



Warszawa, dnia 14 lutego 2021 r.

**Prezes**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

PIXEL Sp. z o.o.

ul. Bogdana Raczkowskiego 5, 85-862 Bydgoszcz

Numer KRS: 0000111391

**reprezentowana przez:**

r.pr. Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy  
t. 664118801, e-mail: [dziembinski@kzp.net.pl](mailto:dziembinski@kzp.net.pl)

**Zamawiający:**

Miejski Zakład Komunikacyjny w Bielsku-Białej Sp. z o.o. (nr KRS 0000821115)

ul. Długa 50, 43-309 Bielsko-Biała

Numer tel.: tel. 33 814 35 11, 33 814 49 72.

Adres poczty elektronicznej: [sekretariat@mzk.bielsko.pl](mailto:sekretariat@mzk.bielsko.pl)

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania

<https://platformazakupowa.pl/pn/mzk.bielsko>

**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego na **System wnoszenia za pomocą mobilnych kasowników opłat za przejazdy przy pomocy zbliżeniowych kart płatniczych lub zbliżeniowych płatności mobilnych dla Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w Bielsku-Białej Sp. z o.o.**, Nr sprawy: **DZP-3411/01/2022** (zwane dalej „postępowaniem”)

1. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”), w imieniu wykonawcy PIXEL Sp. z o.o., zwanego dalej „Odwołującym”, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej: „ogłoszenie”) oraz postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).
2. Przedmiotem zamówienia jest System wnoszenia za pomocą mobilnych kasowników opłat za przejazdy przy pomocy zbliżeniowych kart płatniczych lub zbliżeniowych płatności mobilnych dla Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w Bielsku-Białej Sp. z o.o. Opis przedmiotu zamówienia został szczegółowo opisany w Załączniku Nr 3 do SWZ

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 4 lutego 2022r., Dz.U./S S25, pod numerem ogłoszenia 2022/S 025-064380.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ na stronie internetowej pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/569960>

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania odpowiednimi osobami, w sposób niejasny, nieprecyzyjny i niezrozumiały, uniemożliwiający ocenę, czy dany wykonawca spełnia ww. warunki udziału w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;
- b) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania odpowiednimi osobami, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunków, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, są nadmierne i nie znajdują uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) przesunął termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie, z uwzględnieniem postanowień art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tj. o co najmniej 15 dni, licząc od czasu uwzględnienia odwołania w całości (przy braku wniesienia sprzeciwu) albo od czasu ogłoszenia orzeczenia KIO,
- c) dokonaną zmianę treści SWZ udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
- d) niezwłocznie po opublikowaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE zamieścił informację o zmianach na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy warunki

udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i spełnienia tak sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, pomimo posiadania doświadczenia pozwalającego na należyte wykonanie zamówienia oraz możliwości zaoferowania urządzeń i rozwiązań spełniających wymagania Zamawiającego. Kwestionowane w odwołaniu brzmienie warunków udziału w postępowaniu pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbitcie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonawcy oraz wymaganej kadry, faktycznie umożliwiając Odwołującemu udział w postępowaniu. Tym samym w przyszłości oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SWZ Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie uczestniczyć w postępowaniu i złożyć oferty spełniającej wymagania SWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 505 ust. 1 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób może wpłynąć na wynik Postępowania.

7. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 4 lutego 2022r., Dz.U./S S25, pod numerem ogłoszenia 2022/S 025-064380. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 14 lutego 2022 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

## UZASADNIENIE

### I Odnośnie:

- zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z

naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania odpowiednimi osobami, w sposób niejasny, nieprecyzyjny i niezrozumiały, uniemożliwiający ocenę, czy dany wykonawca spełnia ww. warunki udziału w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, oraz

- zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania odpowiednimi osobami, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunków, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, są nadmierne i nie znajdują uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, wskazać należy, co następuje.

1. Zamawiający w sekcji III.1.3), pkt 1. i 2. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Części V. pkt 2 SWZ zamieścił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczące doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania odpowiednimi osobami, tj.:

„2.1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wdrożyli, co najmniej jedną dostawę (w ramach jednego zamówienia/umowy) infrastruktury rozumianej jako wdrożenie systemu poboru opłat (rozumianego jako dostawa urządzeń (kasowniki mobilne, automaty biletowe) wraz z systemem centralnym, o którym mowa w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, stanowiących całość tego systemu), umożliwiającego zbliżeniowe pobieranie, wnoszenie i rozliczanie opłat za przejazd w pojazdach transportu zbiorowego, w ilości nie mniejszej niż 120 urządzeń, w tym co najmniej 80 szt. muszą stanowić kasowniki mobilne, w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ.

2.2. Zamawiający wymaga, aby osoby, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiadały następujące kwalifikacje:

2.2.1. Kierownik Projektu (jedna osoba) -

doświadczenie, w okresie ostatnich 5 lat, we wdrożeniu, co najmniej jednego projektu obejmującego co najmniej jedną dostawę (w ramach jednego zamówienia/umowy) infrastruktury rozumianej jako wdrożenie systemu poboru opłat (rozumianego jako dostawa urządzeń (kasowniki mobilne, automaty biletowe) wraz z systemem centralnym, o którym mowa w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, stanowiących całość tego systemu), umożliwiającego zbliżeniowe pobieranie, wnoszenie i rozliczanie opłat za przejazd w pojazdach transportu zbiorowego w ilości nie mniejszej niż 120 urządzeń, w tym co najmniej 80 szt. muszą stanowić kasowniki mobilne, w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ.

2.2.2. Specjalista (dwie osoby) -

doświadczenie, w okresie ostatnich 5 lat, we wdrożeniu, co najmniej jednego projektu obejmującego co najmniej jedną dostawę (w ramach jednego zamówienia/umowy) infrastruktury rozumianej jako wdrożenie systemu poboru opłat (rozumianego jako dostawa urządzeń (kasowniki mobilne, automaty biletowe)) wraz z systemem centralnym, o którym mowa w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, stanowiących całość tego systemu), umożliwiającego zbliżeniowe pobieranie, wnoszenie i rozliczanie opłat za przejazd w pojazdach transportu zbiorowego w ilości nie mniejszej niż 80 urządzeń, w tym co najmniej 50 szt. muszą stanowić kasowniki mobilne, w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ.

Każda z osób, którymi Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował, musi spełniać wszystkie warunki stawiane dla danej funkcji. Zamawiający nie dopuszcza łączenia ww. funkcji.”

Jak wynika z powyższego warunek doświadczenia, zarówno dotyczący wykonawcy jak i dotyczący osób, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, został sformułowany w niemal identyczny sposób a jedyna różnica w brzmieniu warunku dotyczy liczby urządzeń i liczby kasowników mobilnych wymaganych w przypadku Specjalisty. Zamawiający za każdym razem wskazał zatem, że:

- w ramach dostawy infrastruktury musiała zostać wykonana została dostawa dwóch rodzajów urządzeń, tj. kasowników mobilnych i automatów biletowych,
- dostarczone kasowniki mobilne muszą być kasownikami mobilnymi w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ,
- dostarczone kasowniki mobilne, w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, mają stanowić jedynie część dostarczonych urządzeń.

Innymi słowy Zamawiający za każdym razem wymaga, aby oprócz dostawy kasowników mobilnych w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ dostawa infrastruktury obejmowała także dostawę automatów biletowych, czyli drugiego rodzaju urządzeń wskazanego w ww. warunkach. Co jednak najistotniejsze, w żadnym z ww. warunków, jak również w żadnym innym miejscu w SWZ i w załącznikach do SWZ Zamawiający nie wyjaśnił co należy rozumieć przez automat biletowy (czy automaty biletowe). O ile pojęcie kasowników mobilnych zostało przez Zamawiającego zdefiniowane, poprzez wskazanie, że chodzi kasowniki mobilne w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, o tyle brak jest analogicznej definicji pojęcia „automaty biletowe”. Co więcej, pojęcie „automat biletowy” (czy „automaty biletowe”) nie pojawia się nigdzie indziej w SWZ jak i w załącznikach do SWZ – zostało użyte przez Zamawiającego tylko i wyłącznie w ww. warunkach. W rezultacie wykonawcy nie wiedzą i nie mogą się dowiedzieć co należy rozumieć pod pojęciem „automat biletowy” (czy „automaty biletowe”). gdyż Zamawiający w żaden sposób tego nie wyjaśnił. Z treści warunku wynika tylko i wyłącznie tyle, że Zamawiający najwyraźniej rozróżnia automaty biletowe od kasowników mobilnych i uznaje je za urządzenia różnego rodzaju. Nie wiadomo jednak na czym miałyby polegać różnica między automatami biletowymi i kasownikami mobilnymi, gdyż Zamawiający w żaden sposób tego nie wyjaśnił. Nie wiadomo też jakie funkcje, parametry czy właściwości miałyby posiadać dane urządzenie, aby Zamawiający uznał je za automat biletowy.

Niejasność, nieprecyzyjność i niezrozumiałość ww. warunków powiększa dodatkowo to, że Zamawiający zdefiniował użyte w nich pojęcie kasowników mobilnych poprzez wskazanie, że chodzi kasowniki mobilne w rozumieniu ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ. W ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ (str. 5) Zamawiający wskazał natomiast, że:

„Kasowniki Mobilne (Kasowniki) – urządzenia montowane w autobusach Zamawiającego, umożliwiające pobieranie oraz wnoszenie opłat za przejazd przy wykorzystaniu Zbliżeniowych Kart Płatniczych”.

Wobec takiej, bardzo ogólnej i pojemnej definicji kasowników mobilnych nie sposób stwierdzić czym miałyby się od nich różnić automaty biletowe. Zamawiający nie wyjaśnił przy tym nawet tego, czy wymagane w ww. warunkach automaty biletowe mają być urządzeniami mobilnymi, tak jak kasowniki, czy może urządzeniami stacjonarnymi.

Podsumowując, wobec braku nie tylko precyzyjnej definicji ale nawet jakichkolwiek wskazówek w SWZ co należy rozumieć pod pojęciem „automat biletowy” (czy „automaty biletowe”), ww. warunki uznać należy za sformułowane w sposób niejasny, nieprecyzyjny i niezrozumiały, uniemożliwiający ocenę, czy dany wykonawca spełnia je czy też nie.

2. Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Nie ma żadnych wątpliwości, że warunek udziału sformułowany w sposób niejasny, nieprecyzyjny i niezrozumiały uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i już tylko z tego względu jest niezgodny art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zarówno w orzecznictwie KIO jak i Sądów Okręgowych od wielu lat nie budzi żadnych wątpliwości, że postanowienia SWZ (wcześniej SIWZ) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, zwłaszcza jeśli idzie o warunki udziału w postępowaniu. Za wyrokiem KIO z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 423/20, Odwołujący podkreśla, że: „Brak jednoznaczności SIWZ i wątpliwości interpretacyjne z tym związane wskazują na błąd popełniony przez Zamawiającego przy opracowywaniu dokumentacji postępowania.” Z kolei za uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r. KIO/KD 33/14 stwierdzić trzeba, że: „warunek udziału w postępowaniu, od którego w dużej mierze zależy udział wykonawców w postępowaniu, powinien być formułowany w sposób ścisły i jednoznaczny”. Nie ma żadnych wątpliwości, że warunki udziału, kwestionowane w niniejszym odwołaniu, nie zostały sformułowane w sposób ścisły i jednoznaczny i już tylko z tego względu muszą zostać zmienione w sposób wskazany w dalszej części odwołania. Jak to bowiem słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1513/13: „(...) właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp - w aktualnym stanie prawnym nazywane opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków - ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak

i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie spełnia-nie spełnia.” Jest poza sporem, że warunki udziału, kwestionowane w niniejszym odwołaniu, w swoim aktualnym brzmieniu nie dają możliwości oceny ich spełniania zgodnie z powyższą zasadą.

3. Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego wymaganie w ww. warunkach udziału dostawy innych urządzeń niż kasowniki mobilne, tj. automatów biletowych, nie ma żadnego uzasadnienia, jest nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie ma oparcia w przedmiocie zamówienia. Jak wynika bowiem z postanowień Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, przedmiot zamówienia obejmuje dostawę kasowników mobilnych, nie obejmuje natomiast dostawy automatów biletowych. W Załączniku nr 3 wskazano jasno i wyraźnie, że: „W SPO (Systemie Poboru Opłat – przyp. Odwołującego) postawiono na rozwiązanie oparte o aplikację centralną, umieszczoną w infrastrukturze chmurowej, uzupełnioną o urządzenia IoT znajdujące się w pojazdach, czyli o tzw. mobilne kasowniki. Będą one umożliwiały obsługę płatności zbliżeniowych przy pomocy Kart EMV, poprzez mechanizm tokenizacji numeru karty” (cytat za str. 3 Załącznika Nr 3 do SWZ). Ponadto jak wynika z definicji pojęcia „urządzenia” w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ (str. 6), urządzenia dostarczane w ramach przedmiotowego zamówienia to: „Kasowniki Mobilne, Urządzenia Pokładowe, Czytniki Kontrolerskie, a także urządzenia dostarczone w ramach Stanowisk Administratora”. Dostawy innych urządzeń, w szczególności dostawy automatów biletowych, opis przedmiotu zamówienia nie przewiduje. Odwołujący wyjaśnia tutaj, że zgodnie z definicją pojęcia „Urządzenia Pokładowe” w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ (str. 7) są to „urządzenia dostarczane w ramach przedmiotowego zamówienia, zainstalowane w autobusach, sterujące pracą Kasowników lub pozostałych urządzeń Systemu; funkcję Urządzenia Pokładowego może również pełnić Kasownik Mobilny”. Zatem Urządzeń Pokładowych nie sposób uznać za automaty biletowe.

Jeśli przyjąć by natomiast, że przez automaty biletowe rozumieć należy biletomaty stacjonarne, o których mowa w Załączniku Nr 3 do SWZ (do czego w ocenie Odwołującego nie ma żadnych podstaw), to również w takim wypadku wymaganie w ww. warunkach udziału dostawy automatów biletowych jest bezpodstawne i nadmierne. Jak bowiem wynika z Załącznika Nr 3 do SWZ w skład przedmiotu zamówienia nie chodzi ani dostawa biletomatów, ani nawet dostosowanie biletomatów już posiadanych przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał na to jasno i wyraźnie w pkt 4.1.6.2.3. Załącznika Nr 3 do SWZ (str. 18), stwierdzając tam, że: „Dostosowanie biletomatów ani też dostawa nowych biletomatów, nie jest zakresem prac Wykonawcy.” Jak zatem nie interpretować by ww. warunków udziału, to kwestionowany wymóg dostawy automatów biletowych ma się nijak do przedmiotu niniejszego zamówienia.

4. Odwołujący wskazuje, że jakkolwiek określenie warunków udziału w postępowaniu jest decyzją Zamawiającego, który ma uprawnienie do definiowania wymogów w sposób pozwalający mu osiągnięcie zamierzonego celu, o tyle swoboda Zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru nieograniczonego. Zamawiający powinien bowiem tak ukształtować warunki, by

pozwoły one na wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zobowiązany jest określać warunki w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, jego skali, zakresu czy złożoności. Wreszcie, nadmierne i nieproporcjonalne warunki Zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 16 ustawy Pzp zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasady te przejawiają się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez Zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia dla wykonawców, którzy są w stanie w sposób należyty zrealizować zamówienie. Zawężenie warunków udziału w postępowaniu nie może być narzędziem do sztucznego ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego eliminowania niektórych podmiotów z udziału w postępowaniu.

5. Odwołujący wskazuje, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Oznacza to, iż granicą dla określenia przez Zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dane zamówienie, jest najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

*„Ustawodawca ogranicza (...) swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne zatem jedynie wyjątkowo (z uwagi na fakt, że jednak jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców), wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonanie niektórych zamówień nie będzie wymagało posiadania jakiś szczególnych kompetencji, doświadczenia czy innego rodzaju potencjału. W wielu jednak przypadkach, zamawiający, aby uchronić się przed nienależytym wykonaniem, muszą mieć możliwość ustalenia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją, będą w stanie faktycznie wykonać takie zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Dlatego też godząc naczelne zasady zamówień publicznych oraz interesy zamawiających, dopuszcza się badanie zdolności wykonawcy, ale wyłącznie w zakresie w jakim jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.*

*Podsumowując, zamawiający mogą określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. (...)*

*Od dawna podkreśla się również, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów*



prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych (tak m.in. wyr. KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13, Legalis).

Powyższy pogląd zachowuje aktualność także obecnie, tak więc zasada proporcjonalności warunków udziału dotyczy przede wszystkim sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień)". (Marzena Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Legalis 2019).

Podkreślić zatem należy, że każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

6. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakwestionowanym zakresie nie spełniają kryteriów ustalonych w ustawie Pzp, a to z uwagi na fakt, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców.

**7. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie opisanych w sekcji III.1.3), pkt 1. i 2. ogłoszenia o zamówieniu oraz w Części V. pkt 2 SWZ warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej i nadanie im następującego brzmienia :**

„2.1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wdrożyli, co najmniej jedną dostawę (w ramach jednego zamówienia/umowy) infrastruktury rozumianej jako wdrożenie systemu poboru opłat (rozumianego jako dostawa urządzeń mobilnych, montowanych w autobusach, umożliwiających pobieranie oraz wnoszenie opłat za przejazd przy wykorzystaniu zbliżeniowych kart płatniczych, wraz z systemem centralnym, o którym mowa w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, stanowiących całość tego systemu), umożliwiającego zbliżeniowe pobieranie, wnoszenie i rozliczanie opłat za przejazd w pojazdach transportu zbiorowego, w ilości nie mniejszej niż 120 urządzeń mobilnych, montowanych w autobusach, umożliwiających pobieranie oraz wnoszenie opłat za przejazd przy wykorzystaniu zbliżeniowych kart płatniczych.

2.2. Zamawiający wymaga, aby osoby, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiadały następujące kwalifikacje:

2.2.1. Kierownik Projektu (jedna osoba) -

doświadczenie, w okresie ostatnich 5 lat, we wdrożeniu, co najmniej jednego projektu obejmującego co najmniej jedną dostawę (w ramach jednego zamówienia/umowy) infrastruktury rozumianej jako wdrożenie systemu poboru opłat (rozumianego jako dostawa urządzeń mobilnych, montowanych w autobusach, umożliwiających pobieranie oraz wnoszenie opłat za przejazd przy wykorzystaniu zbliżeniowych kart płatniczych, wraz z systemem centralnym, o którym mowa w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, stanowiących całość tego systemu), umożliwiającego zbliżeniowe pobieranie, wnoszenie i rozliczanie opłat za przejazd w pojazdach transportu zbiorowego w ilości nie mniejszej niż 120 urządzeń mobilnych, montowanych w autobusach, umożliwiających pobieranie oraz wnoszenie opłat za przejazd przy wykorzystaniu zbliżeniowych kart płatniczych.

#### 2.2.2. Specjalista (dwie osoby) -

doświadczenie, w okresie ostatnich 5 lat, we wdrożeniu, co najmniej jednego projektu obejmującego co najmniej jedną dostawę (w ramach jednego zamówienia/umowy) infrastruktury rozumianej jako wdrożenie systemu poboru opłat (rozumianego jako dostawa urządzeń mobilnych, montowanych w autobusach, umożliwiających pobieranie oraz wnoszenie opłat za przejazd przy wykorzystaniu zbliżeniowych kart płatniczych, wraz z systemem centralnym, o którym mowa w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ, stanowiących całość tego systemu), umożliwiającego zbliżeniowe pobieranie, wnoszenie i rozliczanie opłat za przejazd w pojazdach transportu zbiorowego w ilości nie mniejszej niż 80 urządzeń mobilnych, montowanych w autobusach, umożliwiających pobieranie oraz wnoszenie opłat za przejazd przy wykorzystaniu zbliżeniowych kart płatniczych.

Każda z osób, którymi Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował, musi spełniać wszystkie warunki stawiane dla danej funkcji. Zamawiający nie dopuszcza łączenia ww. funkcji.”

Odwołujący wskazuje, że z wnioskowanej nowej treści warunków udziału usunięty został wymóg dotyczący automatów biletowych a zamiast dwóch rodzajów urządzeń wymagany jest jeden, tj. urządzenia mobilne, których definicja stanowi niemal dosłowne powtórzenie definicji kasowników mobilnych, podanej w ust. 2 Załącznika Nr 3 do SWZ – OPZ. Różnica polega wyłącznie na tym, że zamiast słowa „kasowniki” Odwołujący proponuje użycie bardziej ogólnego określenia, tj. „urządzenia”, gdyż urządzenia, które Zamawiający określa mianem kasowników, u innych zamawiających nazywane są inaczej, np. automatami biletowymi czy biletomatami. Jedyna różnica polega zatem na zastosowanym nazewnictwie i nie dotyczy wymaganych właściwości czy funkcji urządzeń.

Odwołujący podkreśla jednocześnie, że zaproponowana powyżej nowa treść warunków udziału, po pierwsze, jest precyzyjna i jednoznaczna, w szczególności użyte w niej pojęcia zostały zdefiniowane poprzez odesłanie do definicji zamieszczony w Załączniku Nr 3 do SWZ, nie będzie zatem wątpliwości ani sporów jak te pojęcia rozumieć.

Po drugie, będzie stanowić wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy faktycznie zdolni do jego należytego wykonania.

Po trzecie, warunki postulowane przez Odwołującego, inaczej niż warunki określone aktualnie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ, nie będą nikogo dyskryminować.

Po czwarte, warunki postulowane przez Odwołującego są niewątpliwie adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, gdyż przedmiotem zamówienia jest dostawa kasowników mobilnych (jako elementu Systemu Poboru Opłat) a nie automatów biletowych czy biletomatów stacjonarnych, o których mowa w Załączniku Nr 3 do SWZ – OPZ.

## II Odnośnie terminu składania ofert

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 9 marca 2022 r., godz. 10<sup>00</sup>. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych warunków, treść ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tak znacznie się zmienia, że konieczne będzie ponowne, kompleksowe przeanalizowanie przez wykonawców obecnie nie zainteresowanych przetargiem własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na fakt, że kwestionowane warunki udziału są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący zmuszony jest wstrzymać się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji odnośnych ustępów ogłoszenia o zamówienia i SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien był rozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań SWZ oraz własnych zasobów. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić wycenić oferowane rozwiązania oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe z kontrahentami itp.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, liczonego od czasu uwzględnienia odwołania w całości (przy braku wniesienia sprzeciwu) albo od czasu ogłoszenia orzeczenia KIO, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
4. opłata skarbową od pełnomocnictwa,
5. aktualny odpis z KRS,