

WYROK

z dnia 28 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2015r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2015r. **przez wykonawcę** BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175; 90-447 Łódź

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonać zmiany w treści SIWZ w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie to jest w zakresie żądania pkt 3 a) i d) odwołania przez wprowadzenie: alternatywnie wobec wymogu tandemu możliwości wypożyczenia dwóch rowerów z jednego konta oraz w zakresie serwera i systemu informatycznego dopuszczenie równoważnego dla Ethernetu i portów USB rozwiązania opartego o serwer umieszczony w ramach chmury obliczeniowej. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175; 90-447 Łódź
 - i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa

- 2.2. zasądza od Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175; 90-447 Łódź na rzecz BikeU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Emilii Plater 53; 00-113 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny (ŁRP)”.

Zamawiający oznaczył i nadał postępowaniu numer: ZDiT- DZ.3321.53.2015 .

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE nr Dz.U./S S168 306966-2015-PL w dniu 1 września 2015 roku.

Podstawę prawną wniesienia odwołania stanowi art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” lub „Ustawą”.

Odwołanie wniesiono w związku z opublikowaniem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”).

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy :

1.) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z 22 ust. 4. i ust. 5 Pzp poprzez przygotowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję to jest w sposób nadmierny oraz nieproporcjonalny i nieadekwatny do rzeczywistych wymogów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a jednocześnie tożsamy do przedmiotu zamówienia.

2.) art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję a zatem poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tandemu, terminala, kolorystyki i konstrukcji rowerów oraz serwera w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, jak też poprzez niepodanie wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a jednocześnie faworyzujący jednego z wykonawców.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia mogą prowadzić do uniemożliwienia udziału odwołującego w postępowaniu, a tym samym mogą mieć lub mają wpływ na wynik postępowania, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ oraz Ogłoszenia poprzez zmianę opisu sposobu oceny spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia - w ten

sposób aby zapewnić proporcjonalność, adekwatność i związaną z przedmiotem zamówienia, np. w ten sposób że 6.1.2 SIWZ (analogicznie w pkt III.2.3) lit. a) Ogłoszenia), otrzyma następujące brzmienie: „W szczególności Wykonawca musi wykazać; że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 1 usługę polegającą na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów; działającego nie mniej niż 6 miesięcy oraz załączy dokumenty potwierdzające, że usługa ta została wykonana należycie”

3) nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SIWZ oraz Ogłoszenia poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia np. w ten sposób, że:

a) w kwestii tandemu: Zamawiający wprowadzi alternatywnie wobec tandemu wprowadzenie funkcjonalności polegającej na możliwości wypożyczenia z jednego konta dwóch rowerów;

b) w zakresie stacji rowerowych: Zamawiający wyeliminuje lub zmieni przyjęte w SIWZ rozwiązanie dot. projektu terminala w ten sposób, że nie będzie ryzyka prawnego (istniejącego przy obecnych postanowieniach), iż wykonanie stacji wg życzenia zamawiającego przez odwołującego będzie naruszało prawa autorskie do projektu stacji, które przysługuje jednemu z wykonawców działających na polskim rynku w zakresie dostarczania usług rowerów miejskich (zdjęcie terminala należącego do systemu wprowadzonego przez tego wykonawcę zostało użyte w SIWZ jako wzór).

c) w zakresie kolorystyki i konstrukcji rowerów: zamawiający wyeliminuje zapis pośrednio przymuszający do stworzenia konstrukcji roweru w ten sposób, że osłona tylnego koła oraz błotnik to dwa różne elementy, w ten sposób, że dopuści alternatywne rozwiązanie, które dopuści takie rozwiązanie techniczne, w którym osłona koła oraz błotnik to jedna i ta sama część.

d) w zakresie serwera i systemu informatycznego: Zamawiający dopuści rozwiązanie równoważne do wymaganego Ethernetu i portów USB (pośrednio wymaganego serwera); to jest dopuści rozwiązanie techniczne oparte o serwer umieszczony w ramach chmury obliczeniowej, które jest bardziej zaawansowane, szybsze, niezawodne (nie zawiesza się) i daje więcej możliwości, w szczególności nie wymaga czasowego zamykania systemów na czas wgrywania modyfikacji i ulepszeń systemu oraz używania przestarzałych nośników danych do wysyłania informacji i danych

(rozwiązania związane z chmurą obliczeniową pozwalają na wymianę wszystkich informacji za pomocą internetu).

4) Obciążenie zamawiającego kosztami odwołania na rzecz odwołującego

Odwołujący wskazał na istnienie po jego stronie linteresu we wniesieniu odwołania

Wadliwy, prowadzący do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodny z Pzp opis oceny spełnienia warunku udziału zawarty w SIWZ oraz Ogłoszeniu utrudnia (a według niekorzystnej interpretacji może nawet uniemożliwić) mu złożenie prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez zamawiającego oferty. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż zamieszczenie w SIWZ w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia rozwiązań technicznych oferowanych tylko przez jednego z wykonawców utrudnia uczciwa konkurencję i w konsekwencji może prowadzić do uniemożliwienia złożenia oferty w postępowaniu

W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla zamawiającego warunkach i podjąć działania w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia w postępowaniu. Obecna treść SIWZ i Ogłoszenia jest skonstruowana w sposób potencjalnie eliminujący odwołującego z możliwości ubiegania się o realizację zamówienia, mimo iż posiada wymagane doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne kryteria techniczne, ekonomiczne i finansowe niezbędne do wykonania tak opisanego przedmiotu umowy w sposób należyty.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2015 r. W tym samym dniu SIWZ został zamieszczony na stronie internetowej zamawiającego. W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono argumentację formalną i prawną.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z racji uwzględnienia części podniesionych zarzutów jak i żądań odwołania co uczynił zamawiający składając stosowne oświadczenie w odpowiedzi na odwołanie to jest w piśmie z dnia 23 września 2015 roku. W piśmie tym zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący wymogu zadysponowania w ofercie rowerów Tandem(rower dwuosobowy). Wymóg taki obowiązuje dla 5 % całej liczby wymaganych rowerów. Zamawiający zgodnie z żądaniem odwołującego, przyjął jako spełnienie tego warunku alternatywę w postaci możliwości uzyskania przez jednego użytkownika dwóch rowerów. Natomiast normą jest jeden użytkownik może używać jeden rower.

Drugim elementem, który zamawiający uwzględnił jest Adanie odwołującego w zakresie serwera i systemu informatycznego przez dopuszczenie równoważnego dla Ethernetu i portów USB rozwiązania opartego o serwer umieszczony w ramach chmury obliczeniowej. Zakres powyższych uwzględnień zarzutów i żądań odwołującego wynika wprost z sentencji orzeczenia. Powyższe zmiany w ocenie Izby mają wpływ na wynik postępowania poprzez zwiększenie jego konkurencyjności w związku z przyjętymi alternatywnymi rozwiązaniami w zakresie rozwiązań informatycznych jak i rozwiązań co do możliwości sposobu używania rowerów. W tym stanie rzeczy Izba przyjęła suwerenne stanowisko zamawiającego co do uwzględnienia części zarzutów i żądań odwołującego a co miało wpływ na uwzględnienie odwołania.

W pozostałym zakresie zarzuty podlegały rozpoznaniu merytorycznemu przez Izbę. W wyniku rozpoznania merytorycznego żaden z zarzutów nie został przez Izbę uwzględniony.

Odwołujący zarzucił zaproponowanemu przez zamawiającego postanowieniu zawartemu w pkt 6.1.2. SIWZ (analogicznie w pkt ffl.2.3) Ogłoszenia) w brzmieniu: „w szczególności Wykonawca musi wykazać, że wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 1 usługę polegającą na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300 rowerów, działającego nie mniej niż 12 miesięcy, że zostało przygotowane w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia poprzez fakt, iż jest nadmierne; narusza zasady uczciwej konkurencji; jest skonstruowane w sposób, który może prowadzić do wykluczenia (już na etapie przed złożeniem ofert), konkretnego podmiotu, który mimo posiadania niezbędnego i wystarczającego doświadczenia mógłby potencjalnie zostać uznany za nie spełniający warunku wykonania głównej dostawy w rozumieniu wskazanym powyżej.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący powoływał art. 22 ust. 4 i 5 Pzp. czyli związaną z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalność do zamówienia oraz gwarancją należytego wykonania zamówienia. Zamawiający takim opisem wymagań w zakresie doświadczenia naruszył przepisy czym wprost doprowadził także do naruszenia norm ogólnych nakazujących równe traktowanie wykonawców i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Izba nie uwzględniając powyższego zarzutu przede wszystkim stwierdza, że wymóg nie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia. Wymóg doświadczenia to wykonanie usługi na 300 rowerach a nie na 1000 rowerów jak w niniejszym zamówieniu oraz wymóg wykonywania usługi (uruchomienie, użytkowanie, eksploatacja techniczna i informatyczna publicznego

roweru, magazynowanie poza sezonem) przez co najmniej 12 miesięcy a w niniejszym zamówieniu uruchomienie ma nastąpić w kwietniu 2016 roku i zamknięcie kontraktu listopad 2019 roku. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby zarzut odwołującego co do wymogu tożsamego doświadczenia z przedmiotem zamówienia jest bezzasadny.

Również dla Izby bezprzedmiotowym jest zarzut dotyczący interpretacji co oznacza „działanie systemu przez 12 miesięcy” Nawet gdyby zaistniały wątpliwości to zawsze odpowiedź stanowi przedmiot zamówienia, ponieważ doświadczenie ma upewnić zamawiającego, że wykonawca takie jak przedmiotowe już wykonywał i gwarantuje należyte jego wykonanie.

Izba również nie podziela argumentacji odwołującego, że w okresie poza sezonem nic się z rowerem nie dzieje w związku z tym o doświadczeniu decyduje sezon rowerowy i umiejętność radzenia sobie w tym okresie. W związku z tym domaga się skrócenia wymaganego doświadczenia do 6 miesięcy. W ocenie Izby w okresie poza sezonem również wykonawca ma szereg i to oczywistych obowiązków nie tylko zabezpieczających rower to jest jego magazynowanie ale również doprowadzenie do wymaganego stanu technicznego po sezonie czy utrzymanie jego sprawności w okresie magazynowania. Tym bardziej, że SIWZ przewiduje zarówno przedłużenie sezonu wiosenno – letnio - jesiennego jak i wcześniejsze rozpoczęcie kolejnego sezonu.

Izba nie podziela również argumentacji, że obowiązuje w tych postępowaniach utarta już praktyka jako wystarczającego wymogu 3 miesięcy doświadczenia, czy w ogóle nie wskazywania czasu trwania doświadczenia w zamian za określenie na przykład wartości zamówienia czy też ilości stacji, czy też ilości rowerów. Odwołujący na tę okoliczność wskazywał przedkładając przy odwołaniu jak i na rozprawie wyciągi z SIWZ w innych miastach Polski oraz powołując się na warunki obowiązujące w takich miastach jak Poznań, Wrocław, Bydgoszcz czy też Białystok do których w jego ocenie formułując wymóg doświadczenia powinno miasto Łódź czyli zamawiający porównywać się. Z kolei zamawiający na rozprawie przedłożył SIWZ Miasta Stołecznego Warszawy wyjaśniając, że zamierza być drugim miastem w Polsce, jeżeli chodzi o rozmiar Roweru Publicznego. Niemniej wskazywał na okoliczność, że wymóg doświadczenia dla wykonawcy w M. St. Warszawy opiewał na 24 miesiące a nie jak w niniejszym postępowaniu na 12 miesięcy.

W ocenie Izby oferent nie ma prawa pozbawiać suwerenności zamawiającego w ustaleniu wymagań co do posiadanego doświadczenia, jeżeli nie udowodni, że są one nadmierne, nieproporcjonalne, nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, bo takich zwrotów odwołujący użył, wnosząc o nakazanie ich zmiany.

Tak więc uwzględniając postanowienia SIWZ opisującego w szczególności zakres przedmiotu zamówienia i nieprzerwany czas jego planowanego trwania od kwietnia 2016 roku do listopada 2019 roku, Izba nie podziela argumentacji odwołującego, że wystarcza doświadczenie w uruchomieniu i prowadzeniu roweru przez sześć miesięcy, przez które w aktualnych warunkach pogodowych trwa tylko sezon co powoduje brak doświadczenia poza sezonem. Logicznym jest także, że każdy dłuższy okres czasu daje zamawiającemu większą pewność co do prawidłowo dokonanego wyboru wykonawcy przedmiotowej usługi.

Izba również nie uznała za zasadne podnoszenie kwestii, że aktualnie tylko jeden wykonawca w Polsce spełnia wymóg doświadczenia na 300 rowerach przez okres 12 miesięcy a to z tej racji, że zamówienie jest o zasięgu europejskim (Ogłoszenie jest publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) oraz, że kontrakt na rower publiczny w Łodzi ma trwać od kwietnia 2016 roku do listopada 2019 roku.

W tym stanie rzeczy podnoszenie przez odwołującego naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez ustalenie wymogu doświadczenia w ocenie Izby jest nieuprawnione.

Reasumując powyższy zarzut odwołujący nie wykazał, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który jest: nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, nadmierny, wygórowany i naruszający równowagę pomiędzy wykonawcami. Jak również nie wykazał, że zamawiający poprzez zaproponowaną przez siebie treść SIWZ i Ogłoszenia doprowadził do możliwości wyeliminowania wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia oraz dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu umowy.

Przechodząc do kolejnego zarzutu odwołujący wskazał, iż zamawiający sporządzając Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) naruszył szereg przepisów ustawy, a w tym w szczególności art. 29 ust. 1 i 2. Przedmiot zamówienia nie dość, że jest opisany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, to dodatkowo opis dokonany został w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań mających wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto opisany przedmiot zamówienia faworyzuje jednego z wykonawców na rynku gdyż niemal dokładnie wymienia techniczne parametry stosowane tylko przez danego wykonawcę, mimo braku uzasadnienia dla takich żądań z punktu widzenia potrzeb dot. wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do wymogu tandemu, który to zarzut zamawiający uwzględnił, odwołujący podkreśla, że identyczna sytuacja ma miejsce w zakresie wymogów dot. kształtu i projektu terminala (B.III. 1.1.3 OPZ). Odwołujący wskazuje, iż rozwiązanie, projekt i kształt zasugerowany przez Wykonawcę nie znajduje uzasadnienia technicznego ani funkcjonalnego. Odwołujący wskazuje, że opisana propozycja kształtu terminala wraz z

załączonymi do OPZ zdjęciami niejako wprost wskazuje i sugeruje wykonawcom wykorzystanie i powielenie projektu wykorzystywanego obecnie m.in. w Warszawie przez jednego z wykonawców działających na rynku rowerów miejskich.

Odwołujący wskazuje, na identyczny zabieg zastosowany w SIWZ a dotyczący konstrukcji błotnika i osłony na koło. Odwołujący podkreśla, że zwyczajowo w systemach rowerów publicznych przyjmuje się, że osłona na koło oraz błotnik stanowią jedną część. Natomiast zamawiający pośrednio, poprzez opis kolorystyki (B.I.6.23. OPZ), zdaje się wymagać by osłona koła była częścią oddzielną niż błotnik. Rozwiązanie takie jest stosowane tylko przez jednego wykonawcę na polskim rynku, a więc narzucenie takiego (niewytłumaczonego z punktu widzenia potrzeb zamawiającego) rozwiązania jest wprost utrudnianiem uczciwej konkurencji i faworyzowaniem jednego z wykonawców działających na rynku.

Również do nieuprawnionych praktyk odwołujący przywołał postanowienia w zakresie serwera, jako utrudniającą uczciwą konkurencję. Niemniej zarzut ten pozostaje bez rozpoznania z powodu uwzględnienia w tym zakresie odwołania przez zamawiającego.

Odwołujący podnosi, że rozwiązania wymagane przez zamawiającego nie znajdują żadnego uzasadnienia i powinny zostać odpowiednio zmienione lub usunięte gdyż w obecnym brzmieniu utrudniają uczciwą konkurencję, a jednocześnie faworyzują jednego wykonawcę. Każde z tych rozwiązań zawartych w OPZ jest opisane w sposób zbyt rygorystycznie co do parametrów technicznych (nie dopuszczający rozwiązań alternatywnych), które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że ma tylko obowiązek uprawdopodobnienia czynu nieuczciwej konkurencji co do normy zawartej w art. 29 ust. 2 Pzp Wówczas na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu i to rolę zamawiającego jest udowodnienie, że do przedmiotowego naruszenia nie doszło. Podsumowując swoje stanowisko odwołujący wskazuje jednoznacznie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym postanowienia zawarte w SIWZ opis przedmiotu zamówienia rażąco naruszają zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący podnosi, iż SIWZ we wskazanych powyżej w uzasadnieniu punktach sporządzony został w sposób uniemożliwiający sporządzenie konkurencyjnych ofert - brakuje uszczegółowień technicznych, które mogłyby oszacować koszty, a tym samym cenę przedstawioną w ofercie. W ocenie odwołującego SIWZ mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy, który w praktyce może być uznany za niespełniający warunku udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu.

Izba odnosząc się do tej części zarzutów to jest kształtu i formy terminali opisanych w Załączniku do OPZ oraz kształtu i kolorystyki błotnika tylnego jak również osłony bocznej na tylnym kole roweru opisanym w OPZ nie stwierdza przede wszystkim okoliczności, że

podniesione zarzuty znajdują odzwierciedlenie w Opisie Przedmiotu Zamówienia jak i załączniku do niego. W związku z tym nie mogą świadczyć o naruszaniu zasad uczciwej konkurencji przez utrudnianie dostępu do rynku przez faworyzowanie jednego wykonawcy kosztem innych wykonawców w tym odwołującego. Po pierwsze interpretacja odwołującego postanowień SIWZ w zakresie błotnika i osłony na tylne koło roweru nie znajduje oparcia w istniejących zapisach OPZ. Sam fakt, że w różnych punktach OPZ opisany jest błotnik jak i osłona na tylne koło nie oznacza, że nie mogą stanowić jednego elementu na tylnym kole roweru. Tej okoliczności nie zaprzeczył a wręcz ją potwierdził zamawiający na rozprawie. Ponadto okoliczność, że w OPZ przewiduje się różne kolory dla błotnika i osłony na tylne koło nie oznacza również, że błotnik i osłona stanowiące jedną całość nie mogą być pomalowane różnymi kolorami farb. Tak więc kwestionowanego postanowienia w OPZ nie ma co do wymogu aby błotnik na tylnym kole i osłona na tylnym kole roweru stanowiły odrębne elementy roweru to jest tak jak u konkurenta odwołującego. W związku z powyższym skoro nie ma takiego wymogu w SIWZ to zarzut sformułowany, o nieistniejący wymóg, Izba uznaje za bezprzedmiotowy.

Po drugie zarzut narzucania określonego kształtu i formy terminali, które w ocenie odwołującego, ma tylko konkurent na rynku są nieuprawnione, ponieważ zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że kształty czy to prostokątne czy to w kształcie łuku są związane z obiektami tzw. malej architektury w mieście zamawiającego. Ponadto Izba posługując się doświadczeniem życiowym uznaje opisane kształty i formy terminali w załączniku do OPZ za standardowe czy często występujące np.; w parkometrach w miastach na terenie kraju. Reasumując powyższe zarzut ten jest nieuprawniony w szczególności nie utrudnia dostępu do rynku. Natomiast przedstawiane na rozprawie terminale z których korzysta odwołujący odbiegają od koncepcji zamawiającego. Tym bardziej, że żądania w tym zakresie odwołujący nie sformułował, Izba nie znajduje podstaw do narzucenia zamawiającego kształtów i form terminali odwołującego chociażby z tego powodu, że inni wykonawcy mogliby postawić zarzut nieuczciwej konkurencji. Ponadto odwołujący nawet nie uprawdopodobnił naruszenia praw autorskich konkurenta odwołującego, który rzekomo można spowodować opisem kształtu i wymiarów terminali w załączniku do OPZ zamawiającego. Reasumując zarzut narażenia się na naruszenie praw autorskich przez opisanie terminali w załączniku do OPZ, odwołujący nie uprawdopodobnił.

W tym stanie rzeczy w pozostałym zakresie jak zaznaczono w sentencji orzeczenia zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

Sygn. akt KIO 1993/15

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15.000,00zł i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: