

Kraków, 18.07.2017r.

ZDW/PW/2017/4746 /DN4/ EG  
Znak sprawy: ZDW-DN-4-271-59/17

Wg rozdzielnika

Dotyczy: **postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim cz. II: Zadanie nr 1 – Rozbudowa sieci akceptacji kart MKA – dostawa i montaż automatów MKA na przystankach SKA, węzłach przesiadkowych, w miastach Partnerów MKS oraz pociągach”** ZDW-DN-4-271-59/17

Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm., zwanej dalej ustawą PZP) informuje, iż w dniu 17.07.2017r. został poinformowany o wniesieniu w ramach przedmiotowego postępowania odwołania przez Wykonawcę Mera Systemy Sp. z o.o., ul. Mariana Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki dotyczącego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu.

W załączeniu Zamawiający przekazuje przesłaną przez Odwołującego kopię przedmiotowego odwołania.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie art. 185 ust. 2 Ustawy PZP Wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania wskazując stronę, do której przystępują, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

DYREKTOR

mgr inż. Marta Maj

Otrzymują:

1 x wg rozdzielnika  
1 x DN-4 a/a  
www.zdw.krakow.pl

TNY  
/

Warszawa, dnia 17 lipca 2017 r.

ZARZĄD DRÓG WOJEWÓDZKICH  
W KRAKOWIE  
30-085 Kraków ul. Głowackiego 56  
Data  
Gorz. 17. 07. 2017 zał.  
[Signature]  
Nr Dz. .... podpis. ....

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa

Zamawiający:  
Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie  
ul. Głowackiego 56  
30-085 Kraków  
fax: 12 446 57 02  
e-mail: i.gesiarz@zdw.krakow.pl

Odwołujący:  
Mera Systemy Sp. z o.o.  
ul. Mariana Langiewicza 16  
05-825 Grodzisk Mazowiecki  
fax: +48 22 731 76 34  
e-mail: biuro@mera.org.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim cz. II: Zadanie nr 1 – Rozbudowa sieci akceptacji kart MKA – dostawa i montaż automatów MKA na przystankach SKA, węzłach przesiadkowych, w miastach Partnerów MKA oraz pociągach” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.07.2017 r. nr 2017/S 128-260579)

### ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Mera Systemy Sp. z o.o. niniejszym wnosi odwołanie wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz na postanowienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

[Signature]

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- (1) naruszenie art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 Pzp oraz art. 22d ust. 1 Pzp poprzez określenie wymagań przy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w sposób nieproporcjonalny, nieadekwatny oraz nadmierny i niezgodny ze wskazanymi wyżej przepisami w związku z postawieniem przez Zamawiającego warunku, aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem opisanym w pkt 3.1.3. ppkt 2) SIWZ oraz Sekcji III.1.3 pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym musi wykazać, że zrealizował:

- 1) *Zadanie obejmujące dostawę co najmniej 20 automatów biletowych mobilnych, funkcjonujących w transporcie kolejowym, skomunikowanych z komputerem pokładowym pociągu, posiadających dokumenty potwierdzające zgodność z normami określonymi w OPZ dotyczącymi funkcjonowania tych automatów w transporcie kolejowym na terenie kraju, gdzie realizowana była dostawa, których przeznaczeniem była sprzedaż usług związanych z publicznym transportem zbiorowym:*

*Automaty będące przedmiotem takiej dostawy musiały:*

- *być skomunikowane z niezależnym od producenta automatów systemem informatycznym, który to system informatyczny stanowił źródło danych dotyczących sprzedawanych w tym systemie usług*
- *obejmować co najmniej następujące funkcjonalności:*
  - *posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w bilonie,*
  - *posiadały podzespoły, które umożliwiały opłaty za usługi dostępne w automacie przy użyciu kart płatniczych zbliżeniowo oraz poprzez terminal płatniczy posiadający możliwość autoryzacji transakcji kodem PIN,*
  - *posiadały podzespoły, które umożliwiały przeprowadzenie transakcji polegających na zakupie usług dostępnych w aplikacji sprzedażowej w automacie i zapisie ich na karcie bezstykowej typu karta miejska,*
  - *funkcjonowały w oparciu o aplikację sprzedażową, która nie była aplikacją producenta automatów, a aplikacją dedykowaną do sprzedaży usług dostępnych w systemie informatycznym, którego to systemu automaty były terminalami sprzedażowymi.*

- (2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewłaściwy, niejasny, a ponadto utrudniający uczciwą konkurencję:

1. poprzez zawarcie w pkt 1.1. Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ (dalej: OPZ):
    - a) wymogu dot. producenta automatów, polegającego na posiadaniu co najmniej:
      1. działu produkcji zatrudniającego co najmniej 30 osób
      2. działu rozwoju zatrudniającego co najmniej 10 osób
      3. działu prototypowania zatrudniającego co najmniej 5 osób,
    - b) wymogu dot. posiadania przez Producenta oferowanych przez Wykonawcę automatów biletowych co najmniej 5-letniego doświadczenia w produkcji automatów biletowych mobilnych na tej linii produkcyjnej.
  
  2. poprzez wyznaczenie w Załączniku nr 1 do OPZ (str. 1) zbyt krótkiego terminu realizacji dostaw dla Grupy 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10:  
Grupa 1 – 45 dni od podpisania umowy  
Grupa 2 - 60 dni od podpisania umowy  
Grupa 3- 60 dni od podpisania umowy  
Grupa 4 – 60 dni od podpisania umowy  
Grupa 8 – 45 dni od wezwania Zamawiającego  
Grupa 9 – 90 dni od daty podpisania umowy  
Grupa 10 – 45 dni do wezwania Zamawiającego  
  
jako terminu nierealnego, obiektywnie niemożliwego do dochowania.
  3. poprzez wyznaczenie w OPZ pkt.1.2 – akapit 3 ,15-dniowego terminu realizacji dostawy automatów testowych z każdego typu automatów będących przedmiotem zamówienia jako terminu nierealnego, obiektywnie niemożliwego do dochowania
- (3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem Wykonawcy zapoznając się z treścią zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, podejmują decyzję o swoim udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nadmierne i nieproporcjonalne wymagania Zamawiającego, o których mowa powyżej mogą powodować nieuzasadnioną rezygnację z udziału w postępowaniu, a także utrudniać konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wnosi o:

- (1) uwzględnienie odwołania w całości;

(2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez:

- a) zmianę warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 3.1.3 ppkt 2) SIWZ oraz odpowiednią zmianę w Sekcji III.1.3 pkt 2 Ogłoszenia, który otrzymać winien brzmienie:
- 2) Zadanie obejmujące dostawę co najmniej 20 automatów biletowych mobilnych, funkcjonujących w transporcie publicznym, posiadających dokumenty potwierdzające zgodność z normami określonymi w OPZ dotyczącymi funkcjonowania tych automatów w transporcie publicznym na terenie kraju, gdzie realizowana była dostawa, których przeznaczeniem była sprzedaż usług związanych z publicznym transportem zbiorowym: Automaty będące przedmiotem takiej dostawy musiały:*
- *być skomunikowane z niezależnym od producenta automatów systemem informatycznym, który to system informatyczny stanowił źródło danych dotyczących sprzedawanych w tym systemie usług*
  - *obejmować co najmniej następujące funkcjonalności:*
    - *posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w banknotach i bilonie,*
    - *posiadały podzespoły, które umożliwiały opłaty za usługi dostępne w automacie przy użyciu kart płatniczych zbliżeniowo oraz poprzez terminal płatniczy posiadający możliwość autoryzacji transakcji kodem PIN,*
    - *posiadały podzespoły, które umożliwiały przeprowadzenie transakcji polegających na zakupie usług dostępnych w aplikacji sprzedażowej w automacie i zapisie ich na karcie bezstykowej typu karta miejska,*
    - *funkcjonowały w oparciu o aplikację sprzedażową, która nie była aplikacją producenta automatów, a aplikacją dedykowaną do sprzedaży usług dostępnych w systemie informatycznym, którego to systemu automaty były terminalami sprzedażowymi.*
- b) wykreślenie z pkt 1.1. OPZ wymogu dot. producenta automatów polegającego na posiadaniu co najmniej:
1. działu produkcji zatrudniającego co najmniej 30 osób
  2. działu rozwoju zatrudniającego co najmniej 10 osób
  3. działu prototypowania zatrudniającego co najmniej 5 osób
- jako zapisu nieprecyzyjnego, będącego jednocześnie warunkiem udziału w postępowaniu, który nie został określony w zapisach Ogłoszenia oraz SIWZ, a jednocześnie będącym zapisem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji,

- c) wykreślenie z pkt 1.1. OPZ zapisu dot. wymogu dot. posiadania przez Producenta oferowanych przez Wykonawcę automatów biletowych co najmniej 5-letniego doświadczenia w produkcji automatów biletowych mobilnych na tej linii produkcyjnej, jako zapisu będącego jednocześnie warunkiem udziału w postępowaniu, który nie został określony w zapisach Ogłoszenia oraz SIWZ, a jednocześnie będącym zapisem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji,
- d) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ (Załącznika nr 1 do OPZ) w zakresie wskazanych terminów dostaw dla Grupy 1, 2, 3, 4, 8, 9 oraz 10 oraz na zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, tj. na terminy realne, możliwe do zachowania, uwzględniające wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia. Jako realny termin wykonania dla każdej ze wskazanych Grup Odwołujący wskazuje termin 210 licząc od dnia podpisania umowy z Zamawiającym.
- e) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści OPZ pkt.1.2 – akapit 3 w zakresie wskazanych terminów dostaw automatów testowych – każdego rodzaju - na zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, tj. na terminy realne, możliwe do zachowania, uwzględniające wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia. Jako realny termin wykonania dla każdej ze wskazanych typów automatów testowych Odwołujący wskazuje termin 150 dni licząc od dnia podpisania umowy z Zamawiającym.

#### Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2017 r., zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Wynosi on bowiem zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp 10 dni i upływa w dniu 17 lipca 2017 r.

#### Naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia

W wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu w treści SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób ograniczający konkurencję, a zatem w sposób naruszający przepisy Pzp, interes Odwołującego może doznać uszczerbku, albowiem pomimo posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania dostaw stanowiących przedmiot zamówienia, wobec wskazanych w niniejszym postępowaniu uchybień Zamawiającego, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść szkodę z tym związaną.

## UZASADNIENIE

W dniu 7 lipca 2017 r. Zamawiający na stronie internetowej umieścił opublikowane tego dnia Ogłoszenie o zamówieniu 2017/S 128-260579 oraz SIWZ.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Odwołujący niniejszym wskazuje, co następuje.

### I. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 a i 1b pkt 3 Pzp oraz art. 22d ust. 1 Pzp

(1) Zamawiający dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej w Sekcji III.1.3 pkt 2 Ogłoszenia oraz w Rozdz. II pkt 3.1.3 SIWZ poprzez sformułowanie wymogu polegającego na wykazaniu się, że wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

1) Zadanie obejmujące dostawę co najmniej 20 automatów stacjonarnych, których przeznaczeniem była sprzedaż usług związanych z publicznym transportem zbiorowym: Automaty będące przedmiotem takiej dostawy musiały:

- być skomunikowane z niezależnym od producenta automatów systemem informatycznym, stanowiącym źródło danych dotyczących sprzedawanych w tym systemie usług
- Obejmować co najmniej następujące funkcjonalności:
  - posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w banknotach i bilonie,
  - posiadały podzespoły, które umożliwiały opłaty za usługi dostępne w automacie przy użyciu kart płatniczych zbliżeniowo oraz poprzez terminal płatniczy posiadający możliwość autoryzacji transakcji kodem PIN,
  - posiadały podzespoły, które umożliwiały przeprowadzenie transakcji polegających na zakupie usług dostępnych w aplikacji sprzedażowej w automacie i zapisie ich na karcie bezstykowej typu karta miejska,
  - realizowały funkcję polegającą na przeniesieniu zakupionej wcześniej w systemie informatycznym usługi na kartę bezstykową typu karta miejska,
  - funkcjonowały w oparciu o aplikację sprzedażową, która nie była aplikacją producenta automatów, a aplikacją dedykowaną do sprzedaży usług dostępnych w systemie informatycznym, którego to systemu automaty były terminalami sprzedażowymi.

- 2) Zadanie obejmujące dostawę co najmniej 20 automatów biletowych mobilnych, funkcjonujących w transporcie kolejowym, skomunikowanych z komputerem pokładowym pociągu, posiadających dokumenty potwierdzające zgodność z normami określonymi w OPZ dotyczącymi funkcjonowania tych automatów w transporcie kolejowym na terenie kraju, gdzie realizowana była dostawa, których przeznaczeniem była sprzedaż usług związanych z publicznym transportem zbiorowym:

Automaty będące przedmiotem takiej dostawy musiały:

- być skomunikowane z niezależnym od producenta automatów systemem informatycznym, który to system informatyczny stanowił źródło danych dotyczących sprzedawanych w tym systemie usług
  - obejmować co najmniej następujące funkcjonalności:
    - posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w bilonie,
    - posiadały podzespoły, które umożliwiały opłaty za usługi dostępne w automacie przy użyciu kart płatniczych zbliżeniowo oraz poprzez terminal płatniczy posiadający możliwość autoryzacji transakcji kodem PIN,
    - posiadały podzespoły, które umożliwiały przeprowadzenie transakcji polegających na zakupie usług dostępnych w aplikacji sprzedażowej w automacie i zapisie ich na karcie bezstykowej typu karta miejska,
    - funkcjonowały w oparciu o aplikację sprzedażową, która nie była aplikacją producenta automatów, a aplikacją dedykowaną do sprzedaży usług dostępnych w systemie informatycznym, którego to systemu automaty były terminalami sprzedażowymi.
- 3) Zadanie obejmujące dostawę co najmniej 20 automatów biletowych stacjonarnych lub mobilnych oraz świadczenie usług serwisu i konserwacji tych automatów
- Serwis i konserwacja będące przedmiotem takiego zadania musiały uwzględniać co najmniej następujące czynności:
- Pełnienie nadzoru nad poprawnością działania automatów w sposób zdalny za pomocą dedykowanej aplikacji przeznaczonej do monitorowania pracy automatów biletowych,
  - Usuwanie powstałych awarii podzespołów automatów,
  - Konserwację polegającą na okresowym czyszczeniu automatów z zabrudzeń powstałych w wyniku pracy podzespołów drukujących, czyszczenia wnętrza automatu z zanieczyszczeń przedostających się z zewnątrz, konserwacji podzespołów zgodnie z wymogami wynikającymi z zapisów dokumentacji podzespołów.
- 4) Zadanie o wartości co najmniej 2 mln zł polegające na dostawie i montażu w terenie co najmniej 70 urządzeń stanowiących element systemu informatycznego i będących z tym



systemem skomunikowane wraz z wykonaniem koniecznej infrastruktury, tj. kanalizacji teletechnicznej zapewniającej komunikację i zasilanie dostarczanych urządzeń

- 2) Odwołujący wskazuje, że Pzp co prawda nie definiuje pojęcia proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 1a Pzp, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, niemniej jednak można posłużyć się tutaj poglądami doktryny: *"Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. "Proporcjonalny" oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywalnym. Pojęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń ETS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc to tyle, co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Lex nr 84270, ETS wskazała, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (Prawo zamówień publicznych - Komentarz, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, 4 Wydanie, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2010, s. 159-160). Określenie proporcjonalny, przy uwzględnieniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp (jednej z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych) to również taki sposób prowadzenia postępowania, który nie ogranicza konkurencji. Celem bowiem tworzenia opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest to, aby określone zamówienie było wykonywane przez podmiot, który rzeczywiście jest w stanie udźwignąć dane zamówienia pod każdym względem. Opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie może natomiast przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia, a w ocenie Odwołującego z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia. Wykonawcy winni bowiem co do zasady mieć możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie czynności podobnych (zbliżonych) do tego, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie tylko czynnościami, które są niemal identyczne jak te objęte zamówieniem.*
- 3) Dodatkowo, orzecznictwo KIO podnosi, że *"Opis warunku powinien być jedynie związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, z przepisu tego wynika, że opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co – jak wynika z orzecznictwa TS UE - oznacza, że nie może być nadmierny.*

(wyrok KIO z 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1431/15). Z kolei w wyroku z dnia 14 lipca 2005 r. (sygn. akt 1393/15) Izba podniosła, że *Zrozumiała jest troska Zamawiającego o zapewnienie wykonania zamówienia przez wykonawcę posiadającego odpowiednie – w jego ocenie – doświadczenie, ale trudno zaakceptować pogląd, że takie doświadczenie posiadają jedynie podmioty, które wykonały wcześniej zamówienie tożsame czy nawet identyczne z zamówieniem będącym przedmiotem zamówienia.*

- 4) W świetle przywoływanej linii orzeczniczej niedopuszczalne, jako ograniczające uczciwą konkurencję, jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu identyczny jak przedmiot zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmi należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania (tak KIO w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 938/14).
- 5) Zdaniem Odwołującego wymaganie od Wykonawcy wykazaniem się doświadczeniem w sposób opisany w Ogłoszeniu i SIWZ narusza zasady, o których mowa powyżej. Dodatkowo, wskazać należy, że rynek producentów automatów biletowych jest w Polsce bardzo ograniczony, działa na nim tylko 2 producentów automatów biletowych, których produkty mogą spełnić zapisy Opz niniejszego zamówienia.
- 6) Z treści Uchwały KIO z dnia 11 marca 2014 r. w sprawie KIO/KU 18/14 bezpośrednio wynika, że użyte przez ustawodawcę sformułowanie posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia oznacza, że *"dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania realizacji zamówienia"*.
- 7) Pragniemy zwrócić uwagę, że zgodnie z wiedzą Odwołującego, z w zakresie opisanego przez Zamawiającego warunku dotyczącego wykonania dostaw co najmniej 20 automatów biletowych mobilnych, funkcjonujących w transporcie kolejowym, skomunikowanych z komputerem pokładowym pociągu, w ciągu ostatnich 3 lat zrealizowano na terenie Polski jedynie 1 dostawę. Była to dostawa na potrzeby pociągów Małopolskich Kolei Aglomeracyjnych – w ilości 26 sztuk. Automaty dostarczone do MKA stanowią również fragment systemu

Małopolskiej Kart Aglomeracyjnej i zostały dostarczone przez obecnego operatora Małopolskiej Karty Aglomeracyjnej.

- 8) Również w Europie zamówienia o charakterze podobnym i jednocześnie zakończone w ostatnich 3 latach stanowią nie lada rzadkość, co wskazuje na niezwykle wąski krąg podmiotów mogących wykazać się wymaganym doświadczeniem.
- 9) Odwołujący podkreśla, iż niezależnie od możliwości posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, rzadkość tego typu zamówień na terenie Polski oraz w Unii Europejskiej, powinna skłonić Zamawiającego do takiego ukształtowania warunków, aby umożliwić dostęp do zamówienia jak najszerszemu, z i tak wąskiego grona potencjalnych wykonawców.
- 10) Zamawiający uwzględnic tu powinien wszelkie okoliczności faktyczne wynikające z rzadkości tego typu zamówień i doprowadzić do zwiększenia konkurencyjności prowadzonego postępowania. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt I SA/Ol 615/15 – „(...)praktycznie w każdej sprawie, indywidualnie i na użytek danego postępowania trzeba oceniać, czy warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób mogący naruszać obiektywnie rozumianą konkurencję”. Zamawiający dokonując obiektywnej analizy rzeczoności stanu faktycznego winien więc w jej wyniku zmienić treść Ogłoszenia i SIWZ i zmodyfikować zapisy, by w ten sposób niepotrzebnie nie ograniczać konkurencyjności w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z §2 ust. 5 pkt 1 Rozporządzenia), a tym samym – umożliwić realną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.
- 11) Na marginesie Odwołujący wskazuje na brak konsekwencji Zamawiającego, który w przypadku biletomatów stacjonarnych (na potwierdzenie warunku określonego w pkt 3.1.3 ppkt 1 SIWZ) w zakresie ich funkcjonalności wymaga, by oferowane biletomaty posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w banknotach i bilonie. W przypadku zaś biletomatów mobilnych (na potwierdzenie warunku określonego w pkt 3.1.3 ppkt 2 SIWZ) wymaga, aby urządzenia posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w bilonie. Dodatkowo, w przypadku biletomatów mobilnych pominięta została funkcjonalność dot. realizowania funkcji polegającej na przeniesieniu zakupionej wcześniej w systemie informatycznym usługi na kartę bezstykową typu karta miejska.



- 12) Mając powyższe na względzie, Zamawiający winien dokonać zmiany treści Ogłoszenia oraz postanowień SIWZ zgodnie z wyżej sformułowanym żądaniem Odwołującego.

## II. Zarzut naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp

- (1) Zamawiający w 1.1 Opz zawarł następujące treści:

1) wymóg dot. producenta automatów polegający na posiadaniu co najmniej:

1. działu produkcji zatrudniającego co najmniej 30 osób
2. działu rozwoju zatrudniającego co najmniej 10 osób
3. działu prototypowania zatrudniającego co najmniej 5 osób

2) wymóg dot. posiadania przez Producenta oferowanych przez Wykonawcę automatów biletowych co najmniej 5-letniego doświadczenia w produkcji automatów biletowych mobilnych na tej linii produkcyjnej.

- (2) Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp *"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."*

Dalej, w ust. 2, znajdujemy zapis, że *"przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję"*.

- (3) W ocenie Odwołującego wymagania, o których mowa powyżej, są niczym innym jak warunkami dot. udziału w postępowaniu, a jako takich Zamawiający nie sformułował ani w SIWZ ani w treści Ogłoszenia, w związku z czym zapisy winny zostać usunięte z Opz.

- (4) Na marginesie wskazać należy, że nawet gdyby przyjąć, że wykonawca miał prawo postawić takie wymagania w OPZ, to wymagania te zostały opisane w sposób lakoniczny, nie precyzując konkretnie w jaki sposób Wykonawca ma się wykazać spełnianiem tego wymogu, jakich dokumentów Zamawiający będzie żądał na potwierdzenie jego spełnienia. Ta niejasność i niepewność powoduje, że pozostawienie zapisów bez odpowiednich zmian, wypełnia znamiona postawionego zarzutu.

- (5) Zgodnie z treścią wyroku z 30 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 68/17) *"Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego"*. Trudno jednak uznać, że zapis dot. ilości zatrudnionych osób u producenta, czy też doświadczenia

producenta to takie elementy opisu przedmiotu zamówienia, które wskazują na rzeczywiste potrzeby Zamawiającego.

- (6) Przytoczyć należy w tym miejscu wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2280/16), zgodnie z którym, *"Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnienie należytego wykonania umowy. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.*
- (7) Zdaniem Odwołującego kluczowy jednak w sprawie jest fakt, że w przypadku postawionego przez Zamawiającego wymogu dot. zatrudniania osób u producenta, należy mieć na względzie, że nowoczesne technologie, a także outsourcing usług pozwalają na skuteczne zarządzanie zasobami ludzkimi, a także umożliwiają ograniczenie ilości zatrudnianych osób. W ocenie Odwołującego nie ma znaczenia dla oceny zdolności do wykonania zamówienia, czy u Producenta w Dziale rozwoju pracuje 8 czy 10 osób.
- (8) Ponadto, Odwołujący wskazał, że poprzez wyznaczenie w Załączniku nr 1 do OPZ (str. 1) terminów realizacji dostaw dla poniższych Grup:
- dla Grupy 1 – 45 dni od podpisania umowy
  - dla Grupy 2 - 60 dni od podpisania umowy
  - dla Grupy 3- 60 dni od podpisania umowy
  - dla Grupy 4 – 60 dni od podpisania umowy
  - dla Grupy 8 – 45 dni od wezwania Zamawiającego
  - dla Grupy 9 – 90 dni od daty podpisania umowy
  - dla Grupy 10 – 45 dni do wezwania Zamawiającego

jako terminu nierealnego, obiektywnie niemożliwego do dochowania, Zamawiający narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Zdaniem Odwołującego zrealizowanie dostaw dla Grupy 1, 2, 3, 4, 8, 9 i 10 w terminach określonych przez Zamawiającego jest niemożliwe. Praktyka rynkowa pokazuje, że przez wzgląd na ograniczony dostęp do komponentów, długotrwały proces produkcji oraz konieczność wykonywania testów urządzeń, możliwe jest wyprodukowanie automatów w terminie nie krótszym niż 210 dni.



- 9) Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że poprzez wyznaczenie w OPZ – pkt. 1.2 – akapit 3 - 15-dniowego terminu dostawy automatów testowych – w 3 typach jako terminu nierealnego, obiektywnie niemożliwego do dochowania, Zamawiający narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zdaniem Odwołującego zrealizowanie dostaw automatów testowych w terminie określonym przez Zamawiającego jest niemożliwe. Automat testowy powinien zostać dostarczony w komplementacji wynikłej z opisu OPZ. Do czasu pozytywnego zakończenia postępowania przetargowego nie zostanie uruchomiona produkcja urządzenia, a doświadczenie Wykonawcy i praktyka rynkowa pokazuje, że przez wzgląd na ograniczony dostęp do komponentów, długotrwały proces produkcji oraz konieczność wykonywania testów urządzeń, możliwe jest wyprodukowanie automatów w terminie nie krótszym niż 150 dni.
- 10) Biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niewłaściwy, niejasny, a ponadto utrudniający uczciwą konkurencję, zarzut zasługuje na uwzględnienie.
- 11) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp
- (1) Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, może spowodować, że Wykonawcy zapoznając się z treścią zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, podejmują decyzję o swoim udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia. *"Nadmierne lub nieproporcjonalne wymagania Zamawiającego powodują nieuzasadnioną rezygnację części wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i mogących rzetelnie zrealizować przedmiotowe zamówienie, tym samym wady opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wpływają na naruszenie zasady uczciwej konkurencji z art. 7 ust 1 pzp"* (wyrok KIO z 28 stycznia 2014 r., sygn. akt 58/14).
- (2) Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r. (sygn. akt 1466/16) *"Określenie przedmiotu zamówienia i dobór parametrów winien być poparty obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt/wyrób, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu"*. W przekonaniu Odwołującego nie sposób oprzeć się wrażeniu, że zarówno opis warunków udziału w postępowaniu, jak i opis przedmiotu zamówienia i wyznaczone terminy realizacji, mogą spowodować, że tylko jeden podmiot będzie w stanie skutecznie złożyć ofertę i wygrać

przedmiotowe postępowanie - i będzie to podmiot, który zrealizował I część projektu, będąc jednocześnie obecnym operatorem systemu "Małopolska Karta Aglomeracyjna".

- (3) Z uwagi na fakt, iż naruszenia wyżej powołanych przepisów oraz innych przepisów przytoczonych w uzasadnieniu do niniejszego odwołania, bezspornie mają istotny wpływ na ograniczenie kręgu wykonawców potencjalnie zainteresowanych wzięciem udziału w przetargu, Zamawiający narusza interes Odwołującego poprzez utrzymanie w mocy treści Ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ mogących pozbawić go pozyskania przedmiotowego zamówienia na skutek uniemożliwienia mu ubiegania się o jego udzielenie

Z uwagi na powyższe, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i Odwołujący wnosi jak na wstępie.

O wniesieniu niniejszego odwołania Odwołujący poinformował Zamawiającego zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

*W imieniu Odwołującego:*

**MERA SYSTEMY**  
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
ul. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Maz.  
KRS 0000513111

Prezes Zarządu  
  
Adam Filutowski

Wiceprezes Zarządu  
  
Michał Mierniecki

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca aktualnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS, dotycząca Mera Systemy Sp. z o.o., ul. Mariana Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przekazania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.