

Sygn. akt: KIO 1310/17

WYROK
z dnia 20 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **S. S. P. sp. z o.o. w W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **P. R. sp. z o.o. w W.**

przy udziale wykonawcy **A. J. W. sp. j. w P.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **S. R. sp. z o.o. we W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **W. S.A. w G.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Z. S.A. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt I. 1, I. 3, I. 4, I. 6, I. 7, I. 8, I. 9, I. 13, I. 14 a, I. 14 d, I. 14 e, I. 15 odwołania z powodu cofnięcia odwołania,
2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt I. 10, I. 11, I. 12, I. 14 c odwołania co do zaniechania doprecyzowania czy wymiary i waga dotyczą tylko terminala mobilnego czy też czytnika RFID oraz zaniechania określenia łącznej wagi zestawu terminala mobilnego i czytnika RFID w przypadku zaoferowania wbudowanego czytnika RFID oraz w pkt I. 5 odwołania co do zaniechania podania

informacji co do rodzaju i liczby kart miejskich – z powodu uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. S. P. sp. z o.o. w W.:**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. S. P. sp. z o.o. w W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **S. S. P. sp. z o.o. w W.** na rzecz Przewozów Regionalnych sp. z o.o. w Warszawie kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – P. R. sp. z o.o. w W. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa terminali mobilnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 czerwca 2017 r. nr

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia,
 - 2) czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert
- wykonawca S. S. P. sp. z o.o. w W., zwany dalej „odwołującym”, wniósł 26 czerwca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec następujących postanowień:

I.

1. Kontrakty serwisowe

- a. §7 ust. 8 pkt 7) SIWZ (str. 6 SIWZ) w zakresie braku wymogu doprecyzowania kontraktu serwisowego (braku obowiązku wskazania numeru kontraktu i daty jego zawarcia) zawartego przez Wykonawcę;
- b. rozdz. IV pkt 7.2. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 72 SIWZ) w zakresie postanowień dla kontraktu serwisowego: uszkodzeń mechanicznych i nie mechanicznych urządzenia powstałych z winy użytkownika (7.2.1); braku definicji „zmiany roboczej” (7.2.5), w szczególności poprzez brak informacji o długości „zmiany roboczej” oraz maksymalnego czasu naprawy lub wymiany bez uwzględniania czasu transportu (7.2.8);

2. Kryteria oceny ofert

- a. §14 ust. 4 SIWZ (str. 13 SIWZ) w zakresie punktowanego parametru kryterium oceny ofert: „Processor”;
- b. §14 ust. 4 SIWZ (str. 13 SIWZ) w zakresie kryterium oceny ofert: „Czytnik kart RFID”;

3. Integracja urządzeń z aplikacją płatniczą lub hostem płatniczym

- a. §1 ust. 4 pkt 1) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 40 SIWZ) w zakresie braku dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania, co uniemożliwia kalkulację ceny oferty;
- b. §3 ust. 3 pkt 2) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 41 SIWZ) w zakresie braku dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania, co uniemożliwia kalkulację ceny oferty

4. Integracja aplikacji SSM z modułami Zamawiającego

- a. §1 ust. 4 pkt 1) lit. a)-c) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 40 SIWZ) w zakresie braku dokumentacji opisanych wymagań, co uniemożliwia kalkulacją ceny oferty;
 - b. §3 ust. 3 pkt 4) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 41 SIWZ) w zakresie braku dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania, co uniemożliwia kalkulację ceny oferty;
 - c. rozdz. II pkt 3.1., 3.2. i 3.3. Załącznika nr 1 do Umowy- OPZ (str, 56 SIWZ) w zakresie nieudostępnienia wykonawcom dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania oraz braku informacji o sposobie komunikacji z Systemem Centralnym i wykorzystywanymi technologiami;
5. Integracja urządzeń i aplikacji z systemami kart miejskich
- a. rozdz. II pkt 5 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 56 SIWZ) w zakresie braku podania informacji na temat kart miejskich - jaki rodzaj karty, w jakiej liczbie oraz jakie technologie będą wykorzystywane, braku dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania
6. Nieodpłatne wypożyczenie urządzeń (testy)
- a. rozdz. II pkt 7 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 57 SIWZ) w zakresie obowiązku nieodpłatnego wypożyczenia Zamawiającemu w ramach prowadzenia Analizy Przedwdrożeniowej 5 szt. zestawów składających się z terminala oraz drukarki w terminie nie dłuższym niż 14 dni od podpisania umowy do prowadzenia testów i konsultacji w celu przygotowania i wdrożenia przedmiotu zamówienia;
 - b. rozdz. II pkt 8.1 i 8.2. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 57 SIWZ) w zakresie czynności, które mają być wykonywane w ramach 5 sekundowych pętli;
7. Przekazanie niezbędnej wiedzy i dokumentacji po zawarciu Umowy
- a. rozdz. II pkt 9 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 57 SIWZ) w zakresie zobowiązania Zamawiającego do przekazania dopiero po podpisaniu Umowy wszelkiej niezbędnej wiedzy i dokumentacji dotyczącej integracji oprogramowania Wykonawcy z systemami Zamawiającego;
8. Funkcjonalność Systemu Centralnego
- a. rozdz. III pkt 1.1,3 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 58 SIWZ) w zakresie braku dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania, co uniemożliwia kalkulację ceny oferty oraz złożenie oferty;
9. Funkcjonalność oprogramowania MDM
- a. rozdz. III pkt 1.2 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 58 SIWZ) w zakresie braku wskazania, czy Zamawiający dopuszcza jedynie oprogramowanie MDM standardowe czy dopuszcza także oprogramowanie MDM dedykowane;

- b. rozdz. III pkt 1.2.2. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 58 SIWZ) w zakresie braku zdefiniowana w SIWZ protokołów OMA DM, OMA CP, SCEP pomimo postawienia wymogów z nimi związanych;
 - c. §4 ust. 1 pkt b) SIWZ (str. 3 SIWZ) w zakresie braku wskazania, że chodzi o licencję na oprogramowanie typu MDM na zainstalowanych terminalach;
10. Komunikacja Terminala z Systemem Centralnym - INTERFEJS
- a. rozdz. III pkt 1.4.1. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 60 SIWZ) w zakresie braku wskazania, czy wykonawca ma samodzielnie stworzyć interfejs czy też ma zintegrować oprogramowanie poprzez posiadany już przez Zamawiającego interfejs, a także brak opisanego ww. interfejsu oraz braku dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania
11. Kontrola biletów
- a. rozdz. III pkt 2.8.1. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 64 SIWZ) w zakresie braku podania informacji niezbędnych do realizacji wymagania i złożenia oferty, w szczególności braku wskazania i opisanego technologii oraz wymagań Wspólnego Biletu;
 - b. rozdz. III pkt 2.8.1. lit. f) Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 64 SIWZ) w zakresie niejednoznacznego wskazania wymagania: „bilety z kodem OCR”;
 - c. rozdz. III pkt 2.8.1. lit. f) Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 64 SIWZ) w zakresie niejednoznacznego wskazania wymagania: „bilety z kodem OCR”;
 - d. rozdz. III pkt 2.8.1. lit. i) Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 64 SIWZ) w zakresie niejednoznacznego wskazania wymagania: „modelu check-in, check-out” oraz nieudostępnienia kompletnej dokumentacji rozwiązania;
12. Wystawianie wezwań do zapłaty
- a. rozdz. III pkt 2.10.3 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 67 SIWZ) w zakresie niejednoznacznego wskazania wymagania: „kodu OCR”;
13. Cechy użytkowe Oprogramowania
- a. rozdz. III pkt 2.13.13 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 68 SIWZ) w zakresie wymagania obsługi przez Terminal Mobilny wbudowanego w drukarkę skanera;
14. Wymagania sprzętowe - terminal mobilny
- a. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 75 SIWZ) w zakresie opisu parametru „System Operacyjny”;
 - b. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 75 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Procesor”;
 - c. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 75 -76 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Ekran” w związku z opisem parametrów „Wymiary” i „Waga”;
 - d. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Odporność na warunki i upadki ” dotyczącym odporności na szok termiczny;

- e. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Skaner kodów kreskowych”
 - f. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76-77 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Zasilanie”;
 - g. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Czytnik kart/RFID”;
15. Wymagania sprzętowe - drukarka termiczna
- a. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Pamięć RAM”;
 - b. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Pamięć Flash”;
 - c. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Komunikacja” wymagającego port USB 2.0;
 - d. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Papier” określającego szerokość wydruku co najmniej 73 mm;
 - e. rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Wielkość ” określającego wagę nie więcej niż 0,34 kg z akumulatorem;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 2, art. 91 ust. 2 pkt 1 Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert w sposób naruszający zasady przeprowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, przez nieuzasadnione promowanie wykonawców, którzy oferują procesory o konkretnej liczbie rdzeni, podczas gdy procesory o takiej samej liczbie rdzeni mogą pracować z innymi prędkościami oraz określenie niejasnego i nieuzasadnionego a także niezwiązanego z przedmiotem zamówienia kryterium oceny ofert „Czytnik kart RFID”;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zbyt lakonicznych określeń, co może mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i naruszający zasady przeprowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy chcą zaoferować sprzęt odpowiadający potrzebom Zamawiającego, a nie mogą tego zrobić ze względu na brak dołączenia do SIWZ dokumentacji posiadanej przez Zamawiającego rozwiązania i brak wskazania konkretnych parametrów rozwiązania, które będzie posiadał, a także wskazanie parametrów niewystępujących na rynku, co uniemożliwia rzetelną kalkulację

ceny oferty i stwarza ryzyko zaoferowania różnych, niekonkurencyjnych rozwiązań przez wykonawców, co może skutkować tym, że oferty będą nieporównywalne.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w następujący sposób:

1. Kontrakty serwisowe

- a. modyfikację §7 ust. 8 pkt 7) SIWZ (str. 6 SIWZ) poprzez zamieszczenie wymogu wskazania numeru kontraktu serwisowego i daty jego zawarcia;
- b. modyfikację rozdz. IV pkt 7.2.1 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 72 SIWZ) poprzez usunięcie „wszystkie”
- c. modyfikację rozdz. IV pkt 7.2.5 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 72 SIWZ) poprzez zdefiniowanie pojęcia „zmiany roboczej” w szczególności poprzez określenie długości trwania „zmiany roboczej”;
- d. modyfikację rozdz. IV pkt 7.2.8 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 72 SIWZ) poprzez zastrzeżenie, że czas naprawy lub wymiany nie uwzględnia czasu transportu lub ewentualnie poprzez wydłużenie czasu naprawy lub wymiany o czas uwzględniający czas transportu;

2. Kryteria oceny ofert

- a. modyfikację §14 ust. 4 SIWZ (str. 13 SIWZ) w zakresie punktowanego parametru kryterium oceny ofert: „Procesor” poprzez zmianę promującą wydajność procesora tj. za punkty benchmark;
- b. usunięcie §14 ust. 4 SIWZ (str. 13 SIWZ) kryterium oceny ofert; „Czytnik kart RFID” i wskazanie innego, obiektywnego i uzasadnionego kryterium oceny ofert, na przykład: wewnętrzny czytnik RFID z obsługą 4 kart SAM lub zewnętrzny czytnik RFID komunikujący się poprzez Bluetooth.

3. Integracja urządzeń z aplikacją płatniczą lub hostem płatniczym

- a. modyfikację §1 ust. 4 pkt 1) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 40 SIWZ) poprzez udostępnienie kompletnej dokumentacji opisującej rozwiązanie oraz odniesienie do udostępnionej wykonawcom dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania i udostępnienie przez terminem składania ofert tej dokumentacji;
- b. modyfikację §3 ust. 3 pkt 2) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 41SIWZ) poprzez udostępnienie kompletnej dokumentacji opisującej rozwiązanie oraz odniesienie do udostępnionej wykonawcom dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania i udostępnienie przez terminem składania ofert tej dokumentacji;

4. Integracja aplikacji SSM z modułami Zamawiającego

- a. Modyfikację §1 ust. 4 pkt 1) lit. a)-e) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 40 SIWZ) poprzez udostępnienie kompletnej dokumentacji opisującej rozwiązanie oraz

- odniesienie do udostępnionej wykonawcom dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania i udostępnienie przez terminem składania ofert tej dokumentacji;
- b. Modyfikację §3 ust. 3 pkt 4) Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór Umowy (str. 41 SIWZ) poprzez udostępnienie kompletnej dokumentacji opisującej rozwiązanie oraz odniesienie do udostępnionej wykonawcom dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania i udostępnienie przez terminem składania ofert tej dokumentacji;
- c. modyfikację rozdz. II pkt 3.1., 3.2. i 3.3. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 56 SIWZ) poprzez udostępnienie wykonawcom dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania i udostępnienie przed terminem składania ofert tej dokumentacji a także wskazanie sposobu komunikacji z Systemem Centralnym i wykorzystywanymi technologiami
5. Integracja urządzeń i aplikacji z systemami kart miejskich
- a. modyfikację rozdz. II pkt 5 Załącznika nr 1 do Umowy-OPZ (str. 56 SIWZ) podanie informacji na temat kart miejskich - jaki rodzaj karty, w jakiej liczbie oraz jakie technologie będą wykorzystywane oraz udostępnienie kompletnej dokumentacji rozwiązania;
6. Nieodpłatne wypożyczenie urządzeń (testy)
- a. usunięcie rozdz. II pkt 7 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 57 SIWZ) w zakresie obowiązku nieodpłatnego wypożyczenia Zamawiającemu w ramach prowadzenia Analizy Przedwzwozeń i owej 5 szt. zestawów składających się z terminala oraz drukarki w terminie nie dłuższym niż 14 dni od podpisania umowy do prowadzenia testów i konsultacji w celu przygotowania i wdrożenia przedmiotu zamówienia lub ewentualnie, modyfikację poprzez zmianę terminu z 14 dni na 4 miesiące oraz;
- b. usunięcie rozdz. II pkt 8.1 i 8.2. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 57 SIWZ) tj. wskazanych w tych postanowieniach wszystkich czynności, które mają być wykonywane w ramach 5 sekundowych pętli;
7. Przekazanie niezbędnej wiedzy i dokumentacji po zawarciu Umowy
- a. modyfikację rozdz. II pkt 9 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 57 SIWZ) poprzez przekazanie przez Zamawiającego przed terminem składania ofert wszelkiej niezbędnej wiedzy i dokumentacji dotyczącej integracji oprogramowania Wykonawcy z systemami Zamawiającego;
8. Funkcjonalność Systemu Centralnego
- a. modyfikację rozdz. III pkt 1.1.3 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 58 SIWZ) poprzez odniesienie do udostępnionej wykonawcom dokumentacji dotyczącej opisanego wymagania i udostępnienie przez terminem składania ofert tej dokumentacji;
9. Funkcjonalność oprogramowania MDM

- a. modyfikację rozdz. III pkt 1.2 Załącznika nr 1 do Umowy-OPZ (str. 58 SIWZ) poprzez wskazanie, czy Zamawiający dopuszcza jedynie oprogramowanie MDM standardowe czy dopuszcza także oprogramowanie MDM dedykowane;
 - b. modyfikacją rozdz. III pkt 1.2.2. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 58 SIWZ) poprzez zdefiniowanie protokołów OMA DM, OMA CP, SCEP;
 - c. modyfikacją §4 ust. 1 pkt b) SIWZ (str. 3 SIWZ) poprzez wskazanie, że chodzi o licencję na oprogramowanie typu MDM na zainstalowanych terminalach
10. Komunikacja Terminala z Systemem Centralnym - INTERFEJS
- a. modyfikacją rozdz. III pkt 1.4.1. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 60 SIWZ) poprzez wskazanie, czy wykonawca ma stworzyć interfejs czy zobowiązany jest do zintegrowania oprogramowania poprzez posiadany już przez Zamawiającego interfejs;
11. Kontrola biletów
- a. usunięcie rozdz. III pkt 2.8.1. Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 64-65 SIWZ) lub ewentualnie modyfikacją poprzez podanie informacji niezbędnych do realizacji wymagania i złożenia oferty, w szczególności technologii Wspólnego Biletu oraz udostępnienie kompletnej dokumentacji opisującej rozwiązanie Wspólny Bilet;
 - b. modyfikacją rozdz. III pkt 2.8.1. lit. f) Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 65 SIWZ) poprzez zmianą wymagania na: „bilety z kodem MRZ zapisane czcionką OCR A lub OCR B w zależności od wymagań Zamawiającego”;
 - c. modyfikacją rozdz. III pkt 2.8.1. lit. i) Załącznika nr 1 do Umowy-OPZ (str. 65 SIWZ) zdefiniowanie: „modelu check-in, check-out” oraz udostępnienie kompletnej dokumentacji opisującej rozwiązanie
12. Wystawianie wezwań do zapłaty
- a. modyfikacją rozdz. III pkt 2.10.3 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 67 SIWZ) w zakresie niejednoznacznego wskazania wymagania: „kodu MRZ z czcionką OCR A lub OCR B w zależności od wymagań Zamawiającego”;
13. Cechy użytkowe Oprogramowania
- a. usunięcie rozdz. III pkt 2.13.13 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 68 SIWZ);
14. Wymagania sprzętowe - terminal mobilny
- a. modyfikacją w rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 75 SIWZ) w zakresie opisu parametru „System Operacyjny” poprzez dopuszczenie rozwiązań równoważnych;
 - b. usunięcie rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 75 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Processor”;
 - c. modyfikacją rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 75 -76 SIWZ) poprzez dostosowanie parametrów „Ekran” do parametrów „Wymiary” i „Waga” a także doprecyzowanie czy wymiary i waga dotyczą tylko terminala

- mobilnego czy też czytnika RFID oraz określenie łącznej wagi zestawu terminala mobilnego i czytnika RFID w przypadku zaoferowania wbudowanego czytnika RFID;
- d. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76 SIWZ) poprzez usunięcie z opisu parametru „Odporność na warunki i upadki ” odporności na szok termiczny;
 - e. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Skaner kodów kreskowych" poprzez wskazanie czy użyty skaner kodów kreskowych ma być czytnikiem Laserowym czy czytnikiem typu Imager;
 - f. modyfikacją rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76-77 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Zasilanie" poprzez dopuszczenie zasilania przez złącza typu micro USB
 - g. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 76 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Czytnik kart/RFID" poprzez usunięcie parametru punktowanego;

15. Wymagania sprzętowe, drukarka termiczna

- a. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Pamięć RAM" poprzez zmianę na 64 MB;
- b. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Pamięć Flash" poprzez zmianę na 32 MB;
- c. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Komunikacja" poprzez usunięcie wymogu posiadania port USB 2.0;
- d. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Papier" poprzez zmianę szerokość wydruku na co najmniej 72 mm;
- e. modyfikację rozdz. V pkt 6 Załącznika nr 1 do Umowy - OPZ (str. 78 SIWZ) w zakresie opisu parametru „Wielkość " poprzez usunięcie wymogu określającego wagę nie więcej niż 0,34 kg z akumulatorem lub ewentualnie zwiększenie przedziału wagowego do „waga nie więcej niż 0.4 kg” lub ewentualnie zdefiniowanie wagi całego zestawu, tj. „waga całego zestawu nie więcej niż 0.9 kg”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że wymogi postawione przez zamawiającego w postępowaniu uniemożliwiają wykonawcom skalkulowanie ceny oferty, ponieważ wykonawcy muszą domyślać się, jaką technologię posiada zamawiający i jakiej technologii realizacji zamówienia oczekuje. Skutkiem tak postawionych wymagań może być złożenie przez wykonawców nieporównywalnych ofert, złożonych na podstawie odmiennych

założeń. Bez posiadanych informacji (dokumentacji), o które wnioskuje odwołujący, wykonawcy nie mają możliwości konkurowania na równych zasadach. Opis przedmiotu zamówienia jest niewyczerpujący i uniemożliwia złożenie prawidłowej i rzetelnie skalkulowanej oferty.

Co do kontraktów serwisowych (zarzut pkt I.1) odwołujący podniósł, że zamawiający postawił nietypowe wymogi dotyczące kontraktów serwisowych, jednocześnie nie zapewniając sobie mechanizmu, który umożliwi mu zweryfikowanie, czy wykonawcy rzeczywiście zapewnili kontrakty serwisowe zawierające wszystkie wymagania zamawiającego. Odwołujący wnosił o zamieszczenie w §7 ust. 8 pkt 7) SIWZ (str. 6 SIWZ) wymogu wskazania numeru kontraktu i daty jego zawarcia. Wywiódł, że postanowienia określone przez zamawiającego w rozdz. IV pkt 7.2.5 i 7.2.8. załącznika nr 1 do umowy - OPZ (str. 72 SIWZ) są na tyle nietypowe, że wykonawcy nie będą w stanie złożyć oferty ze względu na tak postawione wymagania, podczas gdy wymagania te nie są dla zamawiającego kluczowe i ich usunięcie nie spowoduje, że jego potrzeby nie zostaną zrealizowane. Odwołujący wnosił o usunięcie tych wymagań. Jednocześnie brak mechanizmów pozwalających na weryfikację kontraktów serwisowych może promować wykonawców, którzy nie zapewnili w kontrakcie wszystkich wymagań i tym samym zaoferują niższą cenę oferty, ponieważ nie wykupią rozszerzonego kontraktu. Odwołujący argumentował również, że postanowienia są także niejednoznaczne, zamawiający posługuje się niezdefiniowanymi pojęciami („zmiana robocza”) a także nie uwzględnił w maksymalnym czasie naprawy lub wymiany czasu koniecznego na dojazd.

Odwołujący, co do zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert (pkt I. 2 odwołania) podniósł, że zamawiający przyznaje dodatkowe punkty w kryterium „procesor” za parametry, które nie mają dla zamawiającego żadnego uzasadnienia, a w praktyce może nawet promować mniej wydajne procesory, co stanowi naruszenie istoty kryterium oceny ofert. Odwołujący wskazał, że wnosi zatem o zmianę, która zapewni punkty wykonawcy, który zaoferuje wydajniejszy procesor.

Odwołujący wywiódł także, że zamawiający opisał kryterium „czytnik kart RFID” w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuzasadniony. Argumentował, że opis kryterium jest na tyle niejednoznaczny, że nie wynika z niego jakich kart dotyczy. Ponadto na rynku nie istnieje takie rozwiązanie. Analiza postanowień oraz doświadczenie wykonawcy pozwalają na przypuszczenie, że tylko jeden producent (Z.) może stworzyć czytnik posiadający opisane w kryterium dedykowane złącze komunikacyjne umieszczone z tyłu (na plecach) czytnika. Opisane kryterium nie ma żadnego uzasadnienia, promowane kryterium nie spowoduje, że zamawiający wyżej oceni rozwiązanie, które będzie dla niego korzystniejsze. Opis kryterium w sposób nieuzasadniony promuje czytnik, który jest w stanie stworzyć jeden producent, zamykając tym samym możliwość uzyskania zamówienia przez

innych wykonawców, którzy nie oferują produktów Z. (20 punktów może przesądzać o tym, która oferta będzie najkorzystniejsza). Argumentował, także, że kryterium jest bardzo wysoko oceniane (20 punktów) a przy tym na tyle niejednoznaczne, że nie sposób jest z pewnością stwierdzić, czy zaoferowane rozwiązanie otrzyma punkty (nie jest jasne, czy zamawiający miał na myśli 4 takie same karty, czy 4 różne).

Co do zarzutów dotyczących integracji urządzeń z aplikacją płatniczą lub hostem płatniczym (zarzut pkt I. 3 odwołania) oraz integracja aplikacji SSM z modułami Zamawiającego (zarzut pkt I.4 odwołania) odwołujący wywiódł, że wykonawcy nie są w stanie skalkulować ceny oferty bez posiadania dokumentacji zawierającej opisane przez zamawiającego wymagania. Bez takich dokumentów wykonawcy nie są w stanie oszacować ani roboczogodzin ani jakich specjalistów potrzebują, co jest szczególnie istotne z tego względu, że stawki różnych specjalistów diametralnie się różnią. Niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie przepisów PZP. Wskazywał, że zamawiający nie może przerzucać na wykonawców ryzyka związanego z niejednoznacznym i niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazał sposobu komunikacji z Systemem Centralnym ani wykorzystywanych technologii, a zatem nie przekazał kluczowych informacji opisujących przedmiot zamówienia.

Co do zarzutu dotyczącego integracji urządzeń i aplikacji z systemami kart miejskich (zarzut pkt I. 5 odwołania) odwołujący wywiódł, że zamawiający nie wskazał wszystkich wymagań koniecznych do złożenia oferty i jej rzetelnej kalkulacji. Zamawiający nie określił rodzaju kart miejskich, ich liczby ani rodzaju wykorzystywanej technologii. Zamawiający nie określił po czyjej stronie znajduje się zobowiązanie stworzenia aplikacji (napisanie .api). Zamawiający nie przekazał także żadnej dokumentacji dotyczącej wymagania. Brak wskazania informacji, które mają bezpośredni wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców stanowi naruszenie przepisów nakładających na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący.

Co do zarzutu dotyczącego nieodpłatnego wypożyczenia urządzeń (testy) (zarzut pkt I. 6 odwołania) odwołujący podniósł, że zamawiający wymaga nieodpłatnego wypożyczenia urządzeń posiadającego szereg wymienionych funkcjonalności w ciągu 14 dni, podczas gdy stworzenie rozwiązania zawierającego wskazane funkcjonalności zajmuje ok. 6 miesięcy. Argumentował, że wymóg postawiony przez zamawiającego jest niemożliwy do zrealizowania, ponieważ część aplikacji nie jest dostępnych na rynku i wymaga ich stworzenia (napisania), co nie jest możliwe w zaledwie 14 dni od zawarcia umowy. Zamawiający de facto wymaga stworzenia 5 zestawów jeszcze przed zawarciem umowy i przed złożeniem oferty, ponieważ spełnienie postawionego wymogu wymaga ok. 6 miesięcy pracy, co w połączeniu z niemożliwością rzetelnej kalkulacji ceny oferty ze względu na

niewyczerpujący i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących przekazania niezbędnej wiedzy i dokumentacji po zawarciu umowy (zarzut pkt I. 7 odwołania) i funkcjonalności Systemu Centralnego (zarzut pkt I. 8 odwołania) podniósł, że przekazanie niezbędnej wiedzy i dokumentacji jest konieczne przed składaniem ofert. Zamawiający może żądać podpisania umowy o zachowaniu poufności także przez złożeniem ofert wykonawcom, którym przekaze dokumentację. Nieprzekazanie dokumentacji przed terminem składania ofert uniemożliwia złożenie oferty i jej rzetelną kalkulację. Odwołujący wywiódł, że zamawiający w sposób nieuzasadniony uniemożliwia wgląd wykonawcom w dokumentację, która zawiera informacje kluczowe do kalkulacji ceny oferty. Przepisy PZP nakładają na zamawiającego przekazanie wszelkich informacji, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących funkcjonalności oprogramowania MDM (zarzut pkt I. 9 odwołania) wywiódł, że zamawiający nie wskazał, czy dopuszcza jedynie oprogramowanie standardowe czy też możliwe jest zaoferowanie jedynie oprogramowania dedykowanego. Brak jednoznacznego opisanie wymogu będzie skutkowało tym, że oferty mogą być nieporównywalne. Wskazywał, że zamawiający część wymagań opisał w formie skrótów bez podania definicji, przez co wymagania są niejednoznaczne a opis przedmiotu zamówienia niewyczerpujący i może być w różny sposób interpretowany. Odwołujący wniósł o zdefiniowanie w SIWZ protokołów OMA DM, OMA CP, SCEP

Odwołujący co do zarzutów dotyczących komunikacji terminala z Systemem Centralnym - Interfejs (zarzut pkt I. 10) argumentował, że zamawiający nie wskazał, czy wykonawca ma stworzyć nowy interfejs, czy jest zobowiązany do zintegrowania posiadanego przez zamawiającego interfejsu. Informacje te mają wpływ na sporządzenie oferty, ponieważ mają wpływ na szacowanie czasochłonności tej części zamówienia oraz rodzaju specjalistów, który wykonawca musi zatrudnić.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących kontroli biletów (zarzut pkt I. 11 odwołania), wystawianie wezwań do zapłaty (zarzut pkt I. 12 odwołania) argumentował, że zamawiający postawił wymóg dotyczący Wspólnego Biletu nie opisując przy tym jaka jest technologia Wspólnego Biletu, przez co wykonawcy nie posiadają informacji pozwalających na złożenie i wycenę oferty. Bez wiedzy jakiej technologii ma być Wspólny Bilet odwołujący nie jest w stanie ani wycenić ani zobowiązać się do zapewnienia rozwiązania umożliwiającego korzystanie ze Wspólnego Biletu. Odwołujący podniósł też, że nie jest jasne co zamawiający rozumie pod pojęciem „kod OCR” ani „model check-in, check-out”, co uniemożliwia złożenie przez odwołującego oferty. Stąd też odwołujący wniósł o zdefiniowanie pojęć opisujących przedmiot zamówienia.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących cech użytkowych oprogramowania (zarzut pkt I. 13 odwołania) podniósł, że zamawiający postawił wymogi dotyczące skanera wbudowanego w drukarkę, podczas gdy występujące na rynku drukarki jakie opisuje zamawiający nie posiadają skanera, zatem postawiony wymóg jest niemożliwy do zrealizowania.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących wymagań sprzętowych - terminal mobilny (zarzut pkt I. 14 odwołania) odwołujący podniósł, że zamawiający określił parametr dotyczący systemu operacyjnego przez wskazanie konkretnego producenta, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, co stanowi naruszenie przepisów PZP. Zamawiający postawił wymogi odnośnie procesora, które w praktyce nie mają dla niego znaczenia, ponieważ same te parametry nie świadczą o wydajności procesora co odwołujący wykazał w uzasadnieniu zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie dostosował wymogów ekranu do wymogów dotyczących wymiarów i wagi. Tak postawione wymaganie skutkuje tym, że możliwe jest zaoferowanie wyłącznie jednego modelu. Zdaniem odwołującego, w świetle przedmiotu zamówienia całkowicie nieuzasadniony jest wymóg dotyczący odporności na szok termiczny, ponieważ w praktyce nie może się zdarzyć sytuacja, w której mógłby mieć zastosowanie. Odwołujący wywiódł ponadto, że zamawiający nie wskazał, czy skaner kodów kreskowych ma być czytnikiem laserowym czy czytnikiem typu Imager przez co odwołujący nie jest w stanie sporządzić ofertę i ją skalkulować. Argumentował również, że standardem na rynku jest zasilanie urządzeń przez port micro USB, zatem całkowicie nieuzasadniony i wskazujący na jednego producenta jest wymóg uniemożliwiający zasilanie przez port micro USB. Podniósł także, że wymaganych przez zamawiającego parametrów dotyczących czytnika nie spełnia żadne z istniejących na rynku rozwiązań.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących wymagań sprzętowych – drukarka termiczna (zarzut pkt I. 15 odwołania) odwołujący podniósł, że wymagania zamawiającego całkowicie odbiegają od standardów rynkowych. Wskazane przez zamawiającego parametry (opisane w zarzutach pkt I. 15) spełnia wyłącznie jeden produkt. Wskazywał, że wymóg posiadania portu USB 2.0. nie ma żadnego uzasadnienia, ponieważ z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że komunikacja będzie odbywała się za pomocą bluetooth. Wymóg ten jest zatem nieuzasadniony i nie spełni potrzeb zamawiającego, a jednocześnie stanowi ograniczenie konkurencji poprzez dopuszczenie jedynie rozwiązań posiadających port USB 2.0. podczas gdy w praktyce zamawiający nie skorzysta z tej funkcjonalności. Wywodził, że na rynku nie występuje urządzenie posiadające wskazany przez zamawiającego parametr szerokości wydruku. Argumentował, że wskazana waga w związku z pozostałymi parametrami wskazuje na urządzenie jednego producenta. W praktyce nie ma żadnego uzasadnienia dla takiego ograniczenia konkurencji, ponieważ zmiana wymagań nie wpłynie na spełnienie potrzeb

zamawiającego. Zwiększenie wagi do 0,4 kg pozwoli na zniesienie sztucznego i nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia szerszemu gronu wykonawców.

Odwołujący oświadczył e trakcie posiedzenia i rozprawy przed izba oświadczył, że cofa zarzuty opisane w pkt I. 1, I. 3, I. 4, I. 6, I. 7, I. 8, I. 9, I. 13, I. 14 a, I. 14 d, I. 14 e, I. 15 odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołanie, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, a także w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. J. W. sp.j. w P., dalej „przystępujący A.”. Nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniósł o oddalenie odwołania z pozostałym zakresie. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca S. R. sp. z o.o. we W., dalej „przystępujący S. R.”. Nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniósł o oddalenie odwołania z pozostałym zakresie. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca W. S.A. w G., dalej „przystępujący W.”. Nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniósł o oddalenie odwołania z pozostałym zakresie. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Z. S.A. w W., dalej „przystępujący Z.”. Nie stawiał się na posiedzenie Izby i nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikację treści SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego A., pismo procesowe odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania

złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępujących A., S. R., W. i Z. uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, opisu kryteriów oceny ofert, sporządzenie takiego opisu w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt I. 10, I. 11, I. 12, I. 14 c odwołania co do zaniechania doprecyzowania czy wymiary i waga dotyczą tylko terminala mobilnego czy też czytnika RFID oraz zaniechania określenia łącznej wagi zestawu terminala mobilnego i czytnika RFID w przypadku zaoferowania wbudowanego czytnika RFID oraz w pkt I. 5 odwołania co do zaniechania podania informacji co do rodzaju i liczby kart miejskich. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś przystępujący po jego stronie nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy*

odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt I. 1, I. 3, I. 4, I. 6, I. 7, I. 8, I. 9, I. 13, I. 14 a, I. 14 d, I. 14 e, I. 15 odwołania, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia i rozprawy cofnął odwołanie w tym zakresie.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Odwołanie w pozostałym zakresie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu i okazało się chybione.

Za chybiony uznano zarzut I. 2a dotyczy kryterium oceny ofert zawartego w § 14 ust. 4 SIWZ zatytułowanego „procesor”.

W § 14 ust. 4 SIWZ zamawiający sformułował opis kryterium oceny ofert „parametry techniczne”. Zamawiający zastrzegł m.in., że wykonawca otrzyma 5 pkt za zaoferowanie „procesora co najmniej sześciordzeniowego”. Jednocześnie, jak wynikało z rozdziału V pkt g opisu przedmiotu zamówienia zamawiający jako parametr minimalny wymagał zaoferowania procesora minimalnie czterordzeniowego, 1,2 Ghz, w architekturze 64 bit.

Odnosząc się do kwestionowanego przez odwołującego kryterium oceny ofert „procesor” i chęci promowania procesorów sześciordzeniowych Izba przeanalizowała te zalety takiego rozwiązania, na jakie zdawał się wskazywać zamawiający i niektórzy przystępujący po jego stronie. Uzasadniając zasadność tak opisanego kryterium powoływano się na argumenty dotyczące większej wydajności, energooszczędności

procesorów sześciordzeniowych, a także lepszej obsługi oprogramowań opartych o programowanie równoległe czy wielowątkowe.

Jak wynikało z opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do umowy przedmiotem zamówienia była dostawa zestawów terminali mobilnych wraz z akcesoriami oraz oprogramowanie na które miały się składać:

1.2.1. aplikacja SSM (System Sprzedaży Mobilnej) do sprzedaży/rozliczania zmian i miesiąca, raportowania zamknięcia zmian i miesiąca/ kontroli/ dokumentów wydawanych w pociągu przez pracowników drużyn konduktorskich m.in. biletów i rezerwacji miejsc z terminali mobilnych oraz innych dokumentów tj. wezwań do zapłaty itp.

1.2.2. oprogramowanie MDM (Mobile Device Management) do ewidencji i zarządzania mobilnymi terminalami konduktorskimi dedykowane dla danego rozwiązania. Zamawiający dopuszcza wykorzystanie oprogramowania MDM obecnie użytkowanego przez Zamawiającego pod warunkiem dostarczenia w ramach realizacji przedmiotu zapytania, dedykowanych dodatkowych licencji na rzecz Zamawiającego

Ponadto, jak wynikało z OPZ, wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia miał dokonać integracji Aplikacji SSM z Systemem Centralnym. Dodatkowo wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia miał dokonać integracji dostarczonych urządzeń z aplikacją płatniczą lub hostem płatniczym dostarczonym przez uprawniony podmiot wskazany przez Zamawiającego do obsługi płatności bezgotówkowych. Wreszcie, wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia powinien dokonać integracji dostarczonych urządzeń i aplikacji z obsługiwanyymi przez zamawiającego systemami kart miejskich.

Biorąc pod uwagę tak opisany przedmiot zamówienia, stwierdzono, że procesory będą pracować w relatywnie prostych urządzeniach, to jest terminalach mobilnych a także zapewniać pracę relatywnie nieskomplikowanego oprogramowania, które nie wymaga najwyższych mocy obliczeniowych, jak choćby w przypadku skomplikowanych, wielowątkowych gier komputerowych. Nie wykazano Izbie, że z takim zadaniem z łatwością nie poradzi sobie procesor czterordzeniowy. Dlatego przyznawanie jakichkolwiek dodatkowych punktów na zaoferowanie procesora sześciordzeniowego, w tej konkretnej sprawie, nie wpisuje się w żadne potrzeby zamawiającego uzasadnione skalą i zakresem przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że w okolicznościach tej sprawy, zalety procesorów sześciordzeniowych względem czterordzeniowych w ogóle nie wystąpią.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (zestawienia benchmarków, złożone przez odwołującego i przystępującego A. - dowody oznaczone nr 2, 21, 27) Izba stwierdziła w sposób jednoznaczny, że wydajność procesora niekoniecznie zależy od większej liczby rdzeni. Z dowodów tych wynikało, że o ile wielordzeniowość może sprzyjać podniesieniu wydajności, to jednak wydajność analogiczna może zostać osiągnięta także przez układy z mniejszą liczbą rdzeni.

Analogicznie oceniono stanowiska zamawiającego i niektórych przystępujących co do większej energooszczędności procesorów sześciordzeniowych. Podkreślenia wymagało, że w świetle parametrów minimalnych opisanych w SIWZ (procesory czterordzeniowe) i punktowanych (procesory sześciordzeniowe) wykazaniu powinna podlegać wyższość tych ostatnich względem układów minimalnych na tle obsługiwanych urządzeń i oprogramowania, jakie te układy będą obsługiwać. Nieprzydatne do stwierdzenia takiego faktu były zatem ogólne i generalne wywody o trendach rozwoju mikroprocesorów (dowód nr 28 – M. L., K. C., publikacja „Nowe trendy rozwoju mikroprocesorów”) czy wydruki ze strony en.wikipedia.org, traktujące o abstrakcyjnej wydajności procesorów wielordzeniowych nad rdzeniami monolitycznymi (dowód nr 29). Niezależnie od tego stwierdzono, że jeżeli rzeczywiście zamawiającemu chodziło o zwiększenie energooszczędności czy dłuższej pracy urządzenia, to służyć temu mógł odpowiedni wymóg w SIWZ wprost odnoszący się do takiego parametru.

W tej sytuacji do rozważenia pozostała chęć posiadania takich procesorów z uwagi na ich zalety w zakresie obsługi zaawansowanych oprogramowań opartych o programowanie równoległe czy wielowątkowe. O tego typu zaletach procesorów wielordzeniowych można było wnioskować choćby na podstawie dowodu nr 28 (publikacji M. L., K. C., „Nowe trendy rozwoju mikroprocesorów”), złożonego przez przystępującego A.. W opracowaniu tym wskazano rzeczywiście, że *„niektóre programy działają zauważalnie szybciej na wielordzeniowych jednostkach”*. *„Na wykorzystanie wielu rdzeni CPU pozwala oprogramowanie posiadające możliwość jednoczesnej obsługi wielu wątków lub zadań bądź też inteligentnego ich podziału pomiędzy rdzenie aby zapewnić równowagę między wydajnością a interaktywnością”*. Z kolei z dowodu nr 29 (wydruku ze strony wikipedia.org „Multi-core procesor”) wynikało, że wielordzeniowe układy scalone pozwalają także uzyskać wyższą wydajność przy niższej energii. Wskazano przy tym jednak na dodatkowe wyzwanie, jakim jest wysiłek związany z pisaniem oprogramowania do przetwarzania równoległego.

Wobec powyższego wymagało zastanowienia, czy zamawiający premiując urządzenia z sześcioma rdzeniami względem czterordzeniowych mógł chcieć zapewnić sobie pozyskanie takiego oprogramowania, które będzie posiadało możliwość jednocześnie obsługi wielu wątków lub zadań, z którymi lepiej poradzą sobie te pierwsze układy.

Wzięto pod uwagę, że takiej argumentacji próżno było szukać w wypowiedzi samego zamawiającego. Na tę zaletę układów wielordzeniowych zwrócił uwagę jedynie przystępujący S. R., który nie wyjaśnił, na jakiej podstawie wnosi, że takie były intencje zamawiającego. Po drugie zaś, nie wykazano Izbie, że w przypadku zamawianych terminali mobilnych i zamawianego w tym postępowaniu oprogramowania w jakimkolwiek zakresie będzie mogła zostać wykorzystana przewaga architektury sześciordzeniowej nad czterordzeniową. Nie

udowodniono Izbie, że oprogramowanie będące przedmiotem zamówienia ma wykorzystywać technologię obsługi wielu wątków czy zadań.

W tej sytuacji, Izba stwierdziła, że nie wykazano dostatecznego uzasadnienia dla kryterium oceny ofert „procesor” opisanego w SIWZ. Jednakże powyższe nie oznaczało konieczności uwzględnienia odwołania w omawianej części. Wzięto pod uwagę brzmienie i istotę zarzutu, a także żądanie sformułowane w odwołaniu. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący nie domagał się usunięcia kryterium oceny ofert „procesor”, ale jego zmianę w ten sposób, aby promowało ono wydajność procesora. Tymczasem, jak wcześniej wskazano, w tym przypadku premiowanie wydajności nie znajduje uzasadnienia w rodzaju urządzeń i oprogramowania, w jakich procesor będzie pracować, gdyż w ocenie Izby – sprostą temu procesor czterordzeniowy. Wzięto pod uwagę także uzasadnienie faktyczne odwołania, gdzie odwołujący domagał się zmiany SIWZ w ten sposób, aby promować procesory bardziej wydajne, w rozumieniu testów benchmark. Izba nie jest wprawdzie związana żądaniami odwołania, jednakże oceniając zasadność i zakres zarzutów, zwłaszcza dotyczących postanowień SIWZ, bierze pod uwagę treść żądania, które również musi zostać uzasadnione. Powyższe wynika z tego, że kwestionowane postanowienie zastępuje się postanowieniem wnioskowanym. Skoro odwołujący nie żądał usunięcia spornego kryterium, a jedynie jego zmiany, Izba nie mogła nakazać zamawiającemu wykreślenia kryterium. Zarzut podlegał zatem oddaleniu. Z tych samych względów uznano za chybiony zarzut I. 14 b. odwołania, który również odnosił się do cech procesora.

Za chybiony uznano zarzut I. 2 b odwołania dotyczący kryterium oceny ofert „czytnik kart RFID”, opisanego w § 14 ust. 4 SIWZ. W przywoływanym kryterium zamawiający postanowił przyznawać dodatkowe 20 pkt za zaoferowanie czytnika kart RFID. Jak wynikało z opisu punktowanego parametru, miał to być *czytnik R. H. F. .. ISO ... i B., z obsługą minimum 4 kart SAM. Zewnętrzny czytnik musi być instalowany bez konieczności użycia narzędzi, mocowany na zatrzask umożliwiający odpięcie go od urządzenia. Musi posiadać własny wewnętrzny układ mikroprocesorowy realizujący odczyt/zapis nośników bezstykowych (moduł HF RFID nie może używać mocy obliczeniowej i obciążać dodatkowo procesora urządzenia, do którego jest dołączony). Komunikacja czytnika i urządzenia musi odbywać się poprzez dedykowane złącze mechaniczne. Zamawiający nie dopuszcza podłączania poprzez port micro/mini USB ze względu na wytrzymałość mechaniczną.*

W ocenie Izby zamawiający i przystępujący po jego stronie wykazali zasadność i potrzebę posiadania przez zamawiającego takiego rozwiązania, co uzasadniało także wysoką punktację tego elementu. Wzięto pod uwagę, że zamawiający - P. R. sp. z o.o. to podmiot, który świadczy usługę pasażerskich przewozów kolejowych na terenie prawie całego kraju. Właścicielami zamawiającego jest czternaście spośród 16 polskich

województw. W trakcie świadczenia tych usług zamawiający ma potrzebę używania większej liczby kart SAM celem odczytu przez terminale mobilne kart różnych systemów kart miejskich. Oczywistym jest, że przy pokonywaniu dłuższych tras kolejowych zajdzie konieczność odczytywania wielu kart z wielu systemów kart miejskich, zwłaszcza w sytuacji, gdy terminal mobilny ma być przypisany do konkretnego konduktora. Zamawiający w pkt 2 odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ poinformował wykonawców, że obsługuje już 6 systemów kart miejskich w zakresie odczytu i kontroli (W. Karta Miejska, M. W., M. Karta Aglomeracyjna, M. Ł., P. P., R. Karta Miejska). Ponadto w toku rozprawy zamawiający sygnalizował, że w przyszłości chciałby obsługiwać dalsze systemy, zaś zamawiany przedmiot zamówienia ma mu to umożliwić.

Wnioskowane przez odwołującego usunięcie spornego kryterium oceny ofert, skutkowałoby uniemożliwieniem premiowania rozwiązania, mającego dla zamawiającego duże znaczenie i czyniącego ofertę o wiele korzystniejszą.

Znajduje dostateczne uzasadnienie w potrzebach zamawiającego chęć premiowania rozwiązania opartego na zewnętrznym, a nie wewnętrznym czytniku RFID. Ma rację zamawiający i przystępujący gdy utrzymują, że rozwiązanie z zewnętrznym czytnikiem umożliwi zamawiającemu dokupienie w przyszłości większej liczby przystawek, a tym samym zapewni możliwość rozwoju usługi choćby poprzez obsługę większej liczby kart SAM. Takich korzyści i możliwości rozwoju nie zapewni natomiast proponowane przez odwołującego alternatywnie rozwiązanie, w którym terminal będzie posiadał wewnętrzny czytnik RFID z obsługą 4 kart SAM. Jeżeli karty SAM będą wbudowane w urządzenie główne nie będzie możliwości ich swobodnej wymiany, inaczej niż przy czytniku zewnętrznym. Ta swobodna wymiana jest istotna w codziennej eksploatacji urządzeń przez tego samego konduktora, który może pracować w strefie występowania znacznej liczby systemów kart miejskich. Ponadto, w opisie kryterium zamawiający wskazał również, że czytnik zewnętrzny powinien posiadać swój własny układ mikroprocesorowy. Jest to rozwiązanie korzystne dlatego, że praca czytnika nie będzie obciążać terminala, a w konsekwencji działanie czytnika będzie szybsze. Nie bez znaczenia pozostaje także zaleta w postaci większej i bliższej powierzchni odczytu niż w przypadku czytnika wewnętrznego.

Analizowanych korzyści nie zapewni także zamawiającemu proponowane przez odwołującego alternatywne kryterium, zgodnie z którym miałyby być punktowane posiadanie zewnętrznego czytnika komunikującego się przez bluetooth. Po pierwsze, w proponowanym brzmieniu odwołujący nie wskazał, aby czytnik zewnętrzny miał umożliwiać obsługę 4 kart SAM, co - jak już wcześniej wskazano - miało kluczowe znaczenie dla zamawiającego. Po drugie, wzięto pod uwagę, że bluetooth, czyli technologia bezprzewodowej komunikacji krótkiego zasięgu pomiędzy różnymi urządzeniami elektronicznymi oparta o fale radiowe, w tym przypadku może okazać się zawodna. Jak wynikało z OPZ, terminale mobilne będą

musiały komunikować się przez bluetooth już z drukarką czy terminalem płatniczym. W tej sytuacji dodanie kolejnego, a przy tym tak kluczowego elementu jak zewnętrzny czytnik RFID, komunikującego się z terminalem mobilnym także w ten sposób, jest mniej korzystne dla zamawiającego. Powyższe usprawiedliwia dodatkowe punktowane jedynie czytnika komunikującego się z terminalem przez dedykowane złącze, a nie z wykorzystaniem bluetooth. Wzięto przy tym pod wagę, że zaoferowanie zewnętrznego czytnika RFID w konfiguracji nie było wymogiem zamawiającego, a zatem odwołujący nie miał obowiązku zaoferowania takiego rozwiązania.

Za chybioną uznano argumentację co do rzekomej niejednoznaczności opisanego kryterium. Odwołujący wywiódł, że nie wiadomo, czy czytnik ma obsługiwać 4 takie same czy różne karty SAM. Choć zamawiający rzeczywiście nie użył słów „takie same”, to jednak oczywistym jest, że miał na myśli obsługę 4 różnych kart SAM. Zainstalowanie 4 kart jednego operatora jest bowiem pozbawione sensu, gdyż nie zapewnia żadnej dodatkowej funkcjonalności. Zainstalowanie większej liczby kart jednego operatora, umożliwi odczytywanie kart tylko tego właśnie operatora.

Okoliczność zaś, że premiowanego rozwiązania w postaci zewnętrznego czytnika RFID nie zapewniają wszystkie urządzenia dostępne na rynku, a zapewnia producent Z. (por. dowód nr 5 – fotografia kilku terminali mobilnych, złożona przez odwołującego, dowód nr 30 - instrukcja obsługi komputera z ekranem dotykowym Z. TC 75X), nie oznacza jeszcze, że zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję.

Po pierwsze, lista partnerów firmy Z. okazała długa. Z dowodu nr 32 (wydruk ze strony internetowej Z.com zawierający listę partnerów tego podmiotu) wynika, że jest to co najmniej 66 podmiotów. Dostrzeżenia wymagało, że na liście tej nie było przystępującego A., a mimo to deklarował on możliwość złożenia oferty. Ponadto, na liście partnerów firmy Z. znajdował się odwołujący (dowód nr 33 - wydruk ze strony internetowej Z.com).

Co istotniejsze jednak, jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji takie opisywanie wymagań czy premiowanych parametrów, które znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Nie jest rolą postępowania o udzielenie zamówienia dopuszczenie do możliwości oferowania, a już tym bardziej premiowania, wszelkich urządzeń dostępnych na rynku, nawet takich, które nie będą odpowiadać interesowi i potrzebom zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut należało uznać za niezasadny. Z tych samych względów chybionym okazał się zarzut z pkt I. 14 g odwołania, także dotyczący spornego czytnika RFID.

Za chybiony uznano zarzut opisany w pkt I. 5 odwołania, w zakresie w jakim nie został on uwzględniony i podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Spór pomiędzy stronami

dotyczył zaniechania podania przez zamawiającego informacji o technologii i nieudostępnienia dokumentacji co do integracji urządzeń i aplikacji z systemami kart miejskich.

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający zawarł w SIWZ informacje odnośnie wykorzystywanej technologii kart miejskich. Informację taką można było odnaleźć w opisie czytnika kart RFID, który jest wszak urządzeniem służącym do odczytu tych kart. Na str. 77 SIWZ, drugi wiersz, druga kolumna zamawiający wskazał, że ma to być *czytnik H. f. ... ISO ... A i B., Obsługa M. c., M. U., M. P., M. D., C., J. C.* Wobec powyższego należało uznać, że zamawiający podał wykonawcom dane o technologiach kart miejskich, jakie będą wykorzystywane. Wzięto także pod uwagę, że zamawiający w swych wyjaśnieniach z 10 lipca 2017 r. poinformował wykonawców, że obsługuje następujące systemy kart miejskich: *W. Karta Miejska (U.) M. W., M. Karta Aglomeracyjna (M.), MPK Ł. (M.), P. P., R. Karta Miejska RTM.* Bezzasadne było zatem odwoływanie się do zestawienia wszelkich możliwych standardów w kartach bezstykowych (dowód nr 6 – złożony przez odwołującego).

Izba wzięła również pod uwagę argumentację zamawiającego i przystępujących, że integracja w tym przypadku jest procesem wystandaryzowanym. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło aż 4 wykonawców, zaś nikt nie zdecydował się wspierać odwołującego. Z powyższego można było wnioskować, że nikt oprócz odwołującego nie uznaje braku udostępnienia ww. dokumentacji na obecnym etapie za przeszkodę uniemożliwiającą wycenę usługi integracji z systemami kart miejskich.

Na uwagę zasługiwała także deklaracja współpracy, jaką zamawiający wprowadził do opisu przedmiotu zamówienia w pkt 1 pisma z 10 lipca 2017 r. Oświadczył, że posiada również własne zasoby specjalistów, którzy w razie konieczności będą modyfikować poszczególne części składowe systemu centralnego na potrzeby realizacji projektu i dopasowania interfejsu komunikacyjnego stworzonego przez wykonawcę. W ocenie Izby wprowadzoną do SIWZ deklarację współpracy ze strony zamawiającego należało odczytywać szeroko. Nie bez znaczenia jest ponadto fakt, że zamawiający przewidział w SIWZ etap analizy przedwdrożeniowej.

Izba podzieliła także stanowisko zamawiającego i przystępujących, że znikome jest ryzyko niewspółdziałania z wykonawcą czy zamawiającym właścicielami systemów kart miejskich. Oczywistym jest bowiem, że właściciele tych systemów będą współpracować chcąc zapewnić zamawiającemu możliwość odczytywania ich własnych kart.

Wreszcie, nie wykazano Izbie, że technologie podane przez zamawiającego na str. 77 SIWZ są unikalne, niespotykane, uzasadniające przypuszczenie, że integracja z systemami kart miejskich nastęrczać będzie jakieś trudności.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawały natomiast dowody zawierające fragmenty SIWZ z innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających (dowód nr 23 - wydruk ze strony internetowej zawierający fragment załącznika nr 9 do s.i.w.z w przetargu na dostawę terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem (leasing), prowadzonym przez Koleje M. Sp. z o.o. w W., dowód nr 26 - wydruk ze strony internetowej zawierający fragment opz w s.i.w.z. na świadczenie usługi dystrybucji biletów komunikacji miejskiej prowadzonym przez miasto W.). Bez znajomości wszystkich uwarunkowań, kwestii własności systemu, pełnych danych co do opisu przedmiotu zamówienia dowody te mogły stanowić jedynie podstawę do ustalenia, że zamawiający ci przekazali wykonawcom inne dane niż obecny zamawiający, co nie oznacza, że praktyka Przewozów Regionalnych naruszyła przepisy Pzp.

Wobec podania danych o technologii, a także rodzaju i liczby obsługiwanych systemów, w ocenie Izby informacje zawarte w SIWZ należało uznać za wystarczające i umożliwiające wycenę oferty. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony należało uznać zarzut z pkt I. 14 C odwołania w części, która podlegała merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołujący wskazał na str. 3 odwołania, że skarży postanowienia rozdziału V pkt 6 opz, s 75-76 w zakresie opisu parametru „ekran” w związku z opisem parametrów „wymiar” i „waga”. Tak sformułowanemu zarzutowi towarzyszyło żądanie zmiany SIWZ przez dostosowanie parametrów „ekran” do parametrów „wymiar” i „waga” (s. 6 odwołania). Z kolei uzasadnienie faktyczne tego zarzutu okazało się dwuzdaniowe. Odwołujący argumentował jedynie, że „zamawiający nie dostosował wymogów ekranu do wymogów dotyczących wymiarów i wagi. Tak postawione wymaganie skutkuje tym, że możliwe jest zaoferowanie wyłącznie jednego modelu” (pkt 12.3, str. 10 odwołania).

Izba ustaliła, że na str. 75 SIWZ zamawiający zamieścił opis parametru „ekran”. Jeśli chodzi o wielkość ekranu, to odnosiła się do tego elementu informacja: „minimum 4,7 cala – maksimum 6 cali”. Z kolei wymiarów urządzenia, do których ekran miał być „niedostosowany”, dotyczyło określenie „nie więcej niż 170 mm x 85 mm x 30 mm”, zaś „wagi” - określenie „nie więcej niż 400 g” (s. 76 opz).

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, że parametry ekranu nie są „dostosowane” do wymiarów i wagi. Wszak ekran o rozmiarach 4,7 – 6 cali jest mniejszy od wymiarów 170 mm x 85 mm. Natomiast nie wiadomo, na czym miało polegać niedostosowanie do wagi.

Natomiast w trakcie rozprawy na pytanie przewodniczącego jak rozumieć jego zarzut i żądania odwołujący odparł, że domaga się zwiększenia wymiarów terminala mobilnego do „nie więcej niż 170 mm/90 mm/35 mm”. Oceniając powyższe stanowisko Izba stwierdziła, że

stanowiło ono nowy zarzut, nieznajdujący oparcia w treści odwołania. W szczególności nowe żądanie nie wiązało się z kwestią podnoszonego w odwołaniu „niedostosowania ekranu” do wymiarów urządzenia. Nie wykazano Izbie, w jaki sposób zmodyfikowanie wymiarów urządzenia wpłynie na to, że ekran będzie mógł zostać uznany za dostosowany do tych nowych wymiarów. Argumentacji o niedostosowaniu ekranu do wagi nie odnaleziono zaś ani w treści odwołania, ani w wypowiedzi ustnej w toku rozprawy.

Co do argumentu o ograniczeniu konkurencji, to w oparciu o dowód nr 3 (tabelaryczne zestawienie urządzeń) a także ich karty katalogowe urządzeń (dowody nr 9 - 20) złożone przez samego odwołującego stwierdzono, że na rynku istnieją różne urządzenia spełniające wymóg ekranu, wielkości i wagi urządzenia. Z ww. powodów zarzut został oddalony.

Za chybiony uznano zarzutu I. 14 f odwołania.

Zamawiający w postanowieniu kwestionowanym przez odwołującego, odnoszącym się do zasilania terminala mobilnego wskazał, że *„nie dopuszcza się ładowania poprzez złącza typu micro USB i podobne z uwagi na niską wytrzymałość mechaniczną złącza”* (s. 76-77 OPZ).

We wniesionym przez siebie odwołaniu odwołujący wskazał jedynie, że kwestionuje to rozwiązanie z uwagi na to, że ładowanie przez port micro USB jest standardem, a ponadto, że może to ograniczać konkurencję. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący w odwołaniu nie zakwestionował ujawnionego przez zamawiającego w SIWZ powodu wykluczenia możliwości ładowania przez port micro USB, czyli niskiej wytrzymałości mechanicznej złącza. Odwołujący nie twierdził przykładowo, że analogiczne urządzenia długoterminowo użytkowane przez komercyjnych użytkowników okazały się mało podatne na mechaniczne uszkodzenia ani że awaryjność jest akceptowalna w obrocie profesjonalnym. Odwołujący nie zanegował stanowiska zamawiającego co do mechanicznej awaryjności złącza nawet w toku rozprawy, gdy zamawiający wskazywał na swoje negatywne, wieloletnie doświadczenia w użytkowaniu urządzeń z takim portem.

W tej sytuacji Izba uznała omawiany fakt za niesporny pomiędzy stronami. W ocenie Izby ustalenie, iż port micro USB przy długotrwałym i profesjonalnym użytkowaniu jest podatny na mechaniczne uszkodzenia, może stanowić, w tym konkretnym przypadku, wystarczającą i uzasadnioną przyczynę wykluczenia możliwości zaoferowania takiego rozwiązania. Okoliczność, że zakaz eliminuje możliwość zaoferowania niektórych urządzeń dostępnych na rynku, nie oznacza jeszcze naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, że nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji takie opisanie przedmiotu zamówienia, które wykluczając niektóre rozwiązania dostępne na rynku, wpisuje się jednak w uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dopuszczenie do możliwości oferowania wszystkich towarów obecnych na rynku, ale takich produktów, które są niezbędne zamawiającemu, z uwagi na jego uzasadnione obiektywnie potrzeby. Taką niekwestionowaną potrzebą w tym konkretnym przypadku okazała się konieczność długoletniej eksploatacji takich urządzeń, które nie będą podatne na mechaniczne uszkodzenia. Potrzeby tej nie zapewnią zamawiającemu terminale mobilne ładowanie przez port micro USB, choć rzeczywiście jest to port będący standardem w rozwiązaniach indywidualnych czy konsumenckich, przy których czas eksploatacji urządzenia jest znacznie krótszy. W tej sytuacji wskazywana przez odwołującego niedogodność w postaci konieczności zapewnienia większej niż standardowa ładowarki, jest dla zamawiającego mniej istotna. Tym bardziej, że w codziennej eksploatacji terminala mobilnego (stałe kontrole biletów itd.) użytkownik raczej nie będzie dysponował wystarczającą ilością czasu na ładowanie terminalu.

Okoliczność, że port micro USB został dopuszczony w postępowaniu prowadzonym przez K. G. P. (dowód nr 22 – fragment SIWZ w przetargu na dostawę urządzeń pełniących rolę mobilnych terminali noszonych) nie oznacza jeszcze, że zamawiający naruszył prawo. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 2 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 2, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i

odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, Postanowienia..., 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący, zatem to tę stronę Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: