWZ w sposób szeroki i nieprecyzyjny, pozostawiający za dużo swobody decyzyjnej Zamawiającemu i wykraczający poza swobodę kontraktową oraz naruszający równowagę stron;

29.art. 22 a Pzp ust. 2, ust. 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 22 a ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe zdefiniowanie w pkt 5.4 SIWZ „stosownych sytuacji”, w których wykonawca może polegać na zasobach innego podmiotu poprzez powielenie jako definicji „stosownych sytuacji” brzmienia ust. 2, ust. 3 i ust 4 art 22a Pzp, podczas gdy „stosowne sytuacje” należy rozumieć szerzej, przez pryzmat potrzeb i okoliczności dotyczących wykonawcy (i niemożności samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu);

oraz żądania (pisownia oryginalna, dalej powoływane pod odpowiednimi punktami korespondującymi z numeracją przedstawioną poniżej):

1.nakazanie Zamawiającemu zmiany Sekcji III ppkt III. 1. 2) pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5 (Warunki udziału) 5.1.2.. i 5.1.2.2 SIWZ oraz 6.4.1 lit A) SIWZ poprzez wskazanie, że Wykonawca spełni warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jeżeli przedłoży sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności, potwierdzającego, że minimalny przychód wykonawcy wyniósł 2 000 000,00 złotych

rocznie - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres (oraz zastąpienie w 6.4.1 lit. A) SIWZ informacji banku lub SKOK obowiązkiem złożenia sprawozdania finansowego lub jego części lub innych równoważnych dokumentów);

2.nakazanie Zamawiającemu zmiany Sekcji III ppkt III. 1. 2) pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5 (Warunki udziału) 5.1.2.. i 5.1.2.2 SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą wspólnie (łącznie) wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś przynajmniej jeden z nich);

3.nakazanie Zamawiającemu zmiany (złagodzenia) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych opisanego w pkt 5.1.2.3 lit

A)SIWZ oraz w Sekcji 111 pkt III.1.3. pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez zastąpienie go obowiązkiem wykazania się realizacją minimum 1 usługi kontroli biletów w pojazdach komunikacji miejskiej wykonywanych za pośrednictwem 30 kontrolerów oraz minimum 1 usługi polegającej na prowadzeniu windykacji należności w mieście powyżej 100.000 mieszkańców albo realizacją usługi obejmującej kontrolę biletów w pojazdach komunikacji miejskiej i windykcję należności o wartości 150.000 złotych brutto miesięcznie, jak i wskazania, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą wspólnie (łącznie) wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś przynajmniej jeden z nich);

4.nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt

5.1.2.3 lit B) SIWZ oraz w Sekcji III pkt III.1.3. pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez opisanie, jakiego konkretnie wyposażenia zakładu oraz urządzeń technicznych wymaga Zamawiający, jak i wskazanie minimalnych parametrów, jakie muszą spełniać wyposażenie zakładu (w tym testery biletów oraz terminale płatnicze) oraz urządzenia techniczne, jak i wskazanie, że spełnienie tego warunku mogą wykazywać wspólnie (łącznie) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia;

5.nakazanie Zamawiającemu zmiany (złagodzenia) warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2.3 lit. C)

SIWZ oraz w Sekcji III pkt II 1.1.3. pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu (dotyczącego średniorocznego zatrudnienia 30 kontrolerów na umowie o pracę) poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykazać (wspólnie) łącznie jego spełnienie (nie zaś przynajmniej jeden z nich), jak i wskazanie, że musi być to spełnione zasadniczo w ostatnich trzech latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — to w tym okresie;

- 6.nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Załącznika nr 1 do SIWZ — formularza oferty poprzez wykreślenie w całości obowiązku oświadczenia o posiadaniu/nieposiadaniu serwisu internetowego (wyeliminowanie wymogu posiadania jakiegokolwiek serwisu internetowego), zaś w razie nieuwzględnienia tego
żądania - o wskazanie, że serwis ten ma spełniać jedynie funkcję platformy technicznej do zgłaszania uwag, komentarzy przez Zamawiającego;
- 7.nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień pkt 3.1.7 [w tym lit a), lit. d, lit f] SIWZ oraz § 3 ust 10 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez zmniejszenie liczby kontrolerów, których wykonawca ma zatrudniać, z liczby 50 do liczby 30, jak i wskazanie, że Zamawiający wymaga, aby wszyscy kontrolerzy byli pracownikami Wykonawcy dopiero od momentu rozpoczęcia świadczenia usług na podstawie umowy w sprawie zamówienia aż do upływu terminu ich świadczenia (zatem nie przez cały czas obowiązywania umowy), poza przypadkami zmiany pracownika przez Wykonawcę, jak i wskazanie, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia wykazu osób oraz kopii zanonimizowanych umów o pracę najpóźniej w dniu rozpoczęcia usługi (1.01.2018 r.)
— nie zaś najpóźniej w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia;
- 8.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 14.3. 1 i pkt 14.3.2. w zw. z pkt 14.3. SIWZ w zakresie, w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek przedłożenia najpóźniej w dniu zawarcia umowy wykazu osób zatrudnionych na umowę o pracę, które będą realizować przedmiot umowy oraz kopii zanonimizowanych (zawierających imię i nazwisko oraz okres, jak i wymiar zatrudnienia) umów o pracę, które będą realizować przedmiot umowy;
- 9.nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu 3.1.7 lit. g) SIWZ oraz § 3 ust 10 lit. f) Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez zastąpienie go sformułowaniem, że jeżeli osoby wymienione w wykazie osób stanowiącym Załącznik do Umowy nie będą mogły wykonywać zamówienia, niezależnie od przyczyny, Wykonawca będzie uprawniony do zatrudnienia w miejsce danej osoby innej osoby spełniającej wymagania określone w pkt 3.1.7. SIWZ oraz w umowie, przy czym konieczne będzie zawiadomienie o tym Zamawiającego w terminie 2 dni od dnia dokonania zmiany;
- 10.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktu 3.1.7 lit g) SIWZ oraz § 3 ust. 10 lit. g) oraz § 21 ust. 1 lit e) Załącznika nr 9 do SIWZ;
- 11.nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu 3.3.3. SIWZ oraz Sekcji II pkt II.2.4.pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wskazanie, że punkt obsługi klienta winien być zlokalizowany na obszarze Centrum Gdańska, Śródmieścia, w odległości do 300 metrów od przystanku komunikacji miejskiej oraz być przystosowanym do obsługi osób niepełnosprawnych;
- 12.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktu 3.4.7 SIWZ oraz § 3 ust. 9 Załącznika nr 9 do SIWZ;
- 13.nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu 8.1. SIWZ oraz Sekcji II pkt II.2.14 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmniejszenie kwoty wymaganego wadium do
200.000 złotych;
- 14.nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu 15.1. SIWZ oraz § 23 ust. 1 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez zmniejszenie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 2 %, zaś w razie nieuwzględnienia tego żądania, do 4 % łącznej kwoty brutto ze złożonej oferty;
- 15.nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu 6.9. SIWZ poprzez wyraźne wskazanie, że weryfikacja funkcjonalności programu odbywać się będzie na zasadzie 0-1 - spełnia/nie spełnia i o wykreślenie zdania „Jeśli przedstawiciele Zamawiającego powezmą wątpliwość, co do spełnienia któregoś z wymagań opisanego w arkuszu, Wykonawca zostanie poproszony o powtórne zaprezentowanie posiadania danej funkcjonalności w celu weryfikacji zachowania systemu”;
- 16.nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 1 Załącznika nr 8 do SIWZ poprzez wykreślenie z niego fragmentu — „dołączyć skany do konkretnego zaewidencjonowanego wezwania”;
- 17.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 15 Załącznika nr 8 do SIWZ;
- 18.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 19 Załącznika nr 8 do SIWZ, zaś w razie nieuwzględnienia tego żądania — doprecyzowania wymogów wskazanego w nim systemu;
- 19.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 20 Załącznika nr 8 do SIWZ, zaś w razie nieuwzględnienia tego żądania — doprecyzowania na czym ma polegać „regulowanie” zbiorczo zaliczek komorniczych;
- 20.nakazanie Zamawiającego doprecyzowania pkt 33-35 Załącznika nr 8 poprzez wskazanie, czy punkty 33-35 funkcjonalności oznaczone gwiazdką stanowią funkcjonalność kluczową czy dodatkową;

- 21.nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 6 Załącznika nr 2 do wzoru umowy poprzez określenie w nim minimalnych parametrów, jakie mają być spełnione przez serwer Wykonawcy oraz wykreślenie sformułowania „komfortowa praca”;
- 22.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w pkt 16 Załącznika nr 2 do wzoru umowy zakazu korzystania z usługi zdalnego pulpitu przy pracy użytkowników systemu i wprowadzenie jednocześnie w pkt 15 i 16 Załącznika nr 2 do wzoru umowy wyraźnego dopuszczenia korzystania z usługi zdalnego pulpitu do realizacji czynności windykacyjnych przy wykorzystaniu protokołu VPN IPsec;
- 23.nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 3.1.6. SIWZ oraz § 1 ust 13 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez doprecyzowanie jakie konkretnie czynności muszą być wykonane przez wykonawcę/wykonawców (które nie mogą być powierzone podwykonawcom), jak i wskazanie, że obowiązek osobistego wykonania kluczowej części zamówienia dotyczy wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 24.nakazanie Zamawiającemu zmiany § 12 ust. 5. 3 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez wskazanie w ostatnim zdaniu, że brak jednego dokumentu traktowany będzie jako podstawa do odmowy zapłaty faktury VAT aż do momentu przedłożenia brakującego dokumentu;
- 25.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 10 ust. 13 Załącznika nr 9 do SIWZ, zaś w razie nieuwzględnienia tego żądania, o zmianę tego postanowienia poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia tego wskaźnika dopiero począwszy od drugiego roku świadczenia przedmiotu umowy;
- 26.nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez wykreślenie § 20 ust. 1 lit h) (tj. wykreślenie postanowienia nakładającego obowiązek uiszczenia kary umownej w razie stwierdzenia naruszenia tam wskazanego), ewentualnie (w razie nieuwzględnienia tego żądania) o nakazanie Zamawiającemu zmiany tego postanowienia poprzez obniżenie wysokości kwoty kary do kwoty 2.000 złotych, przy czym kara mogłaby być płatna dopiero począwszy od drugiego roku wykonywania umowy;
- 27.nakazanie Zamawiającemu zmiany § 1 ust. 10 wzoru umowy poprzez wskazanie, że środki będą przekazywane w terminie 2 dni roboczych od dnia ich wpływu na rachunek bankowy wykonawcy;
- 28.nakazanie Zamawiającemu zmiany: 1) § 8 ust. 5 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez zmianę wskazanego w nim terminu 7 dni na termin 7 dni roboczych; 2) § 9 ust. 4 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez zmianę wskazanych w nim terminów 10 dni - w obu przypadkach — na terminy 10 dni roboczych (względnie, w razie, nieuwzględnienia tego żądania - na terminy 7 dni roboczych); 3) § 12 ust. 5.3. Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez zmianę wskazanego w nim terminu 7 dni na termin 7 dni roboczych;
- 29.nakazanie Zamawiającemu zmiany § 12 ust. 6 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez zmianę wskazanego w nim terminu płatności wynagrodzenia z 30 dni na 21 dni;
- 30.nakazanie Zamawiającemu zmiany § 3 ust. 8 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez jego zmianę i doprecyzowanie, że jeżeli po zakończeniu kontroli biletów wykonawca ponownie przeprowadzi kontrolę w tym samym pojeździe w czasie 15 minut od zakończenia poprzedniej kontroli, to kontrola ta nie będzie się liczyła do liczby kontroli za które będzie należało się wynagrodzenie (chyba że w tym czasie nastąpiła zmiana linii bądź inne nadzwyczajne okoliczności opisane w raporcie dla Zamawiającego);
- 31.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 9 i pkt 18 Załącznika nr 2 do wzoru umowy;
- 32.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z pkt 5.4. SIWZ zdania „Zamawiający jednocześnie informuje, że „stosowna sytuacja”, o której mowa w pkt 5.4. niniejszej SIWZ wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy”;
- 33.nakazanie Zamawiającemu zmiany § 20 ust. 1 lit a) Załącznika nr 9 SIWZ (wzoru umowy) poprzez wykreślenie z § 10 ustępu 1 lit. a) (tj. wykreślenie postanowienia nakładającego obowiązek uiszczenia kary umownej w wysokości 500.000 zł za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zaś w razie nieuwzględnienia tego żądania - o nakazanie Zamawiającemu jej obniżenia do poziomu 200.000 złotych;
- 34.nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 21 ust. 1 lit b), lit. c) oraz lit. e) Załącznika nr 9 do SIWZ;
- 35.nakazanie Zamawiającemu dokonania w razie potrzeby dodatkowo innych zmian w innych odpowiednich punktach SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu niż wskazane powyżej, w sposób określony powyżej;
- 36.dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego (o numerze HZ/5/ZP/2017), w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania oraz dokumentów załączonych do odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu lub wynikające z uzasadnienia;
- 37.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.
Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego - Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku odpowiedź na powyższe odwołanie wniósł pełnomocnik wskazując, iż Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ odnoszących się do zarzutów Odwołującego się oznaczonych w odwołaniu nr 7, 8, 12,

13,

16. Pełnomocnik wskazał przy tym, że modyfikacja nie pokrywa się z żądaniami Wykonawcy i nie była podyktowana uznaniem przedmiotowych zarzutów za zasadne, a chęcią zwiększenia konkurencyjności i umożliwienia złożenia oferty większej liczbie wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający w zakresie zarzutów 7, 8, 12, 13 i 16 wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 p.z.p. lub o oddalenie odwołania w tym zakresie w przypadku podtrzymywania zarzutów i żądań przez Odwołującego się w odniesieniu do ww. zarzutów pomimo zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Co do pozostałych zarzutów - to jest nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 oraz 29, Zamawiający wniósł o ich nieuwzględnienie z uwagi na ich całkowitą bezzasadność.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem, *a contrario*, musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu były zawarte. Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu,

co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez Zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy faktyczne uzasadnienie odwołania, opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (tak wyrok KIO z 26.04.2012 r., KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które Odwołujący stawia zachowaniu Zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 8.12.2015 r., KIO 2598/15; z 9.09.2016 r., KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania, wobec wypełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2

p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie po stronie Zamawiającego wykonawcę, Zakłady Wielobranżowe "RENOMA" sp. z o.o. (dalej jako "Przystępujący").

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi przez strony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, stwierdzając, iż Odwołujący i Zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie za wyjątkiem jednego zarzutu, który został przez Odwołującego wycofany, zaś Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż sprawa niniejsza, w zakresie zarzutów podtrzymanych ostatecznie przez Odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie które ją zainicjowało zostało wniesione przez uprawniony podmiot i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Izba stwierdziła również z urzędu, do czego była zobowiązana, spełnienia przez Odwołującego hipotezy art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wykazał, a Zamawiający nie kwestionował interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Wnoszący odwołanie jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu będąc wykonawcą realizującym tego rodzaju zamówienia, zaś w jego ocenie obecne treść ogłoszenia i SIWZ uniemożliwia mu złożenie oferty. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zasadniczo spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym nie uległ zmianie w stosunku do zakresu wskazanego w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, przy czym Odwołujący na rozprawie cofnął Zarzut nr 7. Z uwagi na dyspozycję art. 187 ust. 8 p.z.p. w zw. z art. 192 ust. 7 p.z.p. postępowanie w tym zakresie należało zatem umorzyć.

Odwołujący w pozostałym zakresie podtrzymał swoje stanowisko w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów i wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w sprawie. W zakresie wniosków dowodowych, Odwołujący na poparcie podniesionych w odwołaniu zarzutów przedłożył SIWZ ZIKIT w Krakowie nr sprawy

15/12/2014, OPZ ZDMIK z Bydgoszczy, SIWZ ZDM Warszawa 73/2015 oraz załączniki (4 sztuki) do specyfikacji ZIKIT w Krakowie. Dowody te zostały przez Izbę włączone w poczet akt sprawy, choć okazały się one nieistotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia.

Zamawiający oponował w całości stanowisku Odwołującego i również wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. Przystępujący poparł to stanowisko.

Mając na uwadze tak określony spór, Izba, w oparciu o obszerne uzasadnienie zarzutów odwołania oraz repliki Zamawiającego, doprecyzowane w toku rozprawy, uznała, że osią sporu w zakresie zapisów SIWZ są kwestie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy p.z.p. regulujących sposób formułowania treści specyfikacji, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, a także sposobu formułowania i określenia warunków udziału w postępowaniu, zwłaszcza przez przyzmat zasad udzielania zamówień publicznych w sposób konkurencyjny, proporcjonalny i podyktowany obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *"Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik*

postępowania o udzielenie zamówienia." W konsekwencji powyższego, Izba stwierdziła naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie okoliczności faktycznych ujętych w Zarzutach odwołania w punktach 3, 4, 5, 6, 8, 15, 16 i 17. Twierdzenia w zakresie tych okoliczności podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego w sprawie Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej tych stron i nie mogących uchylić obiektywnej bezprawności odpowiednich, zakwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ.

Mając na uwadze szeroki zakres stawianych Zamawiającemu zarzutów, z których jedynie część odniosła skutek, Izba nakazała Zamawiającemu:

- 1.dokonanie zmiany Sekcji III pkt III. 1. 2) ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5 (Warunki udziału) 5.1.2 i 5.1.2.2 lit. A) SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich) - w wyniku potwierdzenia okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 3 zawartego w odwołaniu;
- 2.dokonanie zmiany Sekcji III pkt III. 1. 3) ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5.1.2.3. lit. A) SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich) - w wyniku potwierdzenia części okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 4 zawartego w odwołaniu;
- 3.dokonanie zmiany Sekcji III pkt III. 1. 3) ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5.1.2.3 lit. B) SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich) - w wyniku potwierdzenia części okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 5 zawartego w odwołaniu;
- 4.dokonanie zmiany Sekcji III pkt III.1.3) ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i punktu 5.1.2.3 lit. C) SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie wykazać spełnienie tego warunku (nie zaś co najmniej jeden z nich) - w wyniku potwierdzenia części okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 6 zawartego w odwołaniu;
- 5.dokonanie zmiany pkt 3.1.7 lit. d) SIWZ oraz § 3 ust. 10 lit. d) załącznika nr 9 do SIWZ poprzez wskazanie, iż najpóźniej w dniu rozpoczęcia świadczenia usługi wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć zamawiającemu wykaz osób, które będą realizować przedmiot umowy oraz kopie zanonimizowanych (zawierających imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar zatrudnienia) umówo .. pracę - .. w ... wyniku potwierdzenia okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 8 zawartego w odwołaniu;
- 6.w załączniku nr 8 do SIWZ, dokonania doprecyzowania wymogów pkt: 19 (co do sposobu jego rozumienia w całości), 20 (sposobu rozumienia sformułowania regulowanie zbiorczo zaliczek komorniczych w kontekście całego wymogu), 33 - 35 (odnośnie interpretacji tych funkcjonalności w kontekście oznaczenia ich gwiazdką) - w wyniku potwierdzenia części okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 15 zawartego w odwołaniu;

7.w załączniku nr 2 do wzoru umowy, dokonania doprecyzowania pkt 6 poprzez określenie na czym polega „komfortowa praca” - w wyniku potwierdzenia okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 16 zawartego w odwołaniu;

8.w załączniku nr 2 do wzoru umowy, dokonania zmiany pkt 16 poprzez dopuszczenie również alternatywnego rozwiązania razem z obecnie istniejącym, tj. funkcji zdalnego pulpitu - w wyniku potwierdzenia części okoliczności stanowiących treść i uzasadnienie Zarzutu nr 17 zawartego w odwołaniu.

Pozostałe zarzuty postawione czynnościom Zamawiającego Izba oceniła jako niezasadne, nie mogące skutkować jego uwzględnieniem z przyczyn określonych w dyspozycji art. 192 ust. 2 p.z.p. i wydaniem orzeczenia, o którym mowa w art. 192 ust. 3 p.z.p., w tym zakresie uwzględniając stanowisko Zamawiającego. Zarzuty te okazały się zmierzać zasadniczo do poprawy sytuacji Odwołującego bądź do sformułowania brzmienia wzoru umowy względniejszego dla wykonawcy, bez odpowiedniego wykazania czynności Zamawiającego, które naruszałyby przepisy ustawy w sposób mogący mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W zakresie Zarzutu nr 3, a także części Zarzutów nr 4, 5, 6 które dotyczyły warunków udziału określonych w SIWZ, w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz technicznej i zawodowej w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wprowadzenie wymagania złożenia dokumentu we wskazanych zakresach co najmniej przez jednego wykonawcę, Izba stwierdziła, iż analizowane zapisy naruszają art. 23 ust. 5 w zw. z art. 23 ust. 1 p.z.p. Przepisy te stanowią, iż Zamawiający może określić szczególne, obiektywnie uzasadnione, sposoby spełniania przez wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 (stanowiącym, iż Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia), warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b p.z.p., jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Zamawiający, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie, co podtrzymał na rozprawie, operował w przekonaniu, iż sformułowane przez niego postanowienia SIWZ nie pozostają

w sprzeczności z przywołaną regulacją, tj. dopuszczają tzw. "sumowanie potencjału" (sytuację, w której dwóch wykonawców warunek spełnia łącznie). Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu wskazując, że wykładania językowa zastosowana w stosunku do określenia spełniania warunków udziału, wskazuje na spełnianie przynajmniej przez jednego wykonawcę działającego wspólnie z innym, a nie łącznie przez kilku wykonawców.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, zastosowane przez Zamawiającego sformułowanie, niezależnie od jego twierdzeń przeciwnych, jest wprost sprzeczne z art. 23 ust. 5 w zw. z art. 23 ust. 1 p.z.p. Posługując się zwrotem, że warunek musi zostać spełniony przez "co najmniej jednego wykonawcę", a więc "nie mniej niż jednego wykonawcę", czyli logicznie, "co najmniej jednego", Zamawiający ograniczył zbiór sytuacji, w których dwa i więcej podmiotów spełnia ten warunek wyłącznie do takich, gdzie jeden z tych podmiotów spełniłby go samodzielnie. Stosując tymczasem zasady wykładni językowej, nie sposób jest przyjąć w zakresie powyższego sformułowania jakiegokolwiek innej, szerszej, jego interpretacji, niż to uczynił Odwołujący.

Zgodnie z utrwaloną od lat linią orzecznictwa sądów powszechnych, administracyjnych, Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego, wykładnia językowa wiecie prymat w przypadku wykładni tak prawa jak i oświadczeń woli (jak i jakichkolwiek innych oświadczeń, na zasadzie art. 65¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.) - dalej "k.c."). Zgodnie z wyrażonymi wielokrotnie już poglądami doktryny i orzecznictwa, wykładnia językowa oparta na dosłownym, odczytywanym z uwzględnieniem zasad logiki i siatki pojęciowej aktów prawnych (języka prawnego) lub metajęzyka używanego w stosowaniu prawa (języka prawniczego) brzmieniem konkretnego tekstu, wiecie prym nad innymi metodami wykładni, które mogą znaleźć zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy tekst aktu prawnego czy oświadczenia nie jest jasny lub jego aplikacja napotyka na przeszkody, które mogą zostać usunięte przy zastosowaniu innych metod wykładni (w przypadku aktów prawnych - systemowej czy teleologicznej, a w przypadku oświadczeń, w tym wielostronnych - wykładni kombinowanej oświadczeń woli - tak też Uchwała pełnej Izby SN z dnia 14.10.2004 r. pod sygn. akt III CZP 37/04, wyrok SN z dnia 29 czerwca 1995 r., w sprawie III CZP 66/95 raz cytowane tamże orzeczenia, czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 czerwca 2015 r. w sprawie I ACa 207/15, LEX nr 1770644).

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie zdecydowanie podziela cytowane poglądy i przyjmuje, że jeśli treść konkretnego sformułowania jest jasna, nie jest dopuszczalne jego wykładanie w sprzeczności z tą treścią - innymi słowy - to zapisana treść jest pierwotnym i najbardziej doniosłym prawnie nośnikiem sformułowanego przez Zamawiającego warunku i jeśli Izba dojdzie do przekonania - jak w niniejszej sprawie - że

treść ta stoi w sprzeczności z przepisem prawa, nie może uznać, iż analizowany zwrot tego przepisu nie narusza, wyłącznie w oparciu o jednostronne przekonanie Zamawiającego (autora) co do tego, jak ten zwrot powinien być interpretowany. Nie stoją temu na przeszkodzie w szczególności zasady dokonywania kombinowanej wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.) - jak bowiem wskazano, to treść oświadczenia jest pierwotnym nośnikiem woli osoby,

która je składa.

W zakresie merytorycznej zasadności ww. zarzutów Izba wskazuje, że podziela dotychczasowe stanowisko wyrażane zarówno przez samą Izbę jak i przez sądy powszechne (wyroki Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.05.2006 r., II Ca 489/06; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.08.2008 r., XXIII GA 442/08; KIO z dnia 11.01.2011 r., KIO 2876/12; KIO z dnia 10.04.2012 r., KIO 588/12; KIO z dnia 8.06.2009 r., KIO/UZP 676/09) w zakresie wykładni art. 23 p.z.p. i sprzeczności z tym przepisem treści SIWZ, która zmierzałaby do ograniczenia, bez szczególnego, obiektywnie uzasadnionego powodu, możliwości łączenia przez wykonawców swojego potencjału. Należy przy tym zauważyć, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazywał, aby taki szczególny, obiektywnie uzasadniony przypadek występował. Izba przyjęła zatem, że taki przypadek w sprawie nie miał miejsca, a zatem określenie szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowaniu nie było ani konieczne, ani uzasadnione.

Co do części Zarzutu nr 4, w zakresie nieproporcjonalnego i wykraczającego poza cel sformułowania warunku, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego zamówienia dotyczącego konieczności wykazania się doświadczeniem określonym przez Zamawiającego w Sekcji III pkt III-1.3. pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3. lit A), stwierdzić należy, iż nie potwierdziły się okoliczności podnoszone przez Odwołującego. Nie przedstawiono żadnego dowodu, iż warunek może zostać spełniony jedynie przez obecnego wykonawcę świadczącego usługę, czy ogranicza konkurencję, poprzestając na powoływaniu się na treści SIWZ Zamawiającego z 2011 i 2014 r., co przy przedstawieniu przez Zamawiającego statystyk miesięcznych kosztów obecnego świadczenia usługi za ostatnie 6 lat, jednoznacznie potwierdziło sformułowanie warunku zgodnie z art. 22 d ust. 1 p.z.p., jak i art.

7 ust. 1 p.z.p. W zakresie nieuwzględnionej części Zarzutu nr 5 dotyczącego braku określenia przez Zamawiającego parametrów technicznych testerów biletów i terminali płatniczych, dotyczącego warunku udziału w postępowaniu z Sekcji III pkt III-1.3. pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu i pkt 5.1.2.3. lit B), wskazać należy, że Izba po wysłuchaniu stanowisk stron doszła do przekonania, że zarzut w tym zakresie miał charakter niczym nie uzasadnionej polemiki z kwestionowanymi sformułowaniami i jako taki nie zasługiwał na uwzględnienie. Literalne brzmienie warunku stanowi, że wymogiem obligatoryjnym jest dysponowanie przez wykonawców testerami biletów w ilości 25 sztuk oraz terminami płatniczymi w ilości 25 sztuk. Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż zdefiniowanie czym są testery biletów i terminale płatnicze nie nastręcza trudności podmiotom działającym na rynku kontroli biletów, tym bardziej, Odwołujący w sposób zdecydowany i jasny potwierdził na rozprawie okoliczność dysponowania tego rodzaju sprzętem, bez konieczności wskazywania jakichkolwiek parametrów. W zakresie nieuwzględnionej części Zarzutu nr 6 w ocenie Izby wymóg zatrudnienia 30 osób został właściwie wykazany przez Zamawiającego, jako uzasadniony, w świetle opisu przedmiotu zamówienia, wcześniejszych postępowań i zakresu realizacji obecnej usługi. Dodać należy, iż jest to wymóg zgodny z przepisami kodeksu pracy i w sposób adekwatny spełnia intencje Ustawodawcy określone w art. 29 ust. 3a p.z.p.

W zakresie Zarzutu nr 8, który dotyczył sformułowania w pkt 3.1.7 [w tym lit. a), lit. d, lit. f] SIWZ oraz § 3 ust. 10 Załącznika nr 9 do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania, aby 1) wykonawca dysponował co najmniej 50 kontrolerami biletów, w przeliczeniu na pełne etaty najpóźniej w dniu podpisania umowy i przez cały czas jej trwania, jak i 2) aby najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawca przedłożył wykaz osób, które będą realizować przedmiot umowy oraz kopie zanonimizowanych umów, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że *"Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję."*

Opierając się na powszechnie uznanym w orzecznictwie rozumieniu tego przepisu, Izba doszła do przekonania, że w przypadku wykazania przez Odwołującego, że brzmienie poszczególnych, kwestionowanych przez Odwołującego, elementów opisu przedmiotu zamówienia mogłoby naruszać zasady uczciwej konkurencji, Zamawiający ma prawo wykazania, że tak nie jest. Przepis art. 29 ust. 2 p.z.p. nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, wystarczy udowodnienie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia, co nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis ten wskazuje (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 lutego 2003 r., XXIII Ga 2137/12).

O ile zatem nie jest konieczne ze strony odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż Zamawiający poprzez poszczególne zapisy utrudnił uczciwą konkurencję, to jednak wystarczającym jest, iż opis będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić (tak wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO/UZP 961/10). Dopuszczalne są warunki brzegowe jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę (tak wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09). Mając na uwadze, że dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu (dyskryminacja pośrednia - tak wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12), należy każdorazowo zważyć

twierdzenia Odwołującego, Zamawiającego i skonfrontować je z treścią SIWZ, dokonując badania wpływu warunków na uczciwą konkurencję w konkretnej sprawie.

Takiego badania dokonała Izba w niniejszej sprawie, analizując sformułowane w pkt

3.1.7 [w tym lit. a), lit. d, lit. f] SIWZ oraz § 3 ust. 10 Załącznika nr 9 do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania, aby 1) wykonawca dysponował co najmniej 50 kontrolerami biletów, w przeliczeniu na pełne etaty najpóźniej w dniu podpisania umowy i przez cały czas jej trwania, jak i 2) aby najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawca przedłożył wykaz osób, które będą realizować przedmiot umowy oraz kopie zanonimizowanych umów. Izba doszła do przekonania, że twierdzenia Odwołującego w zakresie, iż tak postawione wymagania z wysokim stopniem prawdopodobieństwa doprowadzą do zaburzenia uczciwej konkurencji są uprawnione. W istocie bowiem, pomimo przeformułowania powyższych wymagań przez Zamawiającego w toku sprawy (w zakresie irrelewantnym z punktu widzenia zarzutu), nie wykazano żadnej rzeczowej potrzeby żądania od wykonawcy zawarcia i dostarczenia umów o pracę z kontrolerami biletów w dniu podpisania umowy - w odróżnieniu od daty, w której wykonawca miałby rozpocząć świadczenie usług. Co więcej, Odwołujący słusznie podniósł, że sformułowanie takie w sposób wyraźny preferuje wykonawcę dotychczasowo wykonującego dane usługi, bowiem on naturalnie, w sposób ciągły będzie dysponował zasobem pracowników wykonujących te zadania, w odróżnieniu od pozostałych potencjalnych konkurentów, którzy po otrzymaniu informacji o ich wyborze swój zasób kadrowy będą musieli uzupełnić celem spełnienia wymagań Zamawiającego.

Jednocześnie należy zauważyć, iż zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający w zasadzie potrzebuje wskazanych umów w celu weryfikacji możliwości operacyjnych wykonawcy - odpowiedzialność za co została przerzucona na wykonawcę (z § 6 ust. 1 wzoru umowy: "Wykonawca odpowiada za dobór osób do prowadzenia kontroli biletów pod względem fachowości i znajomości powszechnie obowiązujących przepisów oraz Regulaminów.", przy czym § 6 ust. 2 ustala kryteria doboru kontrolerów; z kolei § 8 ust. 1 i 2 umowy stanowią, iż "Wykonawca ponosi pełną, bezpośrednią odpowiedzialność oraz ryzyko za niewłaściwe wykonanie kontroli przez kontrolerów realizujących przedmiot umowy oraz za skutki takich zdarzeń." oraz "Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli wykonywanych usług przez Wykonawcę."). Ponadto na wykonawcę został nałożony obowiązek, (§ 7 wzoru umowy), przeprowadzenia egzaminu kwalifikacyjnego dla kontrolerów, przed dopuszczeniem do świadczenia usługi, celem uzyskania dokumentów uprawniających do prowadzenia kontroli (zatwierdzanych przez zamawiającego).

Nie sposób zatem znaleźć żadnych rzeczowych argumentów pozwalających na przyjęcie, że konieczność dostarczenia zanonimizowanych umów o pracę już w dniu podpisania umowy pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą podyktowana jest jakimiś faktycznymi argumentami organizacyjnymi lub prawnymi, podczas gdy łatwo zauważyć, że takie sformułowanie tego warunku w sposób wyraźny preferuje podmiot, który takim zasobem kadrowym już i tak dysponuje (ponieważ świadczy usługi na rzecz Zamawiającego w tym zakresie). Izba stwierdziła przy tym, że w zupełności wystarczające, z punktu widzenia całości samego SIWZ oraz celu żądania tej dokumentacji, a także zapisów wzoru umowy, byłoby dostarczenie tych dokumentów najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji umowy - to bowiem w tej dacie wykonawca powinien dysponować odpowiednim zapleczem kadrowym do realizacji umowy, tym bardziej na kanwie nałożenia na wykonawcę szeregu obowiązków, które musi spełnić zanim dopuści kontrolerów do świadczenia usługi. Nie sposób przyjąć, że dysponowanie nim wcześniej, przed faktyczną realizacją umowy (a nawet przed jej podpisaniem - skoro najpóźniej w tym dniu wykonawca musiałby już dysponować 50 aktywnymi etatami kontrolerów) znajduje jakiegokolwiek uzasadnienie, a z pewnością generuje po stronie wykonawcy nieuzasadnione zbędne koszty.

Izba w konsekwencji powyższego stwierdziła, iż Odwołujący w sposób przekonujący wykazał, że w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, postawione przez Zamawiającego wymagania nie tylko mogą doprowadzić, ale z pewnością doprowadzą do uprzywilejowania jednego wykonawcy - konkretnie tego, który aktualnie wykonuje usługi objęte postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz Zamawiającego. Zamawiający jednocześnie nie zaoferował żadnego dowodu na okoliczność przeciwną, a jego twierdzenia w tym zakresie należało uznać za zmierzające wyłącznie do poprawy swojej sytuacji procesowej i pozbawione doniosłości prawnej.

W zakresie Zarzutu nr 15, gdzie Odwołujący kwestionował sformułowanie m.in. pkt

6.9. SIWZ, Załącznika nr 8 do SIWZ oraz Załącznika nr 2 do wzoru umowy poprzez 1) sformułowanie w opisie przedmiotu zamówienia obowiązku instalacji i wdrożenia oprogramowania dedykowanego do obsługi procesu windykacji należności z tytułu wystawionych wezwań do zapłaty, zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 2 do projektu umowy (oraz Załącznikiem nr 8 do SIWZ), który ma posiadać opisane w nich nieinnowacyjne funkcjonalności, 2) sformułowanie przez Zamawiającego ww. opisie wymagania spełnienia przez ww. program niektórych funkcjonalności wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ (arkusza funkcjonalności programu), które spełnia tylko program wdrożony przez wykonawcę obecnie świadczącego na rzecz Zamawiającego usługi kontroli biletów i

windykacji, a których zasadniczo mogą nie spełniać systemy elektroniczne;

3) sformułowanie ww. opisu w sposób przyznający swobodę oceny spełnienia

funkcjonalności, Izba doszła do przekonania, że jest on częściowo uzasadniony z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. Zgodnie z przywołaną regulacją, *"Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości."*, przy czym *"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."*, a *"Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję."* Norma zrekonstruowana na podstawie tych przepisów prowadzi do wniosku, że Zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, który można obiektywnie uznać za precyzyjny, jasny i klarowny, pozwalający potencjalnemu kręgowi wykonawców na rzeczywistą i miarodajną ocenę swoich możliwości podłożenia wymaganiom stawianym przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Izba stwierdziła, iż zgodnie z pkt 6.9 SIWZ wypełniony przez wykonawcę arkusz funkcjonalności służy weryfikacji zgodności oferty z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej pkt. 3.3.2. SIWZ (instalacja oraz wdrożenie oprogramowania dedykowanego do obsługi procesu windykacji cywilnej należności z tytułu wystawionych wezwań do zapłaty, zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 2 do projektu umowy). Arkusz ten ponadto jest wykorzystywany przy przeprowadzeniu w siedzibie zamawiającego demonstracji oprogramowania wykonawcy, która zgodnie z SIWZ ma zweryfikować funkcjonalności programu. Zamawiający zastrzegł również, że arkusz jest bazą do sporządzenia protokołu z przebiegu demonstracji, w którym odnotuje czy wykonawca zrealizował każdy z kroków przewidzianych w arkuszu funkcjonalności programu.

W pkt 6.9 SIWZ dodano również, iż jeżeli którakolwiek wymagana arkuszem funkcjonalność programu nie zostanie zademonstrowana lub zrealizowana nieprawidłowo (zgodnie z określonym w opisie przedmiotu zamówienia arkuszem funkcjonalności programu), Zamawiający uzna iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p. Należy również dodać, że arkusz skonstruowany został przez zamawiającego w formule binarnej - wykonawca musi wskazać, co do 39 punktów zagadnień do testowania, czy jego oprogramowanie jednoznacznie

„spełnia” czy „nie spełnia” funkcjonalności danego zagadnienia. Nie przewidziano możliwości „częściowego” lub „niepełnego” spełnienia danego warunku.

Zgodzić się należy z Odwołującym, iż punkty arkusza nr 19, 20, 33-35 sformułowane zostały w sposób niejednoznaczny i niedostatecznie wyczerpujący, a tym samym sposób ich uregulowania przez Zamawiającego może w istotny sposób zahwiać uczciwą konkurencją.

Należy wskazać, że w ugruntowanym już poglądzie wyrażanym wielokrotnie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, sposób precyzowania poszczególnych elementów opisu przedmiotu zamówienia musi być obiektywnie jasny, pozwalający potencjalnym wykonawcom, mając na uwadze profesjonalny charakter ich działalności, na odczytanie intencji Zamawiającego i ocenę, czy oferowany przez nich produkt lub usługa spełnia wymagania czy też nie, ewentualnie, co potencjalny wykonawca może zrobić, aby sprostać uzasadnionym wymaganiom Zamawiającego. Za utrudniające lub mogące utrudniać uczciwą konkurencję uznaje się w szczególności takie wymagania, które są zrozumiałe tylko dla jednego wykonawcy lub wąskiego kręgu wykonawców spośród tych, którzy potencjalnie mogliby się ubiegać o udzielenie zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia musi być bowiem jasny i jednoznaczny dla wszystkich w chwili wszczęcia postępowania (tak KIO w wyroku z dnia 20.04.2017 r., KIO 641/17, por. również orzeczenia KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., KIO/UZP 80/07 oraz z dnia 9 października 2008 r., KIO/UZP 1024/08 i z dnia 2 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 236/08).

Obecne sformułowanie wskazanych punktów, dla oceny zgodności z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, wymaga dokonania dodatkowej interpretacji w zakresie pkt 33, 34, 35 – odnośnie znaczenia wyjaśnienia oznaczenia wymagań gwiazdką, co do pkt 20 – doprecyzowania sposobu rozumienia sformułowania regulowania zbiorczego zaliczek komorniczych i to w kontekście całego wymogu tego punktu, zaś co do pkt 19 sprecyzowania co do sposobu rozumienia jego w całości, celem uczynienia wymagań zamawiającego jednoznacznymi i miarodajnymi, dla oceny spełniania bądź nie danej funkcjonalności oprogramowania. Zamawiającego wskazał, iż wymogi te oparte są na programie, którym posługuje się dotychczasowy wykonawca i Zamawiający wymaga, aby programowanie zawierało co najmniej elementy tożsame z dotychczasowym oprogramowaniem, jednakże to nie zwalnia Zamawiającego z dokonania jednoznacznego i precyzyjnego opisu wymaganych funkcjonalności.

W ocenie Izby, Zamawiający sprecyzowania tego jakie wymagania w rzeczywistości powinno spełniać przedmiotowe oprogramowanie dokonał w zasadzie, a nawet wówczas jedynie częściowo, dopiero na rozprawie - z

dokumentacji zebranej w sprawie te wymagania w sposób jasny nie wynikają. Co więcej, Zamawiający pośrednio przyznał, że zakwestionowane przez Odwołującego wymogi nie były uzasadnione obiektywną analizą potrzeb Zamawiającego, a były formułowane "pod klucz" oprogramowania obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego. Fakty te w sposób jednoznaczny wskazują, iż formułowanie omawianych zapisów odbyło się z naruszeniem zasad art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. i jest wyraźnie preferencyjne, bez rzeczowej potrzeby, dla wykonawcy obecnie świadczącego przedmiotowe usługi.

Zamawiający oświadczył również, iż jest to oprogramowanie dostosowywane do indywidualnych potrzeb użytkownika, co tym bardziej wymaga sformułowania opisu w sposób miarodajny i klarowny, bez przenoszenia na wykonawców ryzyka możliwości jego subiektywnego dookreślania nie znajdującego uzasadnienia w dokumentach postępowania, a opartego o arbitralne decyzje Zamawiającego podjęte poza tokiem formułowania opisu przedmiotu zamówienia. W zakresie stanowiska Zamawiającego, iż wykonawca powinien zwrócić się z pytaniem na czym polega zbiorcze regulowanie zaliczek oraz czy funkcjonalność oznaczona gwiazdką oznacza element dodatkowy czy obowiązkowy, wypada odwołać się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt. KIO 1389/14, gdzie zwrócono uwagę, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta

- pogląd ten Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela i podkreśla, że wynika on z literalnego brzmienia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. po dokonaniu rekonstrukcji normy na podstawie tych przepisów. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny, jest to bowiem bezwzględny obowiązek obciążający zamawiającego i nie może być przerzucany na wykonawców. To właśnie na etapie konstruowania treści SIWZ Zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak, aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej, nie znajdującej odzwierciedlenia w dokumentach postępowania oceny, która realnie prowadziłaby do stawiania wykonawcom na etapie oceny ofert dodatkowych, nieznanych wcześniej wymagań.

Z tych przyczyn, argument Zamawiającego, że Odwołujący nie kierował do niego zapytań, co do treści SIWZ, pozbawiony jest doniosłości prawnej i nie stanowi usprawiedliwienia dla braku precyzji opisu. Izba wielokrotnie podkreślała w dotychczasowym orzecznictwie, że instytucja wyjaśnienia treści SIWZ nie wstrzymuje biegu terminu do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ. Z tego też względu wykonawcy winni działać niejako dwutorowo - wystosować odpowiednie zapytanie do zamawiającego oraz skorzystać ze środków ochrony prawnej jako jedynej drogi gwarantującej rozstrzygnięcia wątpliwości, co do brzmienia SIWZ. Nie może zatem dziwić stanowisko Odwołującego, który wobec znaczącego ryzyka naruszenia przez wymagania Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji zdecydował się na wniesienie środka ochrony prawnej i w ten sposób ochronę swojego interesu jako podmiotu zainteresowanego uzyskaniem zamówienia.

Orzecznictwo w zakresie sposobu sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, którego elementem jest arkusz funkcjonalności, zgodnie z brzmieniem pkt 6.9 SIWZ, ma

ugruntowany charakter i w sposób jasny wskazuje jak w świetle art. 29 p.z.p. opis przedmiotu zamówienia winien zostać przez zamawiającego sporządzony. W tym miejscu Izba jako reprezentatywny w zakresie tej linii orzeczniczej wskazuje wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05, zgodnie z którym art. 29 ust. 1 p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 p.z.p. Biorąc pod uwagę treść art. 29 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym jego sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Dodać należy, iż art. 29 ust. 2 p.z.p. posługuje się sformułowaniem "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia (pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia) nie doszło lub nie może dojść, przerzucony zostaje wówczas na zamawiającego. Zamawiający w niniejszej sprawie takich dowodów w ocenie Izby przedstawił i nie uzasadnił poddanego przez Odwołującego krytyce sformułowania w sposób, który mógłby doprowadzić do uznania tej krytyki za pozbawioną podstaw.

W zakresie Zarzutu nr 16, który dotyczył sformułowania przez Zamawiającego niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w pkt 6 Załącznika nr 2 do wzoru umowy i niewskazanie jakie minimalne parametry ma spełniać serwer i na czym ma polegać

„komfort” pracy pracowników Zamawiającego, Izba stwierdziła, iż wprost narusza ono art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p.

Sformułowanie przez Zamawiającego niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w pkt 6 załącznika nr 2 do wzoru umowy – dotyczącego wymagań oprogramowania wspomagającego proces windykacyjny, w istocie było niezrozumiałe w tak szerokim zakresie, że sam Zamawiający dokonał w toku postępowania jego daleko idącego sprecyzowania. Izba ustaliła, iż w pkt 6 załącznika Zamawiający wskazał, iż „serwer wykonawcy musi zapewniać komfortową pracę minimum 30 pracowników zamawiającego, w czasie trwania niniejszej umowy. W przypadku gdy czas reakcji oprogramowania na

polecenia pracowników zamawiającego będzie powodował dyskomfort pracy, wykonawca będzie zobligowany do wykonania optymalizacji działania oprogramowania lub podniesienia parametrów swojego serwera, a jeżeli to nie przyniesie oczekiwanych rezultatów, do wymiany serwera na bardziej wydajny (...).” Po modyfikacji SIWZ z 25.09.2017 r. pierwsze zdanie punktu otrzymał brzmienie: „serwer wykonawcy musi zapewniać komfortową pracę minimum 30 pracowników, w czasie trwania niniejszej umowy.”, co zasadniczo nie wpłynęło na zakres zarzutu postawionego przez Odwołującego, bowiem Zamawiający utrzymał w przedmiotowym warunku kryterium "komfortowej pracy", które nigdzie w żaden sposób nie zostało wyjaśnione, i z samej swojej zasady było bardzo silnie nacechowane naciskiem na indywidualne odczucia osób dokonujących oceny, co skutkuje znaczącym prawdopodobieństwem oceny tego kryterium w sposób arbitralny i dowolny, poza wpływem potencjalnego wykonawcy.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż posłużenie się pojęciem „komfortowa praca” jest klarowne i jasne, gdyż zakres pojęciowy tego sformułowania nie wynika ani z siatki pojęciowej przepisów prawa, ani z żadnego dokumentu postępowania o udzielenie zamówienia, zwłaszcza zaś z brzmienia pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ. W istocie, Zamawiający, formułując przedmiotowe wymaganie, posłużył się w załączniku nr 2 do SIWZ językiem potocznym w sytuacji, w której użycie sformułowań dużo bardziej precyzyjnych, o jasnym zakresie pojęciowym, nie nastroczało trudności.

Jednocześnie to Zamawiający będzie badał, czy oprogramowanie zapewnia "komfort pracy", co skorelowane jest z obowiązkiem wykonawcy wykonania optymalizacji, podniesienia parametrów serwera czy wymiany serwera. W związku z tym, należy zminimalizować możliwość subiektywnej, arbitralnej oceny określenia „komfortu pracy” na dalszym etapie postępowania, na rzecz klarownego zdefiniowania jakie konkretnie wymogi spełniać ma praca z tym systemem.

Nie uszło przy tym uwadze Izby, że sam Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, obszernie zdefiniował "komfort pracy" jako brak ograniczenia lub utrudnienia pracy użytkownika z oprogramowaniem, wymagającego od niego dodatkowego nakładu pracy czy też powodującego spadek jego wydajności przy cyklicznie wykonywanych operacjach w systemie, np. generowanie danego raportu powinno zawsze trwać taką samą ilość czasu przy tych samych parametrach wyjściowych (tj. ten sam okres raportowania i ta sama ilość danych) lub też wprowadzenia danych powinno zawsze trwać tyle samo przy tym samym zakresie wprowadzanych danych. Zamawiający zatem, przez "komfort pracy" rozumie w istocie optymalizację systemu pod kątem wydajności, której spadki mogłyby zmniejszyć efektywność korzystania z systemu przez pracowników.

Nie sposób takiej definicji wysnuć z obecnego brzmienia pkt 6 załącznika nr 2, w konsekwencji powyższego Izba uwzględniła zarzut niejednoznacznego opisu przedmiotu

zamówienia (w pkt 6 załącznika nr 2 do wzoru umowy) i nakazała zamawiającemu dookreślenie na czym polega „komfortowa praca”.

Podobnie, jak w zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego sformułowania arkusza funkcjonalności (załącznik nr 8 do SIWZ), potwierdził się w omawianej sytuacji zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 29 p.z.p., wskazane tam rozważania Izby co do wymogu opisywania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzanie oferty w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, jakim są również wymagania oprogramowania wspomagającego proces windykacyjny (załącznik nr 2 do wzoru umowy), są tożsame w zakresie również i tego zarzutu.

W zakresie Zarzutu nr 17, dotyczącego pkt nr 15 i 16 Załącznika nr 2 do wzoru umowy, w których postawiono wymaganie, aby dostęp dla pracowników Zamawiającego lub innych wskazanych w SIWZ podmiotów do oprogramowania wspomagającego proces windykacyjny odbywał się za pomocą protokołu VPN IPsec z jednoczesnym wyraźnym wykluczeniem, aby praca użytkowników systemu realizowana była za pomocą usługi zdalnego pulpitu, Izba stwierdziła, iż część tego zarzutu potwierdziła się - w zakresie wykluczenia możliwości

zaoferowania zdalnego pulpitu, co narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p.

Odwołać się w tym zakresie należy do powyższych rozważań Izby dotyczących tychże norm prawnych omówionych w uzasadnieniu uwzględnienia Zarzutów nr 15 i 16, a orzecznictwo oraz wykładnia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., tam wskazane, należy uznać za mające zastosowanie i do zarzutu nr 17. W szczególności co do rozważań dotyczących art. 29 ust. 2 p.z.p., jako uprawdopodobnienia naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz wykazania przez Zamawiającego, iż przedmiot zamówienia eliminujący możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów, winien być uzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi z celu, dla którego podmiot Zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (w szczególności co do zasady proporcjonalności), zaś potrzeby Zamawiającego winny być związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu,

Izba stwierdziła, iż usługa objęta przedmiotem zamówienia może być realizowana poprzez zapewnienie dostępu pracownikom Zamawiającego i innych podmiotów wskazanych w SIWZ do oprogramowania wspomagającego proces windykacyjny na różne sposoby - jednym z nich jest usługa zdalnego pulpitu. Odwołujący wskazał przy tym, co nie zostało skutecznie zakwestionowane przez Zamawiającego ani w odpowiedzi na odwołanie ani w toku rozprawy, że sposoby te są ze sobą co do zasady równoważne. Wobec powyższego, mając na uwadze przywołane, w zakresie zarzutów 15 i 16 orzecznictwo oraz wykładnię przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., to na Zamawiającego przeszedł ciężar wykazania, że wyeliminowanie wprost w postanowieniach SIWZ oraz załącznikach do specyfikacji jednej z metod zapewnienia dostępu pracownikom do oprogramowania jest podyktowane proporcjonalnymi, uzasadnionymi potrzebami - zwłaszcza mając na uwadze, że oprogramowanie zaoferowane przez potencjalnego wykonawcę i tak musi przejść rygorystyczną ocenę funkcjonalności dokonaną przez Zamawiającego. Zamawiający tych okoliczności nie wykazał. Co więcej, w toku postępowania w sprawie sam Zamawiający wskazał, że dostosowanie oprogramowania do wymagań Zamawiającego, bez żadnej rzeczowej potrzeby, będzie wymagało znacznych nakładów finansowych ze strony innych podmiotów niż aktualny wykonawca wykonujący usługę na rzecz Zamawiającego.

Izba doszła wobec tego do przekonania, że jeśli w istocie potencjalny wykonawca byłby w stanie zaoferować Zamawiającemu oprogramowanie spełniające te same kryteria funkcjonalności, zaś stawianie przed nim bariery finansowej uniemożliwiającej złożenie mu konkurencyjnej oferty w stosunku do podmiotu aktualnie świadczącego te usługi w istocie nie tylko może naruszać, ale wprost narusza zasady uczciwej konkurencji.

W zakresie natomiast poniższych zarzutów, których Izba w składzie orzekającym nie uznała za uzasadnione w niniejszej sprawie, wskazać należy, iż wszystkie one co do zasady prowadziły do nie znajdującego oparcia w przepisach prawa zakwestionowania autonomii Zamawiającego w zakresie formułowania jego potrzeb oraz zgodnych z prawem i rzeczową potrzebą wymagań co do potencjalnych oferentów.

W tym zakresie, Zarzut nr 1 sprowadzający się do zakwestionowania nieprzeprowadzenia przez Zamawiającego dialogu technicznego okazał się chybiony. Należy w tym miejscu podkreślić, co wskazano na wstępie, że Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 p.z.p.). Aby zatem uwzględnić konkretny zarzut, Izba musi dojść do przekonania, że łącznie spełnione zostały przesłanki naruszenia przepisów ustawy i jednocześnie, że to naruszenie ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Nie skutkują zatem uwzględnieniem odwołania zarzuty wymierzone w czynności lub zaniechanie czynności zamawiającego, które nie stanowią naruszenia przepisów ustawy lub nie mają (i nie mogą mieć) istotnego wpływu na wynik postępowania.

Należy zatem wskazać, że nie tworzy zarzutu samo powołanie przepisów ustawy, które miałyby naruszyć Zamawiającego. Prawidłowo sformułowany zarzut musi wskazywać na czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy, oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa (por. wyroki KIO z: 20.2.2015 r., KIO 242/15; 12.2.2015 r., KIO 176/15; 9.2.2015 r., KIO 166/15; 30.7.2014 r., KIO 1479/14). Nietrafność argumentacji odwołującego potęguje fakt, iż wskazany w art. 31a p.z.p. dialog techniczny nie ma charakteru obligatoryjnego. Oznacza to, iż Zamawiający nie ma obowiązku przed wszczęciem każdego postępowania zwracać się do wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji. Od uznania zamawiającego zależy więc, kiedy zasadne będzie w jego ocenie przeprowadzenie takiego dialogu, w związku z czym Zamawiający nie może naruszyć przepisów ustawy nie korzystając z przysługującego mu uprawnienia (w odróżnieniu od np. odmowy zrealizowania obowiązku). Zarzut ten należało zatem niejako z góry uznać za chybiony, nie był on bowiem powiązany z naruszeniem prawa.

W zakresie Zarzutu nr 2, Izba stwierdziła, iż warunek kwestionowany przez Odwołującego w zakresie sytuacji

ekonomicznej i finansowej nie jest nadmierny lub nieproporcjonalny, przy wykazaniu przez Zamawiającego początkowych kosztów na poziomie ponad 2 milionów, jakie będzie musiał ponieść wykonawca, a również przy skonfrontowaniu warunku z wartością przedmiotu zamówienia tj. 21.540.000,00 zł (brutto). Ponadto w pozostałej części postawiony zarzut nie dotyczy czynności sprzecznej z prawem, w związku z tym, że art. 26 ust. 2 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) pozostawia Zamawiającym swobodny wybór w zakresie sformułowania żądania co do wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, nie może zatem odnieść skutku zarzut sprowadzający się do wskazania, że spośród kilku równoprawnych możliwości Zamawiający dokonał wyboru akurat tej, która nie odpowiadała potencjalnemu wykonawcy. Złożone w tym zakresie na rozprawie przez odwołującego dowody w postaci SIWZ z innych postępowań nie są adekwatne, gdyż każdy Zamawiający konstruuje swoje warunki pod kątem własnych potrzeb i uwarunkowań właściwych dla danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie Zarzutów nr 9, 10 i 11, wszystkie one sprowadzają się do zarzucania czynności Zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 p.z.p. Wszystkie te zarzuty okazały się jednak niezasadne. Jak wynika z treści dokumentów zgromadzonych w sprawie, a także stanowisk stron zajętych w trakcie rozprawy, rację należało przyznać w zakresie tych

warunków Zamawiającemu, który wskazywał na istnienie po jego stronie uzasadnionych potrzeb, przejawiających się także w realizowaniu interesu publicznego i dbaniu o uzasadniony, podyktowany rzeczową potrzebą interes pasażerów i w związku z tym proporcjonalność postawionych wymogów.

Izba stwierdziła, że warunki w zakresie zmiany osoby wskazanej na liście kontrolerów, jak również uprawnienia Zamawiającego w zakresie odstąpienia od umowy w przypadku niezatrudnienia przez wykonawcę którejś z osób z wykazu kontrolerów są tożsame dla wszystkich wykonawców i podyktowane normalną w tego rodzaju stosunkach dbałością Zamawiającego o zabezpieczenie prawidłowej, podlegającej kontroli realizacji umowy. Nadto, aktualne brzmienie wzoru umowy w tym w zakresie zmiany osoby wskazanej na liście kontrolerów jest bardziej racjonalne z punktu widzenia celu postępowania, w szczególności w na kanwie art. 29 ust. 3 a p.z.p. W zakresie natomiast utrzymania stałego punktu obsługi klienta, warunek ten był podyktowany potrzebami pasażerów. Nie sposób było w tym przypadku przyznać priorytetu ekonomicznemu interesowi potencjalnego wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem zamówienia (którego zresztą Odwołujący nie wykazał) ponad interesem pasażerów - byłoby bowiem sprzeczne z interesem publicznym obciążanie pasażerów kosztem umiejscowienia punktu w lokalizacji wskazanej przez Odwołującego. Słusznie zresztą zauważył Zamawiający, że utrzymanie punktu obsługi w obrębie, w którym znajduje się 100% linii komunikacyjnych, a także nie dalej niż 1 km od Dworca Kolejowego „Gdańsk Główny jest uzasadnione. Izba nie stwierdziła, żeby sam fakt, że obecny wykonawca posiada taki punkt miało wpływ na formułowanie tego warunku lub jego sprzeczność z zasadami uczciwej konkurencji - którykolwiek z wykonawców byłby bowiem zainteresowany uzyskaniem zamówienia, musiałby liczyć się z kosztami utrzymania punktu w tym samym obrębie. W związku z powyższym, warunki postawione przez Zamawiającego w tym zakresie nie okazały się niewspółmierne do potrzeb i nie naruszały prawa.

W zakresie Zarzutu nr 12, który polegał na kwestionowaniu sformułowania w pkt 3.4.7 SIWZ oraz § 3 ust. 9 Załącznika nr 9 do SIWZ przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie nałożenia na wykonawców obowiązku wystawiania wezwań do zapłaty w liczbie nie mniejszej niż 3500 sztuk miesięcznie, a także Zarzutów nr 19 i 20, gdzie kwestionowano sformułowanie w ostatnim zdaniu § 12 ust. 5. 3 Załącznika nr 9 do SIWZ, że brak jednego dokumentu traktowany będzie jako podstawa niejednoznacznego postanowienia w zakresie zasad płatności faktur VAT w sposób wywołujący wątpliwości co do momentu powstania roszczenia o zapłatę faktury VAT po stronie Wykonawcy oraz umieszczenie we wzorze umowy (§10 ust. 13 Załącznika nr 9 do SIWZ) obowiązku zapewnienia przez wykonawcę wskaźnika ściągalności należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu na poziomie min. 50 % w skali roku w sytuacji gdy osiągnięcie tego

wskaźnika nie jest całkowicie zależne od woli wykonawcy, albowiem zależy od wielu niezależnych od wykonawcy czynników i zdobytej wiedzy operacyjnej na „rynku” przedmiotowych usług, zarzuty te postawione w sposób sformułowany przez Odwołującego i w takim zakresie, w jakim zostały one uzasadnione w odwołaniu nie mogły odnieść skutku.

Warto zauważyć, iż Odwołujący nie kwestionował w zasadzie samego zapisu dotyczącego ilości wezwań do zapłaty co do zasady, jak również egzekwowania wskaźnika ściągalności czy wpływu braku jednego z dokumentów żądanych przez Zamawiającego na płatność faktury VAT, a wskazywał jedynie, iż skutecznie prowadzona kontrola biletów i jej prewencyjny charakter winien wpływać w perspektywie czasowej na zmniejszenie liczby wystawianych wezwań, co stanowi o nadmiernym, nieuzasadnionym charakterze sformułowanego wymagania, naruszającym

zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, jak i stanowiącym przekroczenie granic swobody kontraktowania (naruszającym równowagę stron stosunku cywilnoprawnego na korzyść Zamawiającego), a osiągnięcie wskaźnika nie jest całkowicie zależne od woli wykonawcy, przy tym, że Odwołujący nie kwestionował uprawnień Zamawiającego do oczekiwania rezultatu co do zasady. W zakresie tych zarzutów, Odwołujący skoncentrował się na naruszeniu przez Zamawiającego, w jego ocenie, zasad swobody kontraktowania. Nadto, sam wymóg należy odnosić także w kontekście przedstawionych przez Zamawiającego danych statystycznych z których wynika, że oczekiwana wielkość ma uzasadnienie w dotychczas realizowanym zamówieniu. Jednocześnie powyższy wymóg należy rozpatrywać w kontekście wymaganej liczby zatrudnionych pracowników.

W istocie zatem, postawione przez Zamawiającego warunki, tożsame dla wszystkich podmiotów potencjalnie mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, zostały przez Odwołującego poddane krytyce z perspektywy zasad art. 7, 29 i 36 p.z.p. oraz przepisu art. 353¹ k.c. Izba, związana tak postawionymi zarzutami, nie mogła uznać wskazanych warunków za sprzeczne z prawem. Należy przy tym podkreślić, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, iż z art. 192 ust. 7 p.z.p. wynika, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Izba jest zatem związana przedstawionymi w odwołaniu zarzutami w takim zakresie, w jakim zostały one sformułowane i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu.

W tym zakresie, co do Zarzutów 12, 19 i 20, osadzenie przez Odwołującego sporu na gruncie zasady proporcjonalności i wpływu na konkurencję co do spornych zapisów wzoru umowy pozostaje poza jakimkolwiek wpływem na wynik postępowania. Skoro bowiem Zamawiający dysponuje statystykami (które również obecnie posiada Odwołujący), które popierają oczekiwanie od potencjalnych wykonawców konkretnego, numerycznie określonego rezultatu w zakresie działań polegających na wystawianiu wezwań do zapłaty,

uzależniając przy tym zasady płatności od realizacji szeroko rozumianego obowiązku sprawozdawczego czy określonego pułapu wskaźnika ściągłości. Profesjonalne podmioty działające na tym rynku powinny w określonym stanie faktycznym te wymagania spełnić – tym bardziej, że wymagania te nie preferują żadnego z potencjalnych wykonawców i nie są nieproporcjonalne. W tym zakresie należało uznać wyjaśnienia Zamawiającego za słuszne i przyjąć, że wykazał on, w oparciu o dotychczasowe doświadczenie w zakresie zlecenia kontroli biletowych innym podmiotom, ma prawo oczekiwać rezultatu na tym pułapie. Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący również jest podmiotem świadczącym usługi na rynku kontroli biletów, w szczególności w obrębie Trójmiasta, czyli jest podmiotem lokalnie działającym w stosunku do Zamawiającego, co w konsekwencji czyni niezrozumiałym jego twierdzenie, iż nie posiada on „znajomości rynku, zdobytej na nim wiedzy operacyjnej, know-how”, a taką wiedzę posiada wyłącznie wykonawca obecnie realizujący usługę. Ponadto Odwołujący w toku postępowania odwoławczego otrzymał pełen dostęp do danych statystycznych z realizacji obecnych umów, przedstawionych przez Zamawiającego.

W zakresie Zarzutów nr 13 i 14 naruszenia przez zamawiającego art. 45 ust. 4 p.z.p. i 150 ust. 2 p.z.p. powiązanych z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., zostały oddalone jako bezzasadne. Odwołujący wskazał, iż określenie wadium na poziomie 600 000,00 złotych (poniżej 3% wartości zamówienia, dodatkowo zmniejszone przez zamawiającego, modyfikacją SIWZ z 25.09.2017 r., na 500 000,00 zł) oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 10% wartości oferty, jest nadmierne, utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz jest nieproporcjonalne, dodatkowo w zakresie wysokości wadium, iż może stanowić barierę do wzięcia udziału w postępowaniu, a co do zabezpieczenia dodatkowo, iż jest to nieuzasadnione potencjalną szkodą Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż nie wykazano spełnienia żadnej powyższych okoliczności. Zarówno wartość wadium jak i zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający określił w granicach wskazanych w odpowiednio art. 45 ust. 4 p.z.p. i art. 150 ust. 2 p.z.p., a więc należało uznać, że żadne z naruszeń wskazanych przez Odwołującego nie miało miejsca. Ponadto wydaje się, iż zarzuty te miały bardziej charakter postulatów *de lege lata*, aniżeli faktycznych zastrzeżeń w stosunku co do czynności Zamawiającego. Na marginesie jedynie dostrzec należy, iż wskazywane przez Odwołującego postępowania prowadzone przez innych Zamawiających, gdzie wartość wadium czy zabezpieczenia formułowano na różnych poziomach (ale również w granicach ustawowego progu) w żadnej mierze nie mogą stanowić dowodu uzasadniającego naruszenia zarzucone Zamawiającemu w tym postępowaniu. Wartość wadium oblicza się dla danego postępowania, na podstawie jego konkretnej wartości zamówienia, zaś zabezpieczenie należytego wykonania umowy na

podstawie ceny podanej w ofercie/maksymalnej wartości zobowiązania wynikającego z umowy. W związku z tym, dowodzenie nieprawidłowości, przy ustawowych progach wskazanych wartości, dokumentacją z innych postępowań jest działaniem co najmniej nieuprawnionym i nie zasługującym na aprobatę. Mając powyższe na uwadze, zarzuty co do wartości wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, należało oddalić gdyż nie naruszono żadnej ze wskazanych norm p.z.p. w tym zakresie.

W zakresie Zarzutu nr 18, w którym zakwestionowano pkt 3.1.6. SIWZ oraz § 1 ust. 13 Załącznika nr 9 w zakresie nałożenia przez Zamawiającego na „wykonawcę” (nie zaś również na wykonawców z art. 23 Pzp) obowiązku osobistego wykonania kluczowej części zamówienia tj. w zakresie usługi kontroli biletów i windykacji oraz egzekucji należności w razie jazdy bez ważnego biletu, a zatem nie uwzględniając przypadków wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia, jak i w sposób sugerujący, że całość zamówienia musi być wykonana osobiście, również i ten zarzut nie okazał się uzasadniony. Izba stwierdziła w tym zakresie, że treść SIWZ wymienia wiele czynności, których potencjalny wykonawca musi dokonać - np. w zakresie szkolenia czy działań związanych z obsługą oprogramowania. Nieuprawnione jest twierdzenie, że semantyczne ujęcie tych warunków w liczbie pojedynczej jest nieuprawnionym naruszeniem przez Zamawiającego możliwości ubiegania się o zamówienie również kilku wykonawców.

Zarzut ten wprost nie znajduje żadnego uzasadnienia ani w treści analizowanego warunku, ani w jego konfrontacji z przepisami prawa. Ilekroć bowiem Zamawiający formułuje swoje wymagania w liczbie pojedynczej, zgodnie z treścią art. 23 ust. 1 p.z.p. należy przez „wykonawcę” rozumieć również „wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. Żaden element treści analizowanych warunków nie wskazuje na to, aby Zamawiający ograniczał działanie kilku wykonawców i wprowadzał regułę osobistego działania przez jednego z nich. Z uwagi na to, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego prawa przy formułowaniu tych warunków.

Skoncentrowane wokół naruszenia zasad swobody kontraktowania były również Zarzuty Odwołującego pod nr 21 (umieszczenie we wzorze umowy obowiązku uiszczenia nieuzasadnionych, a niezależnie o d tego, rażąco wygórowanych kar umownych), 22 (nałożenie w pkt 9 Załącznika nr 2 do wzoru umowy obowiązku przeniesienia oprogramowania z serwera wykonawcy na własny serwer w trakcie trwania umowy lub po jej zakończeniu lub na serwer nowego wykonawcy, po okresie trwania umowy), 23 (nałożenie we wzorze umowy (§ 1 ust 10) obowiązku przekazania środków uzyskanych z opłat i należności w niezasadnie krótkim terminie 1 dnia roboczego (w następnym dniu roboczym po wpływie środków)), 24 (nałożenie we wzorze umowy (§ 8 ust.5; § 9 ust. 4, § 12 ust 5.3.)

obowiązku wykonania określonych czynności w niezasadnie krótkich terminach, co może być obowiązkiem, któremu trudno uczynić zadość), 25 (wskazanie w § 12 ust. 6 wzoru umowy zbyt odległego terminu zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, wynoszącego 30 dni, w sytuacji, gdy nie znajduje to uzasadnienia w okolicznościach sprawy), 26 (nałożenie we wzorze umowy (§ 3 ust. 8) nieznajdującego podstaw i nieprecyzyjnego postanowienia o nieprzysługiwaniu wykonawcy wynagrodzenia za kontrolę dokonaną po zakończeniu kontroli w tym samym pojeździe), 27 (nałożenie w pkt 18 załącznika nr 2 do wzoru umowy obowiązku przeprowadzenia szkolenia pracowników Zamawiającego w sytuacji, w której usługa windykacji jest w całości powierzona Wykonawcy) oraz 28 (sformułowanie przez Zamawiającego przyczyn odstąpienia od umowy w § 21 ust. 1 lit b), lit c) oraz lit. e) Załącznika nr 9 do SIWZ w sposób szeroki i nieprecyzyjny). W zakresie tych zarzutów, Odwołujący wskazywał obszernie na naruszenie swobody kontraktowania, równowagi stron stosunku cywilnoprawnego oraz braku proporcjonalności postanowień wzorca umowy.

Na wstępie wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, warunki stosunku zobowiązaniowego przewidzianego dla udzielenia zamówienia publicznego nie charakteryzują się równością stron tego stosunku i pełną realizacją zasady swobody umów.

W odniesieniu do art. 353¹ k.c., skład orzekający sygnalizuje jedynie (kwestia ta bowiem została już gruntownie omówiona w doktrynie i orzecnictwie z dziedziny zamówień publicznych), że wyrażona w nim zasada swobody kontraktowania doznaje na gruncie umowy w sprawie zamówienia publicznego ograniczeń powodujących rzeczywiste uprzywilejowanie zamawiającego, wyrażające się m.in. możliwością ułożenia stosunku obligacyjnego ze szczególnym uwzględnieniem własnych potrzeb. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt X Ga 67/08) wskazać należy, iż to „*wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty i winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego*”.

Odnosząc się do kwestii zarzutów naruszenia art. 353¹ k.c., należy zauważyć, że do stwierdzenia naruszenia tej normy konieczne jest wykazanie przez odwołującego, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współzycia społecznego. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wskazał żadnych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, które naruszałyby sporne postanowienia wzoru umowy, nie wykazano również na czym polega sprzeczność tych postanowień z właściwością stosunku, rozumianą jako istota przyszłego zobowiązania stron i jego swoiste cechy. Naruszenia zasad współzycia społecznego nie podniesiono.

Ponadto, nie jest uzasadnionym powoływanie się na art. 353¹ k.c. w celu doprowadzenia do nadania przyszłym postanowieniom umownym brzmienia względniejszego dla wykonawcy, nie jest bowiem tak, że postanowienia umowy przez sam fakt, że z różnych względów nie są korzystne w ocenie wykonawców, są sprzeczne z naturą stosunku lub

zasadami współżycia społecznego, czy też naruszają równowagę stron. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia.

Wszystkie te zarzuty okazały się zatem bezzasadne, zmierzające do narzucenia Zamawiającemu za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej subiektywnie bardziej korzystnych z perspektywy potencjalnego wykonawcy warunków, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w prerogatywach Izby jak i przepisach p.z.p. Jak już wskazano, art. 192 ust. 2 obliguje Izbę do badania naruszenia przepisów ustawy przez czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, które to naruszenie musi mieć wpływ (rzeczywisty lub hipotetyczny) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku zarzutów 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 i 28 Odwołujący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, nie tylko naruszenia przepisów ustawy jako takich, ale nie podjął nawet próby wykazania wpływu tych warunków na potencjalny wynik postępowania. Dowiedzenie tej okoliczności byłoby przy tym znanąco utrudnione mając na uwadze, że warunki te mają charakter techniczny, leżący w zakresie swobody decyzyjnej stron stosunku cywilnoprawnego i jednakowy dla wszystkich wykonawców. Nie sposób zatem uznać, że ich ustanowienie ma lub może mieć jakikolwiek wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na to, zarzuty te należało uznać za niezasadne.

Nie potwierdził się również Zarzut nr 29 - naruszenia przez zamawiającego art. 22a ust. 1 – 4 p.z.p. poprzez nieprawidłowe zdefiniowane w treści SIWZ (pkt 5.4) „stosownych sytuacji”, o których mowa w tejże normie. W pkt 5.4.1-3 SIWZ Zamawiający wskazał, jakimi dyrektywami będzie się kierował przy weryfikacji prawidłowości wykazywania przez wykonawcę polegania na zdolnościach innych podmiotów i co rozumie przez „stosowną sytuację” odzwierciedlając zasady określone w art. 22 ust. 2 - 4 p.z.p. Odwołujący nie wskazał, zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p., podstawy prawnej która obligowałaby zamawiającego do dokonywania żądanej przez niego modyfikacji SIWZ w tym zakresie, ani jaki i czy w ogóle, wpływ na wynik postępowania ma obecna treść zapisów pkt 5.4 SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez odwołującego wpis oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT ograniczając wysokość wynagrodzenia do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....