

WYROK

z dnia 9 października 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2015 roku przez wykonawcę BIKEU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, upoważnionego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu Zamawiających: Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, Powiat Świdnicki w Świdniku oraz Gminę Miejską Świdnik przy udziale wykonawcy Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BIKEU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BIKEU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie upoważniony do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu Zamawiających: Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, Powiat Świdnicki w Świdniku oraz Gminę Miejską Świdnik - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Rozbudowa istniejącego systemu wypożyczania rowerów jakim jest Lubelski Rower Miejski. Inwestycja będzie realizowana wspólnie przez Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, Powiat Świdnicki w Świdniku oraz Gminę Miejską Świdnik*, ogłoszenie o którym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 11 września 2015 roku pod numerem 2015/S 176-318929.

21 września 2015 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów,
- naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia lub utrudnia uczciwą konkurencję,
- naruszenie art. 86 ust. 1 w związku z art. 86 ust 4 ustawy przez wymaganie SIWZ, aby wykonawca oznaczył kopertę ze składaną ofertą swoją nazwą i dokładnym adresem w sytuacji gdy, to dopiero podczas otwarcia ofert podają się nazwy i adresy wykonawców, ponieważ treść ofert do czasu ich otwarcia jest niejawna.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu zmianę opisu przedmiotu zamówienia na opis przedmiotu zamówienia, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji,
- nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z SIWZ wymagania umieszczenia na kopercie z ofertą nazwy i dokładnego adresu wykonawcy (pkt 10.7.3 SIWZ).

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku

naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Odwołujący wskazał, że naruszenie wskazanych przepisów, w oczywisty sposób ma istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ Opis przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję lub nawet z możliwością takiego utrudnienia, jest opisem przedmiotu zamówienia, który eliminuje z udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie. Uchybienia dokonane przez Zamawiającego mogą zostać naprawione przez nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Ustawy, wskazanymi w odwołaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Opis przedmiotu zamówienia stanowi określenie istoty przyszłej umowy i z tego powodu jest jednym z najważniejszych elementów SIWZ. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego w art. 29 ust. 1 obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w ustawie zasadami w tym z art. 7 ust. 1 stanowiącym, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Powyższą zasadę będącą dyrektywą ogólną wypełnia przepis art. 29 ust. 2 ustawy, który stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przygotował opis przedmiotu zamówienia, które w ocenie Odwołującego, uniemożliwia lub utrudnia uczciwą konkurencję. W ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający zamierza wybudować 42 stacje rowerowe w Lublinie oraz 5 nowych stacji rowerowych w Świdniku tj. łącznie 47 stacji.

W ramach wcześniejszego zamówienia na „Dostawę kompleksowego systemu wypożyczania rowerów jakim jest Lubelski Rower Miejski (LRM)” zrealizowanego na podstawie postępowania o nr ZP-PS.221.1.93.2013, Zamawiający wybudował 40 stacji rowerowych; w postępowaniu tym wybrana została oferta Nextbike Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie na kwotę 5 156 444,27 zł brutto, a Odwołujący złożył wówczas ważną ofertę na 5 690 000 zł brutto.

Następnie Zamawiający przeprowadził postępowanie na „Rozbudowę istniejącego systemu wypożyczania rowerów jakim jest Lubelski Rower Miejski” - postępowanie zostało unieważnione, ponieważ zaproponowana przez wykonawcę Nextbike Sp. z o.o. cena za realizację przedmiotowego zamówienia tj. 3 698 000,00 zł brutto przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tj. 2 549 999,00 zł.

Opis przedmiotu zamówienia przygotowany w obecnym postępowaniu wskazuje, że Zamawiający „uzależnił” się od pierwotnego wykonawcy systemu.

Zamawiający w SIWZ w Specyfikacji Sprzętu i Urządzeń wymaga m.in. aby: "Wykonawca zapewnił pełną kompatybilność dostarczonych stacji rowerowych z istniejącym systemem LRM". Zamawiający nie przedstawiła jednak żadnej szczegółowej dokumentacji technicznej system LRM zrealizowanego przez Nextbike Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ponadto Zamawiający nie wyjaśnił, jak należy rozumieć pełną kompatybilność Systemu. Rozumienie pojęcia pełna kompatybilność jest kluczowe dla przebiegu przedmiotowego postępowania, ponieważ w praktyce zupełną kompatybilność systemu może zapewnić tylko pierwotny wykonawca Systemu tj. Nextbike Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Należy podnieść, że w przypadku zamówień skomplikowanych co do przedmiotu oraz rozłożonych w czasie, dotyczących powiązanych ze sobą funkcjonalnie przedmiotów, w szczególności o mieszanym charakterze łączącym w sobie co najmniej dwa spośród trzech zamówień tj. dostaw, usług i robót budowlanych, niezwykle istotne jest określenie horyzontu czasowego i przedmiotowego zamówienia lub grupy powiązanych ze sobą zamówień z możliwie najwyższą starannością zgodnie z pełnym stanem posiadanej w danym momencie wiedzy. Ten bowiem moment jest w przeważającej większości przypadków decydujący dla wszelkich dalszych zamówień. Tylko takie kształtowanie procesu zamówienia, które uwzględni kompleksowo wymienione uwarunkowania pozwolić może na zachowanie najwyższej możliwej konkurencyjności postępowania oraz idącej za tym również racjonalności wydatkowania środków publicznych zgodnie z zasadą konieczności uzyskiwania możliwie najlepszych efektów przy minimalizacji kosztów, a także zgodnie zobowiązującym w tym zakresie ustawy, nie tylko na etapie inicjalnym, ale także w jego dalszych etapach.

W związku z powyższym należy uwzględnić tzw. Cykl życia systemu rowerowego - ciąg następujących po sobie faz związanych z funkcjonowaniem systemu w organizacji – od jego zbudowania aż po wycofanie z użytkowania.

Odpowiednie ukształtowanie architektury systemu pozwala z jednej strony trzymać w ryzach jego złożoność z drugiej zaś uniezależnia od dotychczasowego wykonawcy.

W praktyce oznacza to, iż system powinien być zbudowany z dobrze wyodrębnionych, niezależnych podsystemów (modułów), w idealnym stanie łatwo wymienialnych i zastępowalnych przez inny komponent dostępny na rynku lub wytworzony przez działającego w warunkach rynkowych dostawcę.

Architektura o opisanych wyżej właściwościach sprzyja prowadzenia prac rozwojowych przez niezależne podmioty wyłonione w konkurencyjnych trybach udzielania zamówień publicznych zwiększając konkurencję między nimi. Rozwiązanie takie wymaga jednak znacznej aktywności po stronie Zamawiającego, gdyż to on jest *de facto* odpowiedzialny za kształtowanie struktury systemu i za zapewnienie współdziałania podsystemów wykonanych przez niezależne podmioty.

Zamawiający ma jednak szereg narzędzi, którymi może przeciwdziałać sytuacji w której powstaje „uzależnienie” od jednego podmiotu. Do tego rodzaju narzędzi należy zaliczyć przepisy odnoszące się do specyfikacji technicznych (opisu przedmiotu zamówienia), które umożliwiają Zamawiającemu określenie przedmiotu zamówienia również za pomocą wymagań funkcjonalnych. Daje to m.in. możliwość sformułowania wymogu, aby zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie bądź też system był kompatybilny z innymi dostępnymi na rynku rozwiązaniami technicznymi, tak aby konieczność rozbudowy takiego systemu nie powodowała automatycznie konieczności korzystania z rozwiązań technicznych oferowanych tylko przez wykonawcę systemu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu działa jednak inaczej. Z jednej strony Zamawiający nie określił jak rozumie pełną kompatybilność z systemem LRM. Z drugiej strony Zamawiający postawił szereg wymagań, które jednoznacznie wskazują, że oczekuje oferty tylko od wykonawcy Nextbike Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający wymaga m.in. aby wymiary terminala były dokładnie takie jakie oferuje Nextbike Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tj. Wymiary terminala - wysokość max. 2,5 m. przy uwzględnieniu baterii słonecznej, szerokość max. 0,60 m, głębokość max 0,40 m. (pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia Specyfikacja sprzętu i urządzeń Wymagania dotyczące terminala).

Ponadto Zamawiający w ramach zamówienia wymaga m.in. dostarczenia stacji dokujących przeznaczonych dla dzieci, które muszą uniemożliwiać zapięcie elektrozamku roweru dla osób dorosłych (pkt 2.1.7. ppkt c Opisu przedmiotu zamówienia).

Ponadto Zamawiający wymaga wykonania i zaprezentowania Zamawiającemu w celu akceptacji wzorcowych rowerów (dla osób dorosłych i dla dzieci), które będą używane w systemie oraz wzorcowego uchwytu na rowery systemu LRM, który będzie zamontowany na

stacjach rowerowych (stacja dokująca) (pkt 3.2.1.1 SIWZ). Takie rozwiązanie jest stosowane tylko przez Nextbike Sp. z o.o.

Informacja ze strony: <https://www.veturilo.waw.pl/2Q15/08/13/veturiiko-w-warszawie-powstala-pierwsza-na-swiecie-stacja-rowerow-publicznvch-dla-dzied/> (13.08.2015) „operator systemu, Nextbike Polska, zdecydował się na wprowadzenie rowerków dla dzieci w wieku od 4 i od 6 lat. Dziesięć jednoślądów „Veturilko” dostępnych jest już na specjalnej stacji „Al. Niepodległości - Batorego”. Warszawski Rower Publiczny to prawdopodobnie pierwszy system na świecie, który w obrębie bezobsługowych wypożyczalni udostępnił takie rozwiązanie.” Powyższe ustalenie potwierdza również artykuł znajdujący się na portalu Onet.pl pod adresem <http://wiadomosci.onet.pl/warszawa/w-warszawie-powstala-pierwsza-na-swiecie-stacja-rowerow-publicznvch-dla-dzieci/km5a7v> „W Warszawie powstała pierwsza na świecie stacja rowerów publicznych dla dzieci.”

Podobnie wymaganie dotyczące stojaków rowerowych wskazują jednoznacznie, że Zamawiający oczekuje oferty tylko od Nextbike Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający wymaga aby stojaki rowerowe były wyposażone w elektrozamek umożliwiający zapięcie/wypięcie rowerów (zarówno nowodostarczonych jak i wchodzących w skład istniejącego systemu LRM) wraz z dodatkowym zapięciem.

W związku z powyższym należy podnieść, że zgodnie z wyrokiem KIO z 24 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 54/12) zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Ponadto w wyroku KIO z 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 2729/10) podniesiono, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dochodzi już w przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Należy także wskazać wyrok KIO z 20 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1314/13) Izba stwierdziła, że postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Utrudnieniem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony wykonawca. Natomiast w wyroku KIO z 20

marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09) Izba zważyła, iż z orzecnictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 86 ust. 1 w związku z art. 86 ust 4 ustawy należy wskazać, że Zamawiający zgodnie z pkt 10.7.3 SIWZ wymaga oznaczenia koperty w której ma znajdować się oferta nazwą i dokładnym adresem wykonawcy. Powyższe wymaganie nie ma żadnej podstawy prawnej i narusza art. 86 ust. 1 w związku z art. 86 ust 4 ustawy, ponieważ dane wykonawcy winny być ujawnione dopiero podczas otwarcia ofert. W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 września 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający, za pismem z dnia 6 października 2015 roku złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący złożył następujące dowody:

- dowód nr 1 - (8 kart) odpowiedzi na pytania z dnia 21 lipca 2015 r. tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie tego samego przedmiotu zamówienia, które zostało unieważnione,
- dowód nr 2 - (1 karta) informacja o unieważnieniu uprzednio prowadzonego postępowania w zakresie tego samego przedmiotu zamówienia,
- dowód nr 3 - (8 kart), tj. informacja o wyniku postępowania na budowę systemu wraz z pierwszymi stornami formularzy ofertowych Odwołującego oraz Przystępującego,
- dowód nr 6 – (2 karty) wydruk ze strony internetowej potwierdzony za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika wskazujący na to, że istnieją realne problemy z zakresem uprawnień do modyfikacji i zmiany systemu w Krakowie,
- dowód nr 7 - (6 kart), w tym pierwsza karta opracowanie własne Odwołującego podpisane przez pełnomocnika pana M. J. zawierające zestawienie postępowań i oferowanych kwot realizacji wraz z załączonym na 5 kartach wydrukami ze stron internetowych.

Uczestnik postępowania odwoławczego złożył następujące dowody:

- dowód nr 4 - umowa nr 21/ZDM/14 z dnia 20 lutego 2014 roku w przedmiocie dostawa kompleksowego systemu wyposażenia rowerów jakim jest Lubelski Rower Miejski (13 kart + 2 karty: aneks nr 1),
- dowód nr 5 - (10 kart) SIWZ na rozbudowę systemu KMK Bike w roku 2014 – 4 stacje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny

podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy *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*. Natomiast zgodnie z ust. 2 tego przepisu *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję* oraz ust. 3 *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”*.

Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy stanowi - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*.

Zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy *Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert* a w oparciu o art. 86 ust. 4 ustawy *Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach*.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu

cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

- I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1, 2 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała zarzut za niezasadny.

Niezbędnym do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą jest oznaczenie przedmiotu postępowania, wyczerpujące oraz jednoznaczne, pozwalające na porównanie złożonych w postępowaniu ofert. Wykonawcy składając oferty w postępowaniu odpowiadają na publiczne ogłoszenie, a Zamawiający będąc organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując swoje uprawnienia nie może kształtować w sposób negatywny sytuacji podmiotów ubiegających się o owe zamówienia publiczne przez niezrealizowanie obowiązków jakie nakłada na Zamawiającego ustawa. Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do *opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję natomiast w oparciu o ust. 3 Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfika przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny"*. Natomiast zaznaczyć należy, że *"Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne"* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2014 r., sygn. akt KIO 486/14) a zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach

danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2012 r., sygn. akt KIO 471/12).

Izba podziela argumentację przedstawioną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 września 2015 roku sygn. akt KIO 1869/15, w którym to wyroku wskazano: *Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań Zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz SIWZ nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji - one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz - stanowiące ich odzwierciedlenie - żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący, formułując swoje żądania wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp.*

W orzecznictwie podkreśla się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym. Istota kontradiktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Te postulaty znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz - a może przede wszystkim - w odpowiadających im żądaniach. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem przedstawieniu ogólnego niezadowolenia wykonawcy z określonych czynności lub zaniechań Zamawiającego, ale zmierza do uzyskania pewnego - czyniącego zadość interesom Odwołującego - stanu, znajdującego wyraz w postawionych żądaniach. Żądania wyznaczają bowiem oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. Jest to szczególnie istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub ogłoszenia. To żądania bowiem

wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub ogłoszenia. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Przechodząc do rozpoznania ukształtowanych przez Odwołującego zarzutów odwołania w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, Izba zaznacza, że poza nieprecyzyjnym, ogólnym żądaniem zawartym w odwołaniu Odwołujący w sposób pobieżny i również nieprecyzyjny, ogólnikowy wskazał zarzuty odwołania.

W zakresie lakonicznej argumentacji jaką zawarł Odwołujący w uzasadnieniu wskazanych podstaw prawnych jakie w jego ocenie naruszył Zamawiający, a jakie przywołał na wstępie odwołania, wskazał na brak określenia przez Zamawiającego na czym miałyby polegać pełna kompatybilność systemu jak również wskazał na brak przedstawienia szczegółowej dokumentacji technicznej systemu LRM.

Zaznaczyć należy w tym miejscu, że Odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnego argumentu wskazującego na to, że wymaganie kompatybilności systemu, w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest właśnie rozbudowa tego systemu, prowadzi do naruszenia przepisów ustawy. Odwołujący wskazując na to wymaganie odniósł się do postanowień

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartych w Załączniku nr 1 do SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia specyfika zamawianego sprzętu* wskazując na punkt *Specyfikacja sprzętu i urządzeń* w zasadzie zacytował postanowienie z części *Stacje rowerowe Wymagania ogólne*. Odwołujący pominął w ogóle dalsze postanowienie specyfikacji sprzętu i urządzeń i nie odniósł się do nich w swojej argumentacji przedstawionej w odwołaniu, jak również nie argumentował na rozprawie. Zamawiający wskazał, że elementy i urządzenia systemu LRM, dostarczone w ramach przedmiotowego zamówienia muszą być kompatybilne z istniejącym w funkcjonującym systemie LRM, czyli dostarczone rowery muszą zapewniać możliwość trwałego zamocowania w elektrozamku jednocześnie istniejących jak i dostarczanych stojaków systemu LRM, a także dostarczone stojaki systemu LRM muszą umożliwiać trwałe zamocowanie istniejących i nowych rowerów systemu LRM w elektrozamku. Również dostarczany do systemu LRM terminal, musi być wyposażony w moduł umożliwiający komunikację stacji rowerowych. Zamawiający słusznie wskazał, że w poszczególnych szczegółowych punktach specyfikacji sprzętu i urządzeń znajdują się postanowienia, które wyjaśniają, co Zamawiający rozumie pod pojęciem rozwiązań kompatybilnych z posiadanym już systemem. W punkcie 7 *Stacje rowerowe Wymagania dotyczące terminala* wyjaśnił Zamawiający m.in. pojęcie kompatybilności dotyczącej komunikacji pomiędzy stajami rowerowymi, natomiast w punkcie 20 części *Rowery z wyposażeniem* Zamawiający opisał, czym charakteryzować się ma kompatybilne z istniejącym system LRM zapięcie elektroniczne. Zaznaczyć również należy, że Zamawiający w załączniku nr 7 i 8 do *Opisu szczegółowych wymagań Zamawiającego dotyczących rozbudowy kompleksowego systemu wypożyczania rowerów pn. Lubelski Rower Miejski (LRM)* przedstawił rysunki techniczne zawierające szczegółowe opisy techniczne adaptera i łącznika do adaptera – wskazał na rozprawie Zamawiający, że urządzenia przygotowane zgodnie z tymi rysunkami, będzie można wpiąć i wypiąć z istniejącego u Zamawiającego systemu. Z uwagi na brak odniesienia się przez Odwołującego do tych postanowień specyfikacji, jak również z uwagi na brak argumentacji w tym zakresie Izba uznała zarzut braku określenia kompatybilności z systemem za niezasadny. Dodać w tym miejscu należy również, że Odwołujący powołując się w odwołaniu na brak przedstawienia szczegółowej dokumentacji technicznej istniejącego systemu nie wskazał w jakim zakresie niezbędna byłaby ta dokumentacja, jakiej dokumentacji technicznej Zamawiający nie przedstawił jak również nie odniósł się do tej dokumentacji, która była załączona do specyfikacji, jak choćby wskazane powyżej załączniki nr 7 i 8 do *Opisu szczegółowych wymagań Zamawiającego dotyczących rozbudowy kompleksowego systemu wypożyczania rowerów pn. Lubelski Rower Miejski (LRM)*. Zaznaczyć należy również, że Odwołujący wskazując dowód nr 1 – pochodzący z unieważnionego przez Zamawiającego postępowania w tym samym przedmiocie – odwołał

się do udzielonych tam wyjaśnień Zamawiającego, wskazując, że brak określenia na czym polega kompatybilności z posiadanym systemem stanowi problem „tego postępowania”. Co istotne w ocenie Izby Odwołujący nie skupił się na prowadzonej obecnie procedurze tylko starał się odwrócić uwagę od szczegółowych postanowień dokumentacji postępowania. Izba dopuściła zawnioskowany przez Odwołującego dowód, jednakże w ocenie Izby potwierdza on to, że Zamawiający uwzględniając doświadczenia z wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w tym samym przedmiocie, które zostało unieważnione, uwzględnił potrzebę dookreślenia informacji dotyczących kompatybilności z istniejącym systemem LRM oraz załączył do dokumentacji postępowania niezbędne dokumenty. Zaznaczyć należy, że Odwołujący nie wykazał, a Zamawiający to oświadczył, że nie oczekuje złożenia ofert w przedmiocie identycznym jak system, który posiada, tylko kompatybilny z posiadanym. Odwołujący ponownie wskazując na unieważnione postępowanie w tym samym przedmiocie i odwołując się do informacji o unieważnieniu postępowania (dowód nr 2) wskazywał, że błędy w opisie przedmiotu zamówienia skutkowały koniecznością unieważnienia postępowania z uwagi na złożenie oferty, której wartość przekraczała kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia z uwagi na brak konkurencji – w ocenie Izby dowód ten nie ma znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy z uwagi na to, że dotyczy zupełnie innego postępowania o udzielenie zamówienia a Odwołujący nie wykazał, że przedmiot obu zamówień był identyczny oraz że jego opis naruszał konkurencję.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty jedynie przez obecnego uczestnika postępowania odwoławczego. W ocenie Izby Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił tego faktu. Odwołujący wskazał na wymiary terminala, podnosząc, że Zamawiający wymaga aby były identyczne jak oferuje uczestnik postępowania odwoławczego. Jednakże nie odniósł się Odwołujący do tego, że wymiary terminala zostały określone jako wartości maksymalne – wysokość max. 2,5 m przy uwzględnieniu baterii słonecznej, szerokość max. 0,60 m, głębokość max. 0,40 m. jednocześnie Odwołujący w zupełności pominął fakt, że powoływanym przez siebie postępowaniu na budowę systemu LRM również w ten sposób Zamawiając określił wymiary terminala a Odwołujący złożył ofertę; co potwierdza, że może złożyć ofertę odpowiadającą tym parametrom maksymalnym. Izba dopuściła dowód z dokumentów: (dowód nr 3) informacja o wyniku postępowania na budowę systemu wraz z pierwszymi stornami formularzy ofertowych Odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego. W ocenie Izby składając te dowody Odwołujący potwierdził, że składając ofertę na wykonanie systemu, która to oferta nie podlegała odrzuceniu, oferował rozwiązania, których jak wskazywał Zamawiający na rozprawie w zakresie obecnie prowadzonej procedury wymagania techniczne nieuległy zmianie w stosunku do pierwotnego postępowania na system LRM a jedynie została określone

dotatkowe wymaganie kompatybilności z istniejącą infrastrukturą systemu LRM. Również złożona przez uczestnika postępowania odwoławczego kopia umowy nr 21/ZDM/14 z dnia 20 lutego 2014 roku w przedmiocie dostawa kompleksowego systemu wyposażenia rowerów jakim jest Lubelski Rower Miejski (dowód nr 4) potwierdza w swej treści wymagania zamawiającego w ówczesnym postępowaniu w zakresie wymiarów terminala.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego wymagań Zamawiającego dotyczących: wymiarów terminala, stacji dokujących przeznaczonych dla dzieci, które muszą umożliwiać zapięcie elektrozamku roweru dla osób dorosłych oraz wykonania i zaprezentowania Zamawiającemu w celu akceptacji wzorcowych rowerów dla osób dorosłych i dla dzieci, które będą używane w systemie, jak również wzorcowego uchwytu na rowery systemu LMR, które będą zamontowane na stacja dokujących a także wymagania aby stojaki rowerowe były wyposażone w elektrozamek umożliwiający zapięcie/wypięcie rowerów zarówno nowo dostarczonych jak i wchodzących w skład istniejącego systemu LRM wraz z dodatkowym zapięciem – Izba wskazuje, że Odwołujący nie poczynił żadnej argumentacji, która wskazywałaby, że wymagania te mają ograniczyć konkurencję jak również, że tylko uczestnik postępowania odwoławczego może złożyć ofertę. W zasadzie w odwołaniu nie ma argumentacji a jedynie głośowne stwierdzenie Odwołującego. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawną. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które*

powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy, należy wskazać, że Odwołujący podał podstawę prawną, przytoczył wymagania Zamawiającego odnośnie przedmiotu i napisał, że oczekuje on oferty uczestnika postępowania odwoławczego. Jednakże w żadne sposób nie wykazał, czyli nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego swoich twierdzeń dlaczego tak twierdzi, nie odniósł się również do tego czy stanowi to przyczynę niemożliwości złożenia oferty przez Odwołującego – w zasadzie Odwołujący nie zbudował żadnych zarzutów w tym zakresie.

Za stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie można jedynie na marginesie wskazać, że zawarł on w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zapewniających kompatybilność z istniejącym systemem LRM. Przedstawiając wcześniej już wskazane rysunki techniczne adaptera mocowanego do ramy rowerów (zał. 7 i 8), który jest wpinany w elektrozamek, co pozwala wykonawcom na przygotowanie rozwiązań pozwalających na wpięcie do elektrozamków istniejącego systemu oraz wpięcie w elektrozamki do nowych stacji obecnie używanych rowerów. Zamawiający pozostawił dowolność co do kształtu i budowy elektrozamków, nie wskazuje konkretnego modelu czy producenta.

W zakresie wymagań dotyczących rowerów dla dzieci ukształtowanych przez Zamawiającego, brak argumentacji Odwołującego pozwala jedynie na konkluzję, że to Zamawiający decyduje o przedmiocie zamówienia a przedmiot ten jest odzwierciedleniem potrzeb społecznych. Zamawiający skupia się na celu jakim ma służyć przedmiot zamówienia i w jego ocenie istnieje uzasadniona potrzeba uruchomienia stacji rowerków dziecięcych w mieście Lublin. Zamawiający wskazał również, co i uczestnik postępowania odwoławczego argumentował, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie rowerków dziecięcych nie narzuca zastosowania konkretnego modelu roweru, wymagania co do rowerków są dość ogólne i tym samym nie ograniczają możliwości ich pozyskania, nie ma

ograniczeń co do technologii, wymagają one dokładnie tych samych elementów, tzn. np. elektrozamków, co normalne, duże rowery, a także zaoferowanie rozwiązania obejmującego rowerki dla dzieci nie jest objęte żadnym patentem ani innym prawem wyłącznym, tym samym każdy z wykonawców może dostarczyć takie rozwiązanie. Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej *działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi.* (wyrok KIO z 21.09.2010 r., sygn. akt KIO 1954/10; podobnie KIO w wyroku z 26.09.2011r. sygn. akt KIO 1995/11).

Argumentacja Odwołującego podnoszona na rozprawie dotycząca bądź to wydzielenia do osobnego pakietu, postępowania rowerów dla dzieci jak również argumentacja odnosząca się do składania ofert równoważnych w postępowaniu stanowiła nieuprawnione rozszerzanie zarzutów odwołania, dlatego Izba argumentacji tej przy ocenie odwołania nie brała pod uwagę.

Izba uznała, że dowody (dowód nr 5) SIWZ na rozbudowę systemu KMK Bike w roku 2014 – 4 stacje, (dowód nr 6) wydruk ze strony internetowej wskazujący na to, że istnieją realne problemy z zakresem uprawnień do modyfikacji i zmiany systemu w Krakowie oraz (dowód nr 7) pierwsza karta opracowanie własne Odwołującego zawierające zestawienie postępowań i oferowanych kwot realizacji wraz z załączonym na 5 kartach wydrukami ze stron internetowych nie mają, w obliczu wyżej poczynionych ustaleń i oceny podniesionej przez Odwołującego argumentacji, znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Odnoszą się one bowiem do elementów i zostały przedstawione na potwierdzenie takich twierdzeń, które nie znajdują umocowania w treści odwołania.

- II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 86 ust. 1 ustawy w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba w zakresie tego zarzutu podziela w pełni argumentację Zamawiającego. Należy się zgodzić, że konieczność oznaczenia koperty nazwą i dokładnym adresem wykonawcy składającego ofertę jest wymaganiem czysto instrukcyjnym, które nie rodzi po stronie wykonawcy żądanych skutków w przypadku nieopisania koperty. Jednocześnie należy zaznaczyć, że wymaganie to ma istotny element porządkowy jak również dający wykonawcy maksimum pewności w zakresie niejawności informacji zawartych w ofercie, w przypadku gdy Zamawiający zobowiązany będzie, zgodnie z przepisami ustawy do zwrotu oferty (art. 84 ust.2 ustawy). Również w przypadku skorzystania przez wykonawcę z instytucji wycofania

oferty z postępowania o zamówienie publiczne bądź zmiany oferty (art. 84 ust. 1 ustawy) opisanie koperty nazwą i adresem wykonawcy wydaje się być nie tyle przydatne co niezbędne. Przepisy, na które powołuje się Odwołujący zakazują zapoznania się z zawartością oferty przed upływem terminu ich otwarcia co nie wyklucza a na pewno nie stanowi negatywnej przesłanki zamieszczenia nazwy i adresu wykonawcy na kopercie. Słusznie również wskazał Zamawiający, że nieuniknione jest podanie tych informacji w liście przewozowym bądź na kopercie w sytuacji doręczenia oferty Zamawiającemu za pośrednictwem poczty bądź przesyłki kurierskiej. Fakt, że w trakcie otwarcia ofert podaje się między innymi nazwę wykonawcy i adres (art. 86 ust. 4 ustawy) nie przesądza, że jest to informacja, która nie może być zamieszczona na kopercie, a na pewno nie stanowi o naruszeniu przepisów ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami). Zamawiający przed zamknięciem rozprawy złożył spis kosztów, jednakże nie złożył rachunków, które są niezbędne do tego aby Izba mogła zgodnie z ww. rozporządzeniem zasądzić stosowne koszty Stronie.

Przewodniczący: