

Kraków, dnia 9 października 2016 r.

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

Odwołujący się:

ELTE GPS sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie
ul. Medyczna 13, 30-688 Kraków
tel. 012 659 20 98, fax. 012 659 17 88
e-mail: biuro@eltegps.pl

reprezentowana przez Prezesa Zarządu Pawła Nosala

Zamawiający:

Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o.

ul. Wiejska 7, 76-270 Ustka
tel. (59) 814 48 11, e-mail , faks (59) 81 44 277.
e-mail: sekretariat@zgkustka.pl

Przedmiot zamówienia:

Wdrożenie, obsługa, monitorowanie oraz serwis kompleksowego Systemu identyfikacji i ważenia pojemników z odpadami wraz z modułem obliczania poziomu wysegregowania odpadów (zwanym dalej Systemem) przez poszczególnych mieszkańców Gminy Miasto Ustka oraz z nieruchomości niezamieszkałych - przy realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Ustce." wraz z dostawą wszystkich niezbędnych do realizacji zamówienia podzespołów oraz transponderów RFID.

nr ogłoszenia o zamówieniu:

337113 - 2016 z dnia 2016-11-05 r.

Na podstawie § 1 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 III 2010 r. (Dz. U. 2010, Nr 41, poz. 238) od odwołania zapłacono wpis w wysokości 7.500,00 zł, przelewem z rachunku odwołującej się Spółki na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych: NBP 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000.

ODWOŁANIE

OD POSTANOWIEŃ SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA – OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W PRZEDMIOCIE WDROŻENIA, OBSŁUGI, MONITOROWANIA ORAZ SERWISU KOMPLEKSOWEGO SYSTEMU IDENTYFIKACJI I WAŻENIA POJEMNIKÓW Z ODPADAMI WRAZ Z MODULEM OBLICZANIA POZIOMU WYSEGREGOWANIA ODPADÓW PRZEZ POSZCZEGÓLNYCH MIESZKAŃCÓW GMINY MIASTO USTKA ORAZ Z NIERUCHOMOŚCI NIEZAMIESZKAŁYCH.

W imieniu odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 5) i 3 ustawy z dnia 29 I 2004 Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. 2010, Nr 113, poz. 759), zwaną dalej p.z.p., wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego – ustalenia postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3 SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Wdrożenie, obsługa, monitorowanie oraz serwis kompleksowego Systemu identyfikacji i ważenia pojemników z odpadami wraz z modulem obliczania poziomu wysegregowania odpadów (...) przez poszczególnych mieszkańców Gminy Miasto Ustka oraz z nieruchomości niezamieszkałych (...)”, a to: pkt. 3.2.1.2, 3.2.1.6.2., 3.2.1.6.9, 3.2.1.9, 3.2.4.1, 3.2.6.3, 3.2.6.7, 3.2.12.1, 3.2.14.4, 3.2.13.1, 3.2.14.9, 3.2.14.11.

Na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. ww. postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zarzucam,

1. naruszenie art. 29 ust.1 i 2 p.z.p. w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 IV 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. 2003, Nr 153, poz. 1503), zwaną dalej u.z.n.k, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez wprowadzenie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązku dostosowania do systemu oferowanego przez wykonawcę wagi najazdowej znajdującej się u zamawiającego, a także obowiązku zapewnienia współdziałania systemu wag dynamicznych dostarczonego przez wykonawcę z już zamontowanym na śmieciarkach systemem wag statycznych:
 - bez udostępnienia szczegółowej dokumentacji wagi najazdowej oraz wag statycznych zamontowanych na śmieciarkach, zawierającej m.in. protokół wymiany danych albo bez zobowiązania się zamawiającego do udostępnienia ww. danych wykonawcy, który uzyskał zamówienie;
 - bez udzielenia informacji dotyczących prawnych możliwości realizacji ww. wymogów, w tym informacji o obowiązku uzyskania licencji od podmiotu, któremu przysługują prawa autorskie do oprogramowania i konfiguracji wagi najazdowej i wag statycznych, oraz bez zapewnienia przez zamawiającego współpracy ww. podmiotu z wykonawcą po udzieleniu zamówienia,

co oznacza nałożenia na wykonawcę wyłonionego w przetargu obowiązku samodzielnego uzyskania wszelkich informacji, danych i zezwoleń niezbędnych do realizacji ww. wymogów zawartych w Specyfikacji, a w rezultacie stanowi istotny brak opisu przedmiotu zamówienia, a także utrudnia konkurencję, albowiem pozwala podmiotom, którym przysługują prawa autorskie do oprogramowania zainstalowanego w wagach oraz posiadającego dane techniczne niezbędne do realizacji ww. wymogów eliminować z udziału w przetargu podmioty konkurencyjne, a zważywszy na to, że taki podmiot może być zainteresowany w uzyskaniu zamówienia, postanowienia powyższe godzą także w zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu;

2. naruszenie 29 ust.1 i 2 p.z.p. poprzez nałożenie na wykonawcę niemożliwego do wykonania z przyczyn technicznych obowiązku zapewnienia, że system wagowy zainstalowany na HDS, będzie automatycznym systemem dynamicznym, oraz nieracjonalnego obowiązku zapewnienia wag zainstalowanych na HDS należących do klasy dokładności Y(b), co narusza także zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 p.z.p.;
3. naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. poprzez ogólnikowe, niejasne, a niekiedy sprzeczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie następujących elementów: interfejsu wymiany danych, urządzeń z Systemem Android służącym robieniu zdjęć, architektury/budowy systemu, koncepcji rozwiązania kwestii ewidencjonowania odpadów przekazywanych do PSZOK, okresu, w którym wykonawca ma pokrywać koszty transmisji danych, ręcznych czytników RFID; zapewnienia możliwości rozbudowy systemu o urządzenia stałe posiadane przez zamawiającego.

W oparciu o postawiane zarzuty i ich uzasadnienie wnoszę:

1. uwzględnienie odwołania i:
 - nakazanie zamawiającemu skreślenie pkt. 3.2.1.9, 3.2.6.7, 3.2.12.1 SIWZ, ewentualnie o uzupełnienie pkt 3 SIWZ o:
 - niezbędne do wykonania zamówienia dane techniczne wagi najazdowej oraz wag zamontowanych na śmieciarkach, a także informacje dotyczące oprogramowania zainstalowanego na ww. urządzeniach, w tym protokoły wymiany danych, albo o postanowienie, zgodnie z którym zamawiający zobowiąże się do nieodpłatnego udostępnienia ww. danych i informacji wykonawcy, któremu powierzono wykonanie zamówienie;

- postanowienie, zgodnie z którym zamawiający zobowiąże się do uzyskania we własnym zakresie od uprawnionego podmiotu wszelkich zgód i licencji umożliwiających wykonawcy realizację wymagań określonych w ww. postanowieniach SIWZ, do ich nieodpłatnego przekazania wykonawcy, któremu powierzono wykonanie zamówienia, a także do zapewnienia niezbędnej współpracy między tym wykonawcą a podmiotem, któremu przysługują prawa do oprogramowania oraz z dostawcą wag wykorzystywanych przez zamawiającego;
 - postanowienie, w którym zamawiający określi, czy w następstwie integracji posiadanych przez niego wag z systemem oferowanym przez wykonawcę nastąpi utrata ich legalizacji, a jeżeli tak – czy wykonawca będzie zobowiązany do dokonania ich ponownej legalizacji;
 - nakazanie zamawiającemu skreślenie wymogu, aby system wagowy instalowany na HDS był automatycznym systemem dynamicznym oraz aby wagi składające się na taki system były wagami należącymi do klasy dokładności Y(b),
 - nakazanie zamawiającemu, aby sprecyzował w SIWZ:
 - wymogi odnoszące się do interfejsu wymiany danych;
 - czy wykonawca będzie zobowiązany do dostawy urządzeń z Systemem Android służących robieniu zdjęć, ewentualnie wymogów dotyczących tych urządzeń i ich liczby;
 - wymogi co do budowy systemu (jego architektury), tj. określił, czy system ma w okresie związania umową pracować w oparciu o serwer należący do zamawiającego, w takim przypadku, czy wykonawca jest zobowiązany do jego dostawy, czy też w oparciu o serwer należący do wykonawcy, w takim przypadku, czy po zakończeniu umowy przejdzie on własność zamawiającego;
 - czy wykonawca będzie zobowiązany do dostawy poza czytnikami RFID wskazanymi w tabeli nr 3.2.1.5 dodatkowych trzech ręcznych czytników RFID do ewidencjonowania opróżnienia koszy,
 - wymogi dotyczące koncepcji rozwiązania kwestii ewidencjonowania odpadów przekazywanych do PSZOK;
 - co zamawiający rozumie pod pojęciem „stałe urządzenia zamawiającego”, o które zamawiający może rozbudować system
 - okresu w jakim wykonawca jest zobowiązany do pokrywania kosztów transmisji danych generowanych przez dostarczane karty SIM.
2. w przypadku zawarcia umowy przed rozpoznaniem odwołania – unieważnienie umowy na podstawie art. 193 ust.3 pkt 2 p.z.p.;
 3. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

4. zasądzenia na rzecz odwołującego wszystkich kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, wpisu od odwołania oraz innych uzasadnionych kosztów, które poniósł w związku z wniesieniem odwołania.

U z a s a d n i e

I. Przedmiot postępowania.

Przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. jest wdrożenie, obsługa, monitorowanie oraz serwis kompleksowego Systemu identyfikacji i ważenia pojemników z odpadami wraz z modułem obliczania poziomu wysegregowania odpadów przez poszczególnych mieszkańców Gminy Miasto Ustka oraz z nieruchomości niezamieszkałych. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia jest mniejsza niż kwota 209.000 Euro, a więc nie przekracza tzw. progu unijnego. W dniu 5 listopada 2016 r. na stronie internetowej zamawiającego została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla ww. postępowania, która, niestety, nie jest pozbawiona poważnych wad. Przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia poprzez postawienie wymogu dostosowania wag posiadanych przez zamawiającego do systemu oferowanego przez wykonawcę oraz wymogu ich integracji z systemem wagowym stanowiącym przedmiot zamówienia, a z drugiej – niezawierający koniecznych danych technicznych oraz zobowiązania zamawiającego do zapewnienia współpracy z producentem wag posiadanych przez zamawiającego, ewentualnie z podmiotami, którym przysługują prawa do programów informatycznych zainstalowanych w ww. wagach, jest niepełny i nie zapewnia uczciwej konkurencji. Ponadto liczne postanowienia SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są niejasne, ewentualnie przewidują niemożliwe do spełnienia lub oczywiście nieracjonalne wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia.

1) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 5 listopada 2016 r.

Wykonawca kwestionuje następujące punkty opisu przedmiotu zamówienia:

- 3.2.1.2., w którym wskazano, że system musi zapewniać jego rozbudowę o kolejne pojazdy lub stałe urządzenia zamawiającego;
- 3.2.1.6.2, w którym postanowiono, że zamawiający nie będzie ponosił kosztów transmisji danych przez okres 60 miesięcy;

- 3.2.1.6.9, w którym zamawiający przewidział, że dane o zarejestrowanych zdarzeniach powinny być dostępne do pobrania poprzez interfejs wymiany danych nie później niż po 5 minutach od zarejestrowania zdarzenia;
- 3.2.1.9.1., w którym przewidziano, że wykonawca zobowiązany będzie dostosować do wymagań systemu wagę najazdową znajdującą się na bazie zamawiającego w sposób umożliwiający ewidencję ważonych na niej odpadów;
- 3.2.4.1, w którym ustalono, że w nieprzekraczalnym terminie do 31 stycznia 2017r. Wykonawca wskaże oraz wdroży koncepcję rozwiązania kwestii ewidencjonowania odpadów przekazywanych do PSZOK;
- 3.2.6.3, w którym zaznaczono, że wykonawca zapewni trzy ręczne czytniki RFID służące do ewidencjonowania w systemie opróżnianych koszy ulicznych;
- 3.2.6.7, w którym wskazano, że system identyfikacji i ważenia pojemników z odpadami, stanowiący przedmiot świadczenia wykonawcy, będzie zapewniał możliwość przypisania wagi odpadów uzyskanej na wadze najazdowej znajdujące się na bazie zamawiającego;
- 3.2.12.1, w którym przewidziano, że zamontowane przez wykonawcę systemy wag dynamicznych muszą współdziałać z zamontowanymi na śmieciarkach systemami wag statycznych oraz wagi najazdowej znajdujące się na bazie zamawiającego;
- 3.2.12.4, w którym zamawiający wskazał m.in., że system wagowy musi być automatycznym systemem dynamicznym, tzn. rejestrować ciężar ważonych odpadów bez konieczności zatrzymywania urządzeń załadowniczych, a waga musi zostać zalegalizowana w klasie dokładności Y(b) jako waga automatyczna dla pojedynczych ładunków. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca załączy zatwierdzenie typu wagi będącej przedmiotem oferty. Z dokumentu tego, musi wynikać spełnienie tego wymagania.
- 3.2.13.1, w którym postanowiono, że wykonawca zobowiązuje się umożliwić dodawanie zdjęć zrobionych za pomocą urządzeń z Systemem Android. Dodane w ten sposób zdjęcia mają być przypisane do danego MGO oraz widoczne w systemie w ciągu maksymalnie 5 min. od ich dodania;
- 3.2.14.9, w którym przewidziano, że usługa musi zawierać wszystkie składniki kompleksowego systemu monitoringu oraz identyfikacji z dostawą i wdrożeniem systemu na terenie siedziby zamawiającego, a zamawiający nie może ponosić żadnych dodatkowych kosztów z tytułu eksploatacji kompleksowego systemu monitoringu oraz

identyfikacji lub jakiegokolwiek jego części przez cały okres trwania gwarancji z wyłączeniem napraw nie podlegających gwarancji;

- 3.2.14.11, w którym zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązuje się do posiadania serwera o parametrach pozwalających na archiwizację wszystkich danych niezbędnych do funkcjonowania systemu co najmniej przez okres trzech lat od daty zarejestrowania zdarzenia.

II. Zarzuty w zakresie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia opisanych w pkt 3.2.1.9, 3.2.6.7 i 3.2.12.1

Powyższe postanowienia uchybiają zasadom prawa zamówień publicznych, a w szczególności zasadzie poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust 1 p.z.p.), a także wymaganiom w zakresie sposobu opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p.). Odwołujący nie kwestionuje wymogu dostosowania wagi najazdowej posiadanej przez zamawiającego oraz dokonania integracji tej wagi i wag statycznych zamontowanych na śmieciarkach z systemem oferowanym przez wykonawcę. Wykonawca jest gotowy zaoferować rozwiązanie w pełni spełniające powyższą funkcjonalność. Za niedopuszczalne natomiast należy uznać zobowiązanie wykonawcy do samodzielnego pozyskania danych technicznych umożliwiających realizację ww. wymogu, w szczególności protokołu wymiany danych oprogramowania zainstalowanego w wagach posiadanych przez zamawiającego, co jest warunkiem dokonania ich integracji z systemem oferowanym przez wykonawcę. Wykonawca wskazuje, że wykonanie zamówienia będzie wymagało dokonania przeróbek wag, wykonania złączy oraz instalacji w pojazdach wyposażonych w ww. urządzenia, co nie jest możliwe bez wsparcia technicznego ze strony ich producenta. **Należy podkreślić, że dane ujawnione w załączniku nr 7 są w tym zakresie dale niewystarczające.** Wykonawca kwestionuje także obarczenie go ciężarem pozyskania od producenta wag lub od innego uprawnionego podmiotu koniecznych zezwoleń i licencji na dokonanie integracji i wykorzystanie ww. oprogramowania, w szczególności plików konfiguracyjnych wag posiadanych przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego się, wszelkie dane i informacje potrzebne do integracji wag posiadanych przez zamawiającego z systemem oferowanym przez wykonawcę powinien zapewnić zamawiający we własnym zakresie i przekazać je wykonawcom. Powinien on także uzyskać stosowne zezwolenia od uprawnionych podmiotów na dokonanie ww. integrację, a także zagwarantować, że taki podmiot będzie współpracował z każdym wykonawcą, który uzyska zamówienie.

Postanowienia Specyfikacji w powyżej wskazanym zakresie naruszają art. 29 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Z tego przepisu wypływa wniosek, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione (wyrok SO w Katowicach z 23 VI 2008 r., sygn. akt: XIX Ga 214/08). Obowiązek samodzielnego uzyskania danych, protokołów i dokumentacji technicznej od producentów wag jest równoznaczny z istotnym brakiem w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał jedynie, że elementem systemu oferowanego przez wykonawcę mają być posiadane przez niego wagi oraz wskazał jedynie podstawowe informacje dot. przedmiotowych wag, m.in. jej producenta. Takie postąpienie jest niewystarczające, w szczególności należy zwrócić uwagę na nieudostępnienie protokołu wymiany danych oprogramowania zamontowanego w ww. wagach, co jest warunkiem dokonania ich integracji z systemem oferowanym przez wykonawcę. W rezultacie podana przez zamawiającego informacja jest zbyt ogólnikowa i niewystarczająca. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oznacza przerzucenie na wykonawcę obowiązku uzyskania odpowiednich informacji na etapie wykonania zamówienia. Pełna informacja na temat systemów podlegających integracji, w tym informacja zawierająca pełną i szczegółową specyfikację interfejsów i protokołów wymiany danych oraz wszystkie informacje techniczne niezbędne do wykonania integracji są informacjami niezbędnymi do prawidłowej wyceny i przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z:

- pkt 21.1 SIWZ cena ma charakter ryczałtowy,
- pkt. 21.2 SIWZ wykonawca obliczy cenę w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ i jej załącznikach uwzględniając koszty wszystkich wymagań i okoliczności wpływających na cenę.
- pkt 21.4 SIWZ, określając cenę, wykonawca winien uwzględnić, cały zakres usługi, który jest podstawą do określenia tej ceny, zgodny z niniejszą SIWZ wraz z załącznikami, w tym wdrożenie systemu, dostawa niezbędnych urządzeń i podzespołów, dostawa i obsługa oprogramowania, serwis i obsługa systemu, naprawy gwarancyjne, szkolenie, itp., a także

koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wynikające ze SIWZ wraz z załącznikami, jak również nie ujęte w niej, a niezbędne do wykonania zadania,

- 21.5 SIWZ przyjęto, że wykonawca dokładnie zapoznał się z przedmiotem zamówienia, jaki ma zostać wykonany, ze sposobem jego wykonania oraz wyceny dokonał rzetelnie.

Jednakże przy braku informacji, co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie. Wszelkie niezbędne informacje umożliwiające oszacowanie kosztu wykonania zamówienia powinien dostarczyć zamawiający, ponieważ to on jest podmiotem odpowiadającym za opis przedmiotu zamówienia (zob. wyrok KIO z 28 XII 2008, sygn. 2741/12). Zdaniem Odwołującego, ww. ciężar ciąży na zamawiającym, nawet jeżeli dokumentacja techniczna wag jest ogólnie dostępna. Wykonawca nie może domniemać, że jest ona prawidłowa. To zamawiający powinien wskazać i zapewnić wykonawcę, że ta ogólnie dostępna dokumentacja jest dokumentacją właściwą, tj. odpowiadającą typowi i konfiguracji urządzeń zainstalowanych u zamawiającego, i ponosić odpowiedzialność za informację udzieloną informację w tym zakresie. Dlatego w każdym wypadku powinien taką informację zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia.

Nadto należy wskazać, że wagi, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego i które wykonawca ma obowiązek zintegrować z oferowanym przez siebie systemem są wagami legalizowanymi. Specyfikacja nie informuje o warunkach legalizacji wag - zamawiający nie podał, czy można dokonać jakiegokolwiek ingerencji i czy nie będzie się to wiązać z utratą legalizacji. Zamawiający nie wskazał także, jakie obowiązki będą ciążyć na wykonawcy jeżeli wskutek dokonania integracji wagi utracą legalizację, w szczególności nie wyjaśnił, czy wykonawca będzie zobowiązany do dokonania ponownej legalizacji wag.

Wskazane powyżej postanowienia Specyfikacji naruszają również art. 29 ust. 2 p.z.p., który przewiduje, że „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję”. W kontekście powyższego przepisu należy przypomnieć, że art. 15 u.z.n.k. statuuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. M. Mioduszewski i J. Sroczyński wskazują, że „Przedmiotem czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k. jest utrudnianie dostępu do rynku. Jak już zaznaczono (...), art. 15 u.z.n.k. jest jednym z przepisów, które chronią swobodę wykonywania działalności gospodarczej zagwarantowaną w formie zasady w art. 22

Konstytucji RP. Z tego powodu, jak słusznie wskazuje się w doktrynie, >dostęp do rynku< należy rozumieć jako synonim takich określeń jak >wolność podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej< lub po prostu >swoboda działalności gospodarczej< (...). Poprzez dostęp do rynku należy rozumieć w szczególności swobodę decydowania podmiotu o uczestniczeniu w obrocie, swobodę wejścia na rynek, prowadzenia na nim działalności oraz wolność podjęcia decyzji o jej zakończeniu w stosunku do danego rynku. Jest to zatem możliwie szerokie rozumienie pojęcia >dostęp<, korespondujące zarówno z koncepcją art. 15 u.z.n.k., jak i funkcją ustawy w systemie prawa. Utrudnianie dostępu do rynku stanowi istotę czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k. (...). Rekonstrukcja zakresu tego pojęcia, zarówno na gruncie samego przepisu art. 15 u.z.n.k., jak i całokształtu ustawy, pełni kluczową rolę w wyznaczeniu zakresu zachowań, których przepis ten dotyczy. >Utrudnianie< zgodnie z językowym znaczeniem to stwarzanie przeszkód, ograniczanie, powstrzymywanie, przeszkadzanie lub zakłócanie. W tym samym, szerokim znaczeniu występuje ono także w komentowanym przepisie, przy czym jest ono modyfikowane przez okoliczności, w jakich utrudnianie to może zachodzić” (M. Mioduszewski, J. Sroczyński, komentarz do art. 15 (w) M. Zdyb (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Lex 2011). Wprowadzenie do Specyfikacji postanowień umożliwiających utrudnienie poszczególnym wykonawcom dostępu do zamówienia należy uznać za równoznaczne z sprzeniewierzeniem się zasadzie określonej w art. 7 ust 1 p.z.p. zobowiązującej zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do zapewnienia integracji oferowanego przez niego systemu z posiadanymi przez niego wagami, co wiąże się z koniecznością uzyskania od producenta wag stosownych informacji, danych, protokołów i zezwoleń bez zagwarantowania wykonawcy, który uzyska zamówienie, współpracy z tym podmiotem. W rezultacie sytuacja wykonawcy biorącego udział w postępowaniu została uzależniona od dobrej bądź złej woli producenta wag, która skądinąd może być sam zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu. Oznacza to, że Odwołujący został uzależniony od współpracy z podmiotem, z którym ma sprzeczne interesy. Dlatego wskazane zapisy utrudniają uczciwą konkurencję.

Należy wskazać, że podmiot zamierzający złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu stoi przed dwiema możliwościami. Albo zdecyduje się na udział w postępowaniu po wcześniejszym zawarciu porozumienia producentem wag (ewentualnie innym podmiotem

ml

uprawnionym do udzielenia informacji technicznej lub zezwolenia na korzystanie z oprogramowania), albo będzie brał udział w postępowaniu bez uprzednich uzgodnień z tym podmiotem. W pierwszym wypadku producent wag poprzez odmowę wyrażenia wstępnej zgody na przekazanie danych i protokołów wyeliminuje potencjalnego wykonawcę z udziału w przetargu z oczywistą szkodą dla interesu publicznego, ewentualnie wykorzystując swoje uprzywilejowane położenie narzuci wykonawcy wygórowaną cenę swoich produktów. W drugim przypadku potencjalny wykonawca ryzykuje, iż w przypadku braku woli współpracy ze strony producenta wag przy realizacji projektu, nie będzie mógł podpisać umowy lub wskutek jej nieprawidłowego wykonania może zostać zobowiązany do zapłaty kar umownych (zob. par. 7 projektu umowy stanowiącej załącznik do SIWZ). Również i w tej sytuacji podmiot uprawniony może wykorzystać sytuację, w której znajdzie się wykonawca, w celu narzucenia mu niekorzystnych warunków współpracy. Jednym słowem postanowienia Specyfikacji umożliwiają takiemu podmiotowi nadużycie jej pozycji rynkowej w relacjach z potencjalnymi wykonawcami, eliminowanie niektórych z nich z udziału w postępowaniu, narzucanie potencjalnym wykonawcom wygórowanych cen lub zmuszenie ich do innych ustępstw w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji. W konsekwencji należy uznać, że Odwołujący co najmniej uprawdopodobnił, że wskazane postanowienia Specyfikacji utrudniają uczciwą konkurencję, w szczególności utrudniają udział potencjalnych wykonawców w postępowaniu w sposób sprzeczny z interesem publicznym. W tym miejscu należy przypomnieć, że **„W sytuacji, gdy odwołujący uprawdopodobnia ograniczenie konkurencji na podstawie art. 29 ust. 2 p.z.p., na zamawiającego przechodzi obowiązek udowodnienia, że do tego ograniczenia doszło z powodu obiektywnych, uzasadnionych potrzeb zamawiającego”** (wyrok KIO z 14 I 2013, sygn. KIO 2888/12).

Ponadto producent wag lub podmioty z nim współpracujące, np. dostawca wag posiadanych przez zamawiającego, tj. firma GLOBTRACK (co wynika z dokumentacji dialogu technicznego – załącznik nr 2 Koncepcja zamawiającego), wskutek zaskarżonych przepisów znalazły się w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W przeciwieństwie do konkurentów posiadają niezbędne informacje i dane, nie muszą uzyskiwać zgód koniecznych do dokonania integracji, są w stanie narzucić warunki współpracy konkurentom, w tym także cenę za umożliwienie integracji systemów. Wpływa to na wysokość ceny, którą pozostałe podmioty biorące udział w postępowaniu będą zmuszeni zaoferować. Cena oferowana przez producenta wagi będzie pozbawiona tego

narzutu. Mamy tutaj do czynienia z oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Dodać należy, że firma GLOBTRACK uczestniczyła w dialogu technicznym, jest więc zainteresowana uzyskaniem zamówienia.

Dowody:

- 1) *z załącznika nr 2 Koncepcja Zamawiającego do Informacji dot. przeprowadzenia dialogu technicznego – na okoliczność, kto był dostawcą wag posiadanych przez zamawiającego;*
- 2) *Informacji dot. przeprowadzenia dialogu technicznego – na okoliczność zaproszenia firmy GLOBTRACK do dialogu technicznego;*
- 3) *przesłuchania Prezesa Zarządu odwołującego się - na okoliczność udziału firmy GLOBTRACK w dialogu technicznym*

W tym miejscu należy przypomnieć, że w wyroku z dnia 28 XII 2008 r., sygn. KIO 2741/12, Krajowa Izba Odwoławcza za zasadną uznała skargę, w której zarzucono ogłoszeniu o zamówieniu oraz postanowieniom SIWZ naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1-2 p.z.p. poprzez wprowadzenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SIWZ obowiązku wykonania integracji dostarczanego oprogramowania medycznego i administracyjnego z już istniejącym oprogramowaniem (oprogramowanie integrowane):

- bez dostarczenia pełnej informacji na temat protokołów wymiany danych stosowanych w oprogramowaniu integrowanym,
- bez dołączenia do SIWZ pełnej dokumentacji i bez opisu interfejsów wymiany danych w zakresie koniecznym do wykonania żądanej integracji,
- **bez zapewnienia współpracy dostawców integrowanego oprogramowania z wykonawcą wyłonionym w toku postępowania,**
- **nałożenia na wykonawcę wyłonionego w przetargu obowiązku samodzielnego uzyskania wszelkich informacji i danych niezbędnych do zapewnienia kompatybilności oraz integracji oraz zapewnienia sobie współpracy z dostawcami integrowanego oprogramowania.**

W wyroku wskazano, że „Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób, który umożliwia wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie powoduje tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję”.

Również w wyroku z dnia 8 października 2012 r. o sygn. akt: KIO 2053/12 Izba rozpoznała odwołanie wykonawcy w sprawie o dostawę zintegrowanego systemu szpitalnego, który miał zapewnić pełną integrację z już funkcjonującym systemem szpitalnym CliniNET. Odwołujący wskazał, że możliwość pełnej integracji dwóch systemów informatycznych różnych

producentów zależy od precyzyjnego określenia, jakiego rodzaju dane mają być między tymi systemami wymieniane i w jaki sposób ma owa integracja nastąpić. Niezbędne jest również przedstawienie szczegółowych danych dotyczących systemu istniejącego u zamawiającego, które umożliwią wykonawcy przygotowanie oferty oraz wycenę czynności składających się na integrację. Opisując przedmiot zamówienia w sposób niepełny (brak informacji, danych i parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych eksploatowanych systemów informatycznych oraz brak udostępnienia dokumentacji, umożliwiającej oszacowanie kosztu integracji systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia z systemami już wdrożonymi u zamawiającego) przy jednoczesnym wymogu dokonania w ramach zamówienia integracji - w sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji. Ponadto interfejsy do integracji z systemami firm trzecich powinien zapewnić producent systemu lub zamawiający, a nie wykonawca w porozumieniu z producentem, ponieważ z uwagi na warunki konkurencji pomiędzy firmami współpraca ta może napotykać na trudności, a ponadto producent wdrożonego systemu nie ma żadnych zobowiązań względem innego wykonawcy, a jedynym podmiotem mającym na niego wpływ w ramach istniejących zobowiązań umownych jest właśnie zamawiający. Przy braku wsparcia ze strony zamawiającego rozumianego jako zapewnienie wykonawcom interfejsów do integracji istnieje zatem ryzyko, że przedmiot zamówienia nie będzie mógł być przez wybranego wykonawcę zrealizowany, bo nie uzyska on żadnych informacji ani danych od producenta systemów. Podmiot ten bowiem nie ma względem konkurenta po prostu żadnych obowiązków, w tym nie ma obowiązku udostępniania mu danych odnośnie własnych systemów. Tymczasem zamawiający nie zapewnia wykonawcy o możliwości oraz ewentualnym finansowaniu z własnych środków niezbędnej współpracy z autorami/producentami eksploatowanych systemów informatycznych/baz danych - co jest bezwzględnie wymagane w obowiązujących rekomendacjach UZP na udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. KIO uwzględniła odwołanie i orzekła, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 P.z.p. oraz nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ m.in. poprzez:

- wprowadzenie do SIWZ pełnej listy systemów, z którymi ma nastąpić integracja wraz z kompletną posiadaną dokumentacją ich interfejsów i protokołów wymiany danych, oraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji niezbędnych do wykonania integracji;
- udostępnienie wykonawcom w ramach opisu przedmiotu zamówienia pełnej specyfikacji interfejsu i protokołu wymiany danych systemu CliniNET. Specyfikacja

ta musi umożliwiać wykonanie integracji w takim zakresie, w jakim jest to wymagane niniejszym zamówieniem;

- udostępnienie wykonawcom pełnej posiadanej dokumentacji systemów CliniNET, umożliwiającej wykonanie integracji oraz wprowadzenie do SIWZ oraz wzoru umowy zapewnienia zamawiającego, że udzieli niezbędnej pomocy wykonawcy (w możliwym zakresie i na własny koszt) w celu uzyskania wszelkich niezbędnych informacji od producenta systemu CliniNET, które okażą się konieczne do wykonania integracji.

Również w wyroku z 28 VI 2013 r., sygn. KIO 1423/13, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. oraz art. 7 p.z.p. wskutek wprowadzenia do treści SIWZ obowiązku integracji systemu stanowiącego przedmiot zamówienia z już funkcjonującym systemem zamawiającego bez zapewnienia współpracy producenta tego systemu z wykonawcą wyłonionym w toku postępowania oraz w związku z nałożeniem na wykonawcę wyłonionego w przetargu obowiązku samodzielnego uzyskania wszelkich informacji i danych niezbędnych do zapewnienia kompatybilności oraz integracji oraz zapewnienia sobie współpracy producentem tego systemu. KIO nakazała skreślić odpowiednie postanowienia SIWZ oraz uzupełnić jej treść o pełną dokumentację pozwalającą na przygotowanie integracji systemu stanowiącego przedmiot zamówienia z systemem funkcjonującym u zamawiającego w oparciu o uniwersalne API oraz o informację, że przetestowanie przygotowanego rozwiązania integracyjnego, w oparciu o uniwersalne API, w środowisku testowym pozwalającym na sprawdzenie opracowanego rozwiązania będzie miało charakter bezpłatny, a także o obowiązek zapewnienia przez Zamawiającego pełnej współpracy ze strony producenta systemu, który u niego funkcjonuje, podczas testowania przygotowanego rozwiązania integracyjnego, w oparciu o uniwersalne API, w środowisku testowym pozwalającym na sprawdzenie opracowanego rozwiązania.

Zdaniem odwołującego okoliczności niniejszej sprawy wykazują pełną analogię do okoliczności spraw, w których zapadły powyższe orzeczenia. Ponadto w wyroku z 2 VIII 2011 r., sygn. akt: KIO 1988/12, Izba wskazała, że utrzymanie wymogu posiadania przez osoby uczestniczące w realizacji zamówienia certyfikatu wydanego przez producenta oprogramowania medycznego, narusza przepisy art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., przez co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, w związku z preferowaniem przez zamawiającego konkretnego produktu oraz wprowadzeniem i utrzymaniem wymagań odnośnie posiadania certyfikatów,

których gwarancji uzyskania nie posiada podmiot konkurencyjny w stosunku do producenta oprogramowania, wyłączając możliwość złożenia oferty przez producentów i dystrybutorów innego oprogramowania medycznego spełniającego wymagania SIWZ. Przy tym producent oprogramowania medycznego został wyposażony w uprawnienie pozwalające mu samodzielnie eliminować konkurencję przez odmowę wydania certyfikatu. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Nakładając na wykonawców obowiązek uzyskania informacji, danych, protokołów i zezwoleń od producenta wag, Zamawiający umożliwia temu podmiotowi eliminację podmiotów z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez odmowę udzielenia im informacji i zezwolenia na dokonanie integracji, w zakresie koniecznym dla realizacji zamówienia.

Na wypadek zakwestionowania przez zamawiającego, że dane podane przez niego w załączniku nr 7 są niewystarczające do zintegrowania posiadanych przez niego wag z systemem oferowanym przez wykonawcę, lub iż zapewnienie kompatybilności nie wymaga dokonania integracji oprogramowania zainstalowanego w wadze posiadanej przez zamawiającego z oprogramowaniem oferowanym przez wykonawcę wnoszę o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie elektroniki w przedmiocie elementów składających się na proces integracji oraz danych technicznych koniecznych do wykonania integracji oraz dokonania rzetelnej wyceny takiej usługi, w tym w szczególności potrzeby uzyskania protokołu wymiany danych i dokumentacji technicznej wag podlegających integracji.

Dowody:

- 4) *opinia biegłego z zakresu elektroniki, elektrotechniki i automatyki (inżynier konstruktor) w przedmiocie elementów składających się na proces integracji systemów wagowych oraz danych technicznych koniecznych do wykonania integracji oraz dokonania rzetelnej wyceny takiej usługi, w tym w szczególności potrzeby uzyskania protokołu wymiany danych i dokumentacji technicznej wag podlegających integracji.*

III. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 p.z.p. w zakresie pkt 3.2.12.4 opisu przedmiotu zamówienia

W pkt 3.2.12.4 SIWZ zamawiający wskazał m.in., że system wagowy oferowany przez wykonawcę musi być automatycznym systemem dynamicznym, tzn. rejestrować ciężar ważonych odpadów bez konieczności zatrzymywania urządzeń załadowniczych, a waga musi

zostać zalegalizowana w klasie dokładności Y(b) jako waga automatyczna dla pojedynczych ładunków. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca załączy zatwierdzenie typu wagi będącej przedmiotem oferty. Z dokumentu tego, musi wynikać spełnienie tego wymagania.

Na system wagowy stanowiący przedmiot zamówienia składają się wagi instalowane na urządzeniu zasypowym oraz instalowane na żurawiu HDS. Zamawiający sformułował ww. wymogi ogólnie, jako odnoszące się do całego systemu wagowego. Oznacza to, że odnoszą się one także do wag instalowanych na żurawiu HDS. Tymczasem wymóg, aby system wagowy był automatycznym systemem dynamicznym jest zasadny jedynie w przypadku wag instalowanych na urządzeniu zasypowym. Nie ma on natomiast zastosowania do wag instalowanych na żurawiu HDS, ponieważ budowa i specyfika pracy podnośnika HDS stoi na przeszkodzie stosowaniu automatycznego systemu dynamicznego ważenia. W przypadku żurawia HDS zastosowanie mają tylko systemy statyczne. Ponadto zamawiający wymaga zastosowania wag o klasie dokładności Y(b). Ww. kryterium w sposób racjonalny można odnieść jedynie do automatycznych wag dynamicznych. Takie wymaganie co do dokładności działania sformułowane w stosunku do wagi zainstalowanej na żurawiu HDS jest błędne i niemożliwe do wykonania, ponieważ klasa dokładności Y(b) dopuszcza maksymalnie 1000 działek legalizacyjnych. Zamawiający, wymagając działki legalizującej $e = d \leq 2 \text{ kg.}$, mógłby ważyć tylko w zakresie do 2.000 kg (działka legalizacyjna 2 kg. x 1000 działek legalizacyjnych – maksymalna ilość w klasie dokładności Y(b)), podczas gdy maksymalny udźwig HDS wynosi ponad 7.000 kg.

Opis przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem oraz obowiązkiem zamawiającego i należy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania, a sposób, w jaki zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, został określony w art. 29-31 p.z.p. Jednakże opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać **rzeczywistym potrzebom zamawiającego**. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie na kwestie „uzasadnionych potrzeb zamawiającego” (zob. wyroki KIO: z 5 VII 2012 r., sygn. KIO 1307/11; z 12 VII 2012 r., sygn. KIO 1360/12) czy też „obiektywne okoliczności” (zob. wyrok KIO z 8 VII 2011 r., sygn. KIO 1344/11), zwłaszcza w świetle opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei w literaturze wskazano, że „(...) dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie zasady uczciwej

M

konkurencji” (zob. komentarz do art. 29 (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, LEX 2014). „Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i **nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję**. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. **Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego**” (wyrok KIO z 23 IV 2014, sygn. KIO 698/14).

W związku z powyższymi wypowiedziami KIO i doktryny należy stwierdzić, że zamawiającemu nie wolno formułować wymogów niemożliwych do wykonania lub oczywiście nieracjonalnych. Dlatego za sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. należy uznać sformułowanie wymogu, aby wagi instalowane na żurawiu HDS były elementem automatycznego systemu ważenia dynamicznego i należały do klasy dokładności Y(b).

Na wypadek zakwestionowania przez zamawiającego ww. twierdzeń co do możliwości technicznych i racjonalności rozwiązań wymaganych w pkt 3.2.12.4 w odniesieniu do wag instalowanych na żurawach HDS odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Dowód

- 5) *z opinii biegłego z zakresu elektroniki, elektrotechniki i automatyki (inżynier konstruktor) w przedmiocie, czy technicznie możliwym i racjonalnym jest, aby wagi instalowane na żurawach HDS były elementem automatycznego systemu ważenia dynamicznego i należały do klasy dokładności Y(b) przy wymaganiu działki legalizującej $e = d \leq 2 \text{ kg}$.*

IV. Naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. przez niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia w pozostałym zaskarżonym zakresie.

Jak już wspomniano, „opis przedmiotu zamówienia stanowi odrębną część SIWZ, w której zamawiający maksymalnie dokładnie i szczegółowo opisuje produkt finalny, jaki zamierza

otrzymać w wyniku prowadzonej procedury udzielenia zamówienia” (wyrok KIO z 14 V 2013, sygn. KIO 1003/13). „Zasada przejrzystości oznacza, że **wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób**, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg” (wyrok TS z 10 V 2012, sygn. C-368/10). Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. powinno umożliwić wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również powinno pozwolić na obliczenie ceny oferty. Zgodnie bowiem z art. 66 § 1 k.c.: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Zatem zamawiający obowiązany jest opisać świadczenie, którego oczekuje od wykonawców w taki sposób, aby wykonawcy na podstawie powyższej wiedzy mogli złożyć oferty na określonych warunkach co do np.: ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji, cech i parametrów technicznych, cech jakościowych, cech funkcjonalnych itp. Użyte w art. 29 ust. 1 sformułowanie „mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” oznacza wszystkie informacje o przyszłym świadczeniu umożliwiające wykonawcom także obliczenie ceny oferty.

Powyższego standardu nie spełniają następujące postanowienia SIWZ:

- 3.2.1.2 w którym zamawiający wymaga, aby system zapewniał jego rozbudowę o kolejne pojazdy lub „**stałe urządzenie Zamawiającego**”, przy czym zamawiający nie określa, co kryje się pod pojęciem „stałe urządzenie Zamawiającego”. Wykonawca nie jest w stanie skalkulować ceny oferty, bo nie może określić docelowej funkcjonalności, jaką winien realizować system, który zgodnie z tym wymogiem ma zapewnić w przyszłości współpracę z bliżej nieokreślonymi przez zamawiającego urządzeniami;
- 3.2.1.6.2 w którym zamawiający wymaga, aby wykonawca dostarczał karty SIM i ponosił koszty transmisji danych przez okres 60 miesięcy, po upływie którego mają one przejść na własność zamawiającego. Podany okres pozostaje w sprzeczności z okresem na jaki przewidywane jest podpisanie umowy (48 miesięcy – zob. pkt 6.4. SIWZ), dlatego jest niejasny i niezrozumiały. Zamawiający powinien dostosować pkt 3.2.1.6.2 do pkt 6.4 SIWZ;

- pkt. 3.2.1.6.9, w którym zamawiający przewidział, że dane o zarejestrowanych zdarzeniach powinny być dostępne do pobrania poprzez interfejs wymiany danych nie później niż po 5 minutach od zarejestrowania zdarzenia, ponieważ zamawiający nie sprecyzował bliżej informacji i wymogów odnoszących się do interfejsu wymiany danych. Jest to jedyny fragment SIWZ, w którym zamawiający o ww. elemencie systemu stanowiącego przedmiot zamówienia wspomina;
- 3.2.4.1 w którym zamawiający wymaga, aby wykonawca w nieprzekraczalnym terminie wskazał i wdrożył koncepcję rozwiązania kwestii ewidencjonowania odpadów przekazywanych do PSZOK. Kwestionowany zapis nie zawiera nawet minimalnych wymagań w zakresie przedmiotowej koncepcji, zatem uniemożliwia skalkulowanie ceny przez wykonawcę za ów element. Brak sprecyzowania wymogów naraża wykonawcę na dodatkowe koszty w przypadku braku akceptacji zaproponowanej koncepcji,
- 3.2.6.3 w którym zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił trzy ręczne czytniki RFID służące do ewidencjonowania w systemie opróżnianych koszy ulicznych, przy czym zamawiający jasno nie określił, czy są to urządzenia, które są wyspecyfikowane jako element wyposażenia pojazdów (w tabeli w pkt. 3.2.1.5), czy też dodatkowe odrębne urządzenia;
- pkt. 3.2.13.1, w którym postanowiono, że wykonawca zobowiązuje się do umożliwienia dodawania zdjęć zrobionych za pomocą urządzeń z Systemem Android. Dodane w ten sposób zdjęcia mają być przypisane do danego MGO oraz widoczne w systemie w ciągu maksymalnie 5 min. od ich dodania. Przepis ten nie spełnia standardu określonego przez art. 29 ust. 1 p.z.p., ponieważ jest niejasny. Mianowicie nie wiadomo, czy wykonawca jest zobowiązany do dostawy przedmiotowych urządzeń umożliwiających robienie zdjęć, a jeżeli tak, to w jakiej liczbie i jakiego typu, czy też zamawiający sam się zaopatrzy w ww. urządzenia;
- pkt. 3.2.14.11, w którym zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązuje się do posiadania serwera o parametrach pozwalających na archiwizację wszystkich danych niezbędnych do funkcjonowania systemu co najmniej przez okres 3 lat od daty zarejestrowania zdarzenia, jest niejasny, ponieważ jednocześnie zamawiający w pkt 3.2.14.9 wskazał, że usługa musi zawierać wszystkie składniki kompleksowego systemu monitoringu oraz identyfikacji z dostawą i wdrożeniem **systemu na terenie siedziby zamawiającego**. Tak więc, z jednej strony mowa o posiadaniu przez wykonawcę serwera, z drugiej o wdrożeniu systemu w siedzibie zamawiającego. Pomiędzy ww.

postanowieniami zachodzi wyraźna sprzeczność. Co więcej, pkt. 3.2.14.11 sugeruje, że serwer posiadany przez wykonawcę ma wykonywać wszystkie funkcje, które w opisie przedmiotu zamówienia przypisano temu urządzeniu. Nieracjonalnym i nieekonomicznym byłoby bowiem, aby na jeden system składały się dwa serwery, jeden posiadany przez wykonawcę i służący jedynie archiwizacji danych, a drugi posiadany przez zamawiającego w jego siedzibie. W konsekwencji niejasna jest architektura systemu, bowiem nie wiadomo, czy tak istotny element systemu ma być wdrożony na miejscu u zamawiającego, czy też ma pozostawać w posiadaniu wykonawcy. Inne postanowienia SIWZ jedynie pogłębiają chaos informacyjny. Zgodnie z pkt. 6.8 SIWZ po zakończeniu umowy cały system, w tym urządzenia, oprogramowanie, oprzyrządowanie oraz pozostałe prawa przechodzą na własność zamawiającego. Powstaje pytanie, czy ww. przepis obejmuje także serwer posiadany przez wykonawcę. Odpowiedź ma fundamentalne znaczenie, bowiem w razie jego przejścia na własność zamawiającego istotnie wzrasta koszt wykonania systemu. Taki serwer nie mógłby także służyć wykonawcy przechowywaniu danych informatycznych niezwiązanych z zamawiającym. W powyższym zakresie znaczenie ma także regulacja dotycząca gwarancji. Pkt. 3.2.14.16 SIWZ stanowi, że serwis gwarancyjny będzie świadczony nieodpłatnie na terenie siedziby zamawiającego. Z kolei pkt 3.2.14.19 SIWZ przewiduje, że usunięcie awarii powinno nastąpić najpóźniej w ciągu 72 godzin od zgłoszenia informacji o awarii (w przypadku podzespołów zamontowanych na pojazdach lub na bazie zamawiającego) lub w ciągu 24 godzin od daty zgłoszenia (w przypadku oprogramowania lub serwera do archiwizacji danych). Z zestawienia tych postanowień wynika, że usunięcie usterki serwera powinno nastąpić w siedzibie zamawiającego, co stoi w sprzeczności z pkt 3.2.14.11. Tak więc niejasnym jest, ile serwerów ma składać się na system. Jeżeli tylko jeden, powstaje pytanie, gdzie się ma znajdować. Jeżeli w siedzibie zamawiającego, to niezrozumiałym jest wymóg jego posiadania przez wykonawcę w całym okresie umowy. Nie wiadomo także, na jakich zasadach wraz z końcem obowiązywania umowy jego własność ma przejść na zamawiającego.

V. Legitymacja odwołującego do złożenia odwołania

ELTE GPS sp. z o.o. jest w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. legitymowana do wniesienia niniejszego odwołania. KIO wielokrotnie wskazywała, że: „Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI p.z.p. 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 ustawy. **Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu.** Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. **Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem**".

Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz" (wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). Ponadto: „Pozostawienie bez rozpoznania wyłącznie zarzutów, w odniesieniu do których ziściły się przesłanki odrzucenia odwołania, urzeczywistnia zasadę zawartą w art. 7 ust. 3 p.z.p., nakazującą udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jest również zgodne z wyrażanym w orzecznictwie i piśmiennictwie postulatem szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 p.z.p. **Pogląd ten wskazuje na możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej nie tylko w celu zachowania praw wykonawcy w postępowaniu, ale również w celu zapewnienia zgodności z prawem całego postępowania o udzielenie zamówienia**.” (wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11).

Dodać należy, że opis przedmiotu zamówienia stanowi część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok KIO z 14 V 2013, sygn. KIO 1003/13). Stąd argumenty przemawiające za szerokim rozumieniem legitymacji do wniesienia odwołania od

postanowień SIWZ mają zastosowanie do legitymacji do złożenia odwołania wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej bezpośrednio na dziennik podawczy w dniu 10 listopada 2016 r., czyli w terminie wskazanym w art. 182 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

Odwołanie zostało doręczone zamawiającemu w dniu 10 listopada 2016 r., czyli w terminie wskazanym w art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w związku z art. 180 ust. 5 p.z.p.

PREZES

mgr inż. Paweł Nuzat

Za odwołującego się – Prezes Zarządu

Załączniki:

- 1) odpis aktualny KRS odwołującego się;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania na rachunek bankowy UZP;
- 3) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 21 maja 2014 r.

Do pisma skierowanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej załączono dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu w terminie określonym w art. 180 ust. 5 p.z.p. .

Bank Pekao SA
ul. Grzybowska 53/57
00-950 Warszawa

Potwierdzenie wykonanej operacji

Dane właściciela rachunku	Nazwa właściciela ELTE GPS SP Z O O	Adres właściciela UL. MEDYCZNA 13, 30-527 KRAKÓW	Rachunek właściciela 97 1240 4432 1111 0000 4729 8525
Dane kontrahenta/zleceniodawcy	Nazwa Urząd Zamówień Publicznych	Adres Posłepu 17a Warszawa	Rachunek 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000
Szczegóły operacji	Data waluty 09.11.2016	Data księgowania 09.11.2016 11:45:36	Kwota -7 500,00 PLN
	Tytuł operacji wpis do odwołania zamówienia 337113 -206 z dnia 2016-11-05 - dot. postępowania na " wdrożenie, obsługa, mo nitorowanie..."	Typ operacji	Kod operacji 020
	Opis kodu operacji Przetów krajowy (-)	Sygnatura	Referencja Klienta NONREF
	Referencja banku 1361109609302326	Informacje dodatkowe	Referencja zleceniodawcy

W rozliczeniach transgranicznych należy używać numeru rachunku IBAN oraz kodu BIC.

Numer IBAN tego rachunku: PL8712404432111000047298525; kod BIC Banku Pekao SA: PKOPPLPW.

Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57 wpisany pod numerem KRS: 0000014843 do Rejestru Przedsiębiorców, prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego; NIP: 526-00-06-841; wysokość kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego: 262 470 034 złotych, według stanu na dzień 28 grudnia 2012 r.; Środki zgromadzone w Banku Pekao S.A. (dalej: Bank) na rachunkach bankowych objęte są gwarancją Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (dalej: BFG) do kwoty w złotych stanowiącej równowartość 100 000 euro łącznie dla środków zgromadzonych na wszystkich rachunkach bankowych Klienta prowadzonych przez Bank oraz innych środków zgromadzonych w Banku które spełniają warunek objęcia gwarancją BFG, z zastrzeżeniem iż szczególne zasady gwarancji BFG, w tym: 1) lista podmiotów, których środki zostały wyłączone spod ochrony (Skarb Państwa, NBP, BFG, niektóre podmioty sektora publicznego i finansowego), 2) lista środków, które nie podlegają ochronie BFG (środki wpłacone tytułem udziałów, wpisowego i wkładów członkowskich do spółdzielni, pieniądź elektroniczny, środki otrzymane w zamian za pieniądź elektroniczny oraz niektóre depozyty do wysokości 2,5 euro), 3) wykaz innych środków gwarantowanych przez BFG, oraz 4) wykaz sytuacji, w których ochronie BFG mogą podlegać środki powyżej wskazanej łącznej kwoty gwarancji; określone zostały w "Aukcuz Informacyjnym dla Deponentów" oraz w "Informacji dotyczącej trybu i warunków otrzymania świadczenia pieniężnego na podstawie ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji", które dostępne są w każdym oddziale Banku Pekao S.A. oraz na stronie www.pekao.com.pl

Dokument sporządzony elektronicznie na podstawie Art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy Prawo bankowe, Art. 60 kc, Art. 20 ust. 2 i 5 Ustawy o rachunkowości. Nie wymaga stempla i podpisu.

Data wystawienia dokumentu: 09.11.2016 11:57:57

PREZES

mgr inż. Paweł Nasal