

Sygn. akt: KIO 1140/15

POSTANOWIENIE
z dnia 15 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 15 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2015 r. przez **wykonawcę ZIBI Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Witrażowa 119** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Koleje Mazowieckie – KM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Lubelska 26**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ZIBI Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Witrażowa 119 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **dla Warszawy-Pragi.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem (leasing) zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 maja 2015r. za numerem 2015/S 095-172980.

W dniu 29 maja 2015r. wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) odwołanie wniósł wykonawca ZIBI Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Witrażowa 119. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 maja 2015r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 29 maja 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy)

1) Art. 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

2] Art. 29 ust. 1 ustawy przez opisanie wymagań dotyczących procesora w mobilnych kasach konduktorskich w sposób niejednoznaczny i uniemożliwiający zidentyfikowanie spełniania przez dostarczane urządzenie wymagań zamawiającego (Załącznik nr 9, Rozdział X punkt 1 siwz)

3) Art 29 ust 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia (w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz zgodnie z treścią uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów, gdyż będąca przedmiotem odwołania treść siwz uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty, a w konsekwencji powoduje szkodę w postaci nieuzyskania tego zamówienia.

W uzasadnieniu podniósł, że analiza treści przekazanej siwz jednoznacznie wskazuje, iż jedynym urządzeniem możliwym do zaoferowania w niniejszym postępowaniu jest produkt pod nazwą Pidion BIP-1500 producenta Bluebird (http://www.mypidion.com/product/product_tab.asp?bmenu=l&t idx=190).

Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które wskazuje w jego ocenie na to, że takie działanie zamawiającego jest niezgodne z treścią normy określonej w art 29 ust 2 wskazującej, iż: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.” Tytułem przykładu odwołujący powołał:

- wyrok KIO Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 września 2011 (sygn. akt KIO 1949/11, KIO 1954/11),
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2011, sygn. akt KIO 875/11
- wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r, sygn. akt II Ca 693/5,
- wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 698/14).
- wyrok KIO z 08.07.2011r. sygn. akt KIO 1344/11;
- wyrok KIO z dnia 06.12.2010r. sygn. akt KIO 2550/10).

Oraz kontrolę Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2013-01-11, KA/48/11:

Odwołujący w załączeniu przedstawił zestawienie możliwych do zaoferowania w niniejszym postępowaniu terminali wraz ze wskazaniem które z parametrów nie są spełniane przez poszczególne urządzenia.

Odwołujący zażądał modyfikacji poniższych zapisów siwz uniemożliwiających złożenie oferty odwołującemu:

1) Załącznik nr 9 do siwz, Rozdział X, punkt 3: Pamięć stała nie mniejsza niż 512 MB.

Odwołujący podniósł, że dzięki możliwości rozbudowy urządzenia o pamięć stałą w postaci karty SD wymóg 512 MB jest bezzasadny. Pamięć ta w większości przypadków jest zarezerwowana dla systemu operacyjnego i użytkownik do wykorzystania ma jedynie jej część widoczną w urządzeniu w postaci Flashisku. Nigdy rozmiar dostępnego miejsca w postaci Flashisku nie jest równy pełnemu obszarowi pamięci stałej urządzenia. Dlatego parametr ten nie powinien ograniczać konkurencji przez sztuczne ograniczenie parametru nie wpływającego na funkcje określone treścią siwz. Rozmiar tej pamięci jest ściśle związany z zastosowanym rozwiązaniem technicznym danego producenta. Jako dowód odwołujący powołał wycinek dokumentacji graficznie przedstawiający podział pamięci stałej na poszczególne obszary - Załącznik nr 2

W przypadku urządzenia, które odwołujący chce zaoferować pamięć stała wynosi 256 MB a urządzenie spełnia wszystkie funkcjonalności wymienione przez zamawiającego Wniósł o zmniejszenie wymogu pamięci stałej do wartości 256 MB.

2) Załącznik nr 9 do siwz, Rozdział X, punkty:

II) Wbudowany i zintegrowany z urządzeniem moduł płatności będący czytnikiem kart magnetycznych oraz kart chipowych.

12) wbudowany i zintegrowany z urządzeniem moduł lub funkcja modułu RFID/NFC umożliwiająca dokonywanie płatności bezgotówkowych na terenie Europy, w tym Polski:

1) moduł obsługi kart stykowych - obsługa kart stykowych (chip i pasek magnetyczny) minimum organizacji płatniczych VISA i MasterCard,

2) moduł obsługi kart zbliżeniowych - obsługa minimum kart zbliżeniowych Visa payWave i MasterCard PayPass,

13. Wbudowany i zintegrowany z mobilną kasą konдукorską certyfikowanych pin-pad, lub funkcja certyfikowanego pin-pada, połączony z urządzeniem np. złączem stykowym lub wbudowany w urządzenie jako wewnętrzna funkcja mobilnej kasy konдукorskiej. Pin-pad lub funkcja pin-pada służąca do autoryzacji transakcji płatniczych za pomocą kodu pin nie może być połączony z urządzeniem za pomocą kabla lub łączyć się bezprzewodowo za pomocą łącza radiowego. Certyfikowany pin-pad powinien posiadać wszystkie niezbędne certyfikaty konieczne do skutecznego przeprowadzenia transakcji płatniczej.

Za wyjątkiem jednego urządzenia, producenci terminali nie oferują rozwiązania wprowadzającego powyższe wymogi zamawiającego. Przyczyną nie jest jednak przewaga technologiczna urządzenia Pidion BIP-1500 w stosunku do innych dostępnych na rynku terminali, a jedynie względy bezpieczeństwa. Integracja tych czytników w urządzeniu konдукorskim (mobilnej kasie konдукorskiej) prowadzi bowiem, zdaniem odwołującego, do bardzo niebezpiecznej sytuacji, w której konдукtor musi przekazać swoje zalogowane narzędzie pracy do rąk podróznego w celu wpisania kodu PIN potwierdzającego płatność. W tym momencie urządzenie może zostać uszkodzone a dostęp do zasobów informatycznych zamawiającego zostaje nieumyślnie przekazany podróznemu. W momencie płatności podrózny dostaje do rąk jedynie certyfikowany pinpad, na którym autoryzuje swoją płatność i jednocześnie nie daje podróznemu możliwości przejęcia i dostania się do załogowanej aplikacji konдукtora. Główne narzędzie pracy (mobilna kasa konдукorską) cały czas w sposób bezpieczny pozostaje w rękach konдукtora mającego uprawnienia do jej obsługi. Pinpad jest jedynie końcówką pozwalającą na potwierdzenie i autoryzację płatności i służy głównie podróznemu a nie konдукtorowi. Rozdzielenie tych funkcji gwarantuje najwyższy poziom bezpieczeństwa i umożliwi znacznie wygodniejsze prowadzenie procesu obsługi płatności mobilnej.

Dodatkowo w przypadku aktualizacji i zmian wymagań technicznych stawianych przez organizacje płatnicze takie jak VISA i Mastercard dotyczących certyfikacji dla urządzeń płatniczych możliwa będzie łatwa wymiana modułu zewnętrznego na odpowiedni spełniający najnowsze standardy certyfikacji. W przypadku zintegrowania tej funkcji w terminalu może okazać się iż nie będzie możliwe późniejsze dostosowanie urządzenia do nowych wymagań. Cykl życia produktu (użyteczności) może zostać skrócony przez zewnętrzne czynniki niezależne od zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o modyfikację powyższych punktów o możliwość zastosowania certyfikowanego pin-pada do autoryzacji transakcji płatniczych podłączonego

do urządzenia przez zewnętrzny interfejs przewodowy lub bezprzewodowy (np. Bluetooth) i dopuszczenia komunikacji tych urządzeń za pomocą innych technologii w szczególności Bluetooth

3) Załącznik nr 9 do siwz, Rozdział X, punkt 1 - Wymagania dotyczące procesora: wyniki w testach wydajności SPB Benchmark Indices (www.spb.com) - CPU Index nie mniej niż 3000 pkt, File System Index nie mniej niż 3000 Pkt.

Odwołujący podniósł, że ani on ani żaden inny z wykonawców nie jest obecnie w stanie dokonać oceny czy zaoferowane przez niego urządzenie spełnia powyższy wymóg ponieważ ani strona www.spb.com (dowód: printscreen ze strony) ani oprogramowanie SPB Benchmark Indices nie jest obecnie dostępne. Bazowanie na historycznych wynikach stanowi ograniczenie konkurencji bowiem nie każdy z wykonawców takie wyniki posiada. Ponadto wykonawca ma też prawo wiedzieć czy oferowane urządzenie jest zgodne z treścią siwz przed wyznaczonym terminem na składanie ofert bowiem od tego uzależniony jest sens złożenia oferty.

W dniu 15 czerwca 2015r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego. Oświadczenie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: