

sygn. akt: **KIO 2433/18**

WYROK

z dnia 12 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 r. przez wykonawcę **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., ul. Hrubieszowska 2; 01-209 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1; 15-950 Białystok**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dostawa, instalacja i uruchomienie 255 sztuk biletomatów mobilnych wraz z oprogramowaniem i prowadzeniem na dostarczonych urządzeniach usługi sprzedaży biletów.*”.

Dnia 16 listopada 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 26 listopada 2018 roku wykonawca GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 41 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia, a także w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w zakresie treści:

1. pkt 1 ppkt 1 lit. c) w rozdziale III s.i.w.z., co odpowiada treści VII.1.2) sprostowanego Ogłoszenia o zamówieniu,
2. §1 pkt 1 ppkt 1 lit. c) załącznika nr 6 do s.i.w.z. - umowa,
3. §1 pkt 1 ppkt 2 załącznika nr 6 do s.i.w.z. - umowa,
4. §1 pkt 1 ppkt 3 załącznika nr 6 do s.i.w.z. - umowa,
5. §2 pkt 2 załącznika nr 6 do s.i.w.z. – umowa,
6. pkt 1.1.3 załącznika nr 1 do umowy (załącznik nr 6 do s.i.w.z.) - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ),
7. pkt 2 tiret 14 i 15 załącznika nr 1 do umowy (załącznik nr 6 do s.i.w.z.) - SOPZ,
8. pkt 6 załącznika nr 1 do umowy (załącznik nr 6 do s.i.w.z.) - SOPZ,
9. treść poz. 12 w Tabeli nr 1 załącznik nr 1 do s.i.w.z. - Formularz Ofertowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
2. nakazanie zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który będzie jednoznaczny i wyczerpujący i nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji oraz będzie umożliwiał złożenie oferty, tj. w sposób opisany w uzasadnieniu zarzutów zawartych

w odwołaniu, a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji treści s.i.w.z. oraz Ogłoszenia o zamówieniu, tym samym odwołujący się wnosi o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści s.i.w.z. w następującym zakresie:

- a. treści pkt 1 ppkt 1 lit. c) w rozdziale III s.i.w.z., poprzez wykreślenie tego postanowienia bądź jego zmianę,
- b. treści §1 pkt 1 ppkt 1 lit. c) załącznika nr 6 do s.i.w.z., poprzez wykreślenie tego postanowienia bądź jego zmianę,
- c. treści §1 pkt 1 ppkt 3 załącznika nr 6 do s.i.w.z., poprzez wykreślenie dodanej części tego postanowienia bądź jego zmianę,
- d. treści §2 pkt 2 załącznika nr 6 do s.i.w.z., poprzez wykreślenie dodanej części tego postanowienia bądź jego zmianę,
- e. treści pkt 1.1.3 załącznika nr 1 do umowy, poprzez wykreślenie tego postanowienia bądź jego zmianę,
- f. treści pkt 2 tiret 14 załącznika nr 1 do umowy, poprzez wykreślenie tego postanowienia bądź jego zmianę,
- g. treści pkt 6 załącznika nr 1 do umowy, poprzez wykreślenie tego postanowienia bądź jego zmianę,
- h. treści VII. 1.2) sprostowanego Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie: przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie 255 sztuk biletomatów mobilnych wraz z oprogramowaniem i prowadzeniem na dostarczonych urządzeniach usługi sprzedaży biletów. Dodatkowo do zadań Wykonawcy należeć będzie dostawa trzech zestawów testowych i 40 sztuk mobilnych terminali typu mPOS wraz z oprogramowaniem. Przedmiot zamówienia będzie wykonywany w trzech etapach. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, warunki dostawy, gwarancji, rękojmi i serwisu określony został w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ.”,
- i. treści poz. 12 w Tabeli nr 1 załącznik nr 1 do s.i.w.z. - Formularz Ofertowy poprzez wykreślenie tego postanowienia bądź jego zmianę.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający dodał do zakresu realizacji dostawę 40 sztuk mobilnych terminali typu mPOS. W treści załącznika nr 1 do umowy - SOPZ w pkt 1.1.3 zamawiający doprecyzował wymagania w zakresie funkcjonalności tychże urządzeń. Zamawiający wymaga również utrzymywania i aktualizowania terminalu mPOS przez cały okres trwania umowy. Znamiennym jest przy tym, iż zamawiający dodał tylko jedną pozycję w Tabeli nr 1, poz. 12 w zakresie dostawa terminali mPOS, podczas gdy dla Biletomatów w formularzy ofertowym zostały przewidziane takie pozycje jak: dostawa biletomatów, dostawa oprogramowania biletomatów czy cena usług sprzedaży, która w praktyce jest powiązana z miesięcznym kosztem serwisowania, utrzymania i aktualizacji urządzenia. Brak

wydzielenia takich pozycji dla terminali mPOS może wprowadzać wykonawcę w błąd podczas uzupełniania formularza, a nawet doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca pominie wskazanie w ofercie kosztów związanych z aplikacją terminala mPOS (utrzymanie oraz aktualizacja).

Niezależnie od powyższego odwołujący podkreślił, iż zamawiający dodał do zakresu realizacji dostawę 40 sztuk mobilnych terminali typu mPOS bez zwiększenia szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający rozszerzył zakres zamówienia publicznego, pozostawiając szacunkową wartość zamówienia bez zmian. Takie działanie zamawiającego może doprowadzić do sytuacji, w której złożone oferty przekroczą budżet zamawiającego przewidziany na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji nie dojdzie do wyłonienia żadnego wykonawcy. Wykonawcy z oczywistych względów muszą dążyć do zaoferowania ceny adekwatnej do świadczonych usług, uwzględniając przy tym osiągnięcie oczekiwanego zysku. Przy pozostawieniu przez zamawiającego obecnej ceny szacunkowej wartości zamówienia wszystkie złożone oferty względem ceny szacunkowej mogą okazać się rażąco wygórowane, chociaż wykonawcy będą bazować jedynie na właściwej kalkulacji ceny względem zakresu zamówienia publicznego. Co więcej ofertę może uzyskać podmiot, który posłużył się ceną rażąco niską, a która nie będzie wzbudzać podejrzeń zamawiającego z uwagi na brak zmiany szacunkowej wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zależy mu na potwierdzeniu przez zamawiającego, iż dysponuje zwiększonymi środkami na sfinansowanie zakupu 40 terminali mPOS bądź podjęciu przez zamawiającego decyzji o usunięciu z przedmiotu zamówienia przedmiotowych terminali. Odwołujący wskazuje, iż zamawiający mógłby również zrezygnować z innych elementów (np. terminale kierowcy), które to posunięcie pomogłoby wykonawcy sfinansować zakup terminali mPOS w ramach obecnego budżetu. Rezygnacja przez zamawiającego z Dotykowego Terminalu Kierowcy (pkt 3.2.10 SOPZ) jest zasadna w ocenie wykonawcy, gdyż terminale kierowcy są zbędne i nie przyczynią się do jakości zamówienia publicznego. Ich wykorzystanie do sterowania pracą biletomatu może zostać zastąpione poprzez inne rozwiązania wykorzystujące automatykę pracy i monitor samego biletomatu. Dotykowe Terminale Kierowcy służąc głównie do sterowania pracą komputera pokładowego i innych systemów pokładowych i mogą zostać zakupione w ramach innego planowanego przez zamawiającego postępowania, o którym mowa w pkt 3.2.10.10 SOPZ.

Istotnym jest również, iż zamawiający wprowadza nowy wymóg dotyczący dostawy 40 urządzeń typu mPOS służących do tokenizacji, a które mają zostać zintegrowane z obecnie używanymi przez zamawiającego czytnikami kontrolerskimi, co *de facto* jest niezgodne z interesem samego zamawiającego. Wymóg konieczności używania dwóch oddzielnych urządzeń do realizacji jednego celu (weryfikacji uprawnień do podróży) wprowadza brak elementarnej ergonomii procesu weryfikacji. Przy obecnym założeniu kontroler będzie musiał

obsługiwać równocześnie dwa urządzenia, co w ocenie odwołującego będzie uciążliwe i niedogodne dla kontrolera, a co więcej niekorzystne dla jego zdrowia. Kontroler będzie musiał panować nad dwoma bardzo podobnymi urządzeniami pod względem kształtu, wyglądu i technologii, gdzie każde z nich będzie przeznaczone do innych zadań. Oba urządzenia kontroler będzie musiał mieć przy sobie w kieszeniach bądź w etui, a w okresie jesienno-zimowym pod okryciem wierzchnim, co dodatkowo utrudni wykonanie obowiązków zawodowych. Jednoczesne korzystanie z urządzeń (trzymanie urządzeń w osobnych dłoniach) niekorzystnie będzie wpływało na komfort pracy kontrolera. Niestabilność wynikająca z dynamiki ruchu pojazdu oraz nierówność nawierzchni może spowodować zagrożenie dla zdrowia kontrolera, gdyż będzie w stanie dość łatwo i szybko uwolnić dłoń celem utrzymania równowagi. Wprowadzona zmiana do treści s.i.w.z. wpłynie niekorzystnie na zakres czasu pracy obu urządzeń poprzez konieczność utrzymywania stałej łączności poprzez Bluetooth. Rozwiązanie uniemożliwi również rozwój funkcji systemu, w ramach jednego urządzenia, co jest istotne ze względu na ergonomię i bezpieczeństwo:

- a. nie będzie możliwe rozbudowanie systemu o przyjmowanie płatności kartą płatniczą w sytuacji braku zakupionego biletu,
- b. nie będzie możliwe drukowanie wystawionych mandatów (brak drukarki w mPOS oraz czytniku kontrolerskim).

Odwołujący wskazuje, iż zasadnym byłoby wprowadzenie jednego urządzenia/terminala, który będzie mogło:

- a. realizować wszystkie funkcje obecnego urządzenia kontrolerskiego, łącznie z obsługą kodów 2D,
- b. tokenizować numery kart płatniczych w sposób w pełni bezpieczny,
- c. przyjmować płatności kartami płatniczymi za mandaty i drukować stosowne potwierdzenie,
- d. drukować wystawiane mandaty,
- e. zapewniać ergonomię i bezpieczeństwo pracy kontrolerów.

Wykonawca powinien wraz z urządzeniami dostarczyć również certyfikowaną aplikację płatniczą zintegrowaną z aplikacją kontrolera. Zamawiający winien zobowiązać się do dostarczenia specyfikacji funkcjonalnej obecnie użytkowanego oprogramowania czytników kontrolerskich oraz stosownych interfejsów w terminie do 2 tygodni od momentu podpisania umowy.

Zamawiający w toku zmian w treści §1 pkt 1 ppkt 3 oraz §2 pkt 2 załącznika nr 6 do s.i.w.z. - projekt umowy wskazał, że w trakcie realizacji Etapu III, w terminie do 20 miesięcy od jego rozpoczęcia zamawiający przekaże wykonawcy kasowniki dwusystemowe w celu dołączenia ich do systemu i świadczenia na nich usługi sprzedaży. Znamiennym jest jednocześnie, iż zamawiający dokonując zmiany treści s.i.w.z. nie zaprezentował

jednocześnie warunków gwarancyjnych jakie zostaną postawione dostawcy kasowników w odrębnym postępowaniu, nie przedstawił warunków odnośnie specyfikacji kasowników, nie przedstawił żadnych wymogów technicznych związanych z integracją, jak również nie określił zasad ponoszenia kosztów integracji nowych kasowników.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w sposób niejasny i nieprzejrzysty dokonał opisu przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nałożył wymóg uruchomienia usługi sprzedaży biletów w terminie do 8 tygodni od daty przekazania kasowników przez zamawiającego. Brak przedstawienia wykonawcy przedmiotowego zamówienia publicznego szczegółowych warunków gwarancyjnych jakie zostaną postawione dostawcy kasowników w odrębnym postępowaniu jak również specyfikacji tychże urządzeń, uniemożliwia wykonawcy właściwe skalkulowanie kosztów i ryzyka związanych z prowadzeniem sprzedaży biletów na urządzeniach obcych. Wykonawcy nie mają dostatecznej wiedzy czy zamawiający przewiduje wypłatę wykonawcy odszkodowania lub innej rekompensaty pieniężnej w przypadku, gdy dostawca kasowników nie będzie realizował napraw gwarancyjnych w określonym terminie, co będzie narażało wykonawcę na straty w związku z brakiem możliwości uzyskania przychodu ze sprzedaży biletów na niesprawnym urządzeniu. Z treści s.i.w.z. nie wynika również, kto będzie ponosił koszty integracji nowych kasowników z wdrażanym w ramach niniejszego postępowania oprogramowaniem BackOffice i ACQ.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że odwołującemu, jako wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes odwołującego wyraża się tym, że w razie braku wprowadzenia wnioskowanych zmian, a co za tym idzie utrzymania zapisów, które w ocenie odwołującego są sprzeczne z przepisami pzp, odwołujący może zostać pozbawiony możliwości złożenia prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, a co za tym idzie możliwości uzyskania zamówienia publicznego, jak również zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w przedmiocie zamówienia publicznego na warunkach, które umożliwiają jej wykonanie.

Zamawiający, na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni jeden z zarzutów odwołania, w pozostałym zakresie wnioś o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę są tylko te z zarzutów, które nie zostały przez zamawiającego uwzględnione.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła argumentację zamawiającego prezentowaną w piśmie procesowym – odpowiedź na odwołanie, oraz tą prezentowaną na rozprawie, uznając ją za kompletną, spójną i znajdującą swoje racjonalne uzasadnienie w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób odmienny od innych postępowań, które toczyły się do tej pory. I właśnie ta odmienność mogła wywołać wątpliwości, co do spełnienia określonych obowiązków nałożonych przez zamawiającego na wykonawców. Jednakże wątpliwości, a co za tym idzie zarzuty odwołującego, w ocenie Izby nie wywołują skutku, na jaki wskazywał odwołujący, tj. braku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uniemożliwiający złożenie oferty przez odwołującego oraz naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, szeroki krąg podmiotów specjalizujący się w dostawie dedykowanego sprzętu, opisanego przez zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu (jak wskazywał zamawiający pytania i zainteresowanie udziałem w postępowaniu jest dosyć duże, ok. 7 wykonawców) nie może wywoływać skutku, o którym próbował przekonywać Izbę odwołujący.

Opisane przez zamawiającego parametry dostawy, specyficzne ze względu na precedensowy w ocenie zamawiającego, charakter zamówienia, wymuszają bowiem na wykonawcach równie precedensowe postępowanie. Zdaniem Izby, każdy z uczestników tego

postępowania, w równym stopniu ma dostęp do wiedzy i zakresu w jakim ma być zrealizowane to zamówienie. Okoliczność, iż niektóre z elementów zamówienia, nie odpowiadają odwołującemu, nie ma wpływu na zachwianie zasady uczciwej konkurencji, albowiem rozwiązania te są w równym stopniu dostępne wszystkim zainteresowanym podmiotom. Również koncepcja niektórych rozwiązań, do których zamawiający nawiązuje w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w odpowiedziach na pytania jest na równi dostępna i znana każdemu wykonawcy.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania, albowiem w ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, iż w przypadku pozostawienia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w obecnym brzmieniu, uniemożliwi to odwołującemu złożenie oferty czy też spowoduje nierówne traktowanie względem innych wykonawców. Faktem jest, że specyfika tego zamówienia wymusza na wykonawcach wdrożenia dużego zaangażowania technicznego i intelektualnego, jednakże zaangażowanie to jest wymagane od wszystkich wykonawców na równym poziomie. Podnieść również należy, że każdy z wykonawców, w równym stopniu, ma możliwość przewidzenia i wyliczenia ryzyka kontraktowego w takim samym stopniu złożoności, co odwołujący.

Za całkowicie chybioną i pozbawioną sensu należy uznać argumentację odwołującego odnoszącą się do wartości szacunkowej zamówienia, ergonomii pracy kontrolera biletów, czy np. terminalu dla kierowcy. Izba przedmiotową argumentację odwołującego uznała za próbę wymuszenia na zamawiającym zastosowania określonego rozwiązania, korzystnego dla odwołującego. Jednakże, odwołujący zdaje się zapominać, że gospodarzem postępowania jest zamawiający i to on zakreśla kierunek i wskazuje cel jaki zamierza osiągnąć zamawiając określone produkty. Wykonawca może zgodzić się na warunki zamawiającego, uczestnicząc w procedurze udzielenia zamówienia publicznego albo zrezygnować w przypadku uznania, że nie jest w stanie sprostać, nie zawsze prostym, wymaganiom zamawiającego.

Dlatego też, biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: