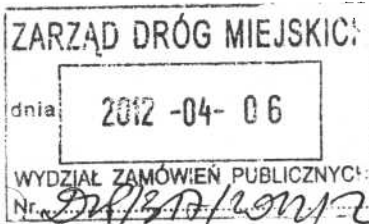




Blonie, dnia 6 kwietnia 2012 roku

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



Zamawiający:

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd
Dróg Miejskich
ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa
Fax: (22) 890 92 11
e-mail: zdm@zdm.waw.pl

Odwołujący:

MBS Computergraphik Sp. z o.o.
ul. Grodziska 15, 05-870 Blonie
Fax: (22) 725 45 10
Tel.: (22) 725 36 76
e-mail: mbs@parkometry.pl

Znak sprawy: DZP/18/PN/14/12

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa, montaż i uruchomienie 290 szt. jednakowych, fabrycznie nowych parkomatów w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie (SPPN), a także zapewnienie łączności, serwis gwarancyjny oraz ich bieżące utrzymanie”, numer postępowania DZP/18/PN/14/12

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz spółki MBS Computergraphik Sp. z o.o. (dalej jako „Odwołujący”), na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759 z późn. zmianami, zwanej dalej: ustawą Pzp) niniejszym składam odwołanie na czynność Miasta st. Warszawy-Zarządu Dróg Miejskich (dalej jako „Zamawiający”) polegającą na:

- przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu (Ogłoszenie) oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) żądania złożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego,

że urządzenia oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych, w okresie ostatnich 2 lat, na terenie Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000. [por. pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz rozdział I pkt 10.3.2 SIWZ].

I. Wskazuję niniejszym na naruszenie przez Zamawiającego:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieuprawnione żądanie poprzez Zamawiającego przedstawienia dokumentu niezgodnego z przepisami ustawy PZP, który w sposób istotny ogranicza krąg wykonawców mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. Art. 25 ust. 1 i 2 ustawy PZP oraz przepisów rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 87, poz. 1817) – zwanym dalej „Rozporządzeniem”, poprzez nieuprawnione żądanie przez Zamawiającego przedstawienia dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania, który wykracza poza katalog dokumentów, jakich może żądać Zamawiający.
3. Art. 29 ust. 2 ustawy PZP, poprzez nieuprawnione ograniczenie przez Zamawiającego rodzajów (modeli) parkomatów do takich, które będą spełniały kryteria określone przez Zamawiającego w dokumencie wskazanym w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 rozdziału I SIWZ.

II. W związku z powyższymi naruszeniami wnoszę o:

1. Uznanie odwołania za zasadne,
2. Unieważnienie czynności Zamawiającego niezgodnej z treścią ustawy PZP polegającej na żądaniu przedstawienia przez wykonawców dokumentu niezgodnego z treścią ustawy PZP, wskazanego w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 rozdziału I SIWZ.
3. Nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Ogłoszenia oraz SIWZ poprzez wykreślenie pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 w rozdziale I SIWZ

nakazującego wykonawcom dołączenie do oferty dokumentu potwierdzającego, że urządzenie oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych, w okresie ostatnich 2 lat, na terenie Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000.

ponadto wnoszę o

4. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony Janusza Zawadzkiego – Prezesa Zarządu MBS Computergraphik Sp. z o.o., na okoliczności wskazane w treści odwołania.

III. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż przez nieuprawnione żądanie przedstawienia dokumentu wskazanego w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 w rozdziale I SIWZ, Odwołujący poniósł szkodę, ponieważ Zamawiający uniemożliwił mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Profil działalności Odwołującego jest ściśle powiązany z przedmiotem niniejszego postępowania, w związku z czym, gdyby Zamawiający działał w sposób zgodny z prawem oraz żądał jedynie dokumentów przewidzianych w ustawie PZP, Odwołujący mógłby ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym uznać należy, iż w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy PZP Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania

IV. Wszelkie terminy związane z wniesieniem odwołania zostały dochowane:

- Ogłoszenie oraz SIWZ zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego (www.zdm.waw.pl) w dniu 27 marca 2012 r.,
 - Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane w dniu 31 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 64-103854,
- w związku z czym uznać należy, iż niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa, montaż i uruchomienie 290 szt. jednakowych, fabrycznie nowych parkomatów w Strefie Płatnego Parkowania Niestrzeżonego w Warszawie (SPPN), a także zapewnienie łączności, serwis gwarancyjny oraz ich bieżące utrzymanie”.

Jak już powyżej wskazano, w pkt VI.3) ppkt 4.1 Ogłoszenia oraz pkt 10.3.2 w rozdziale I SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia wraz z ofertą *dokumentu potwierdzającego, że urządzenia oferowane przez Wykonawcę w liczbie nie mniejszej niż 1000 sztuk zostało zainstalowanych; w okresie ostatnich 2 lat, na terenie Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej, w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie mieszkańców powyżej 500 000.-* zwany dalej „**Dokumentem**”.

Wskazany Dokument oraz zawarty w nim warunek jest niezgodny z przepisami ustawy PZP z następujących względów:

I

W ocenie Odwołującego, żądany przez Zamawiającego Dokument ogranicza krąg podmiotów, którzy będą mogli wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, czym powoduje nieuprawnione ograniczenie konkurencji.

W branży, w której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, wśród wykonawców wykształciły się różne modele prowadzenia działalności. Znaczna część wykonawców – w tym również Odwołujący – zajmuje się zarówno produkcją urządzeń oraz ich instalacją i kompleksową obsługą w trakcie eksploatacji (bieżącym utrzymaniem). Przedsiębiorcy działający na rynku w powyższym modelu, pomimo znacznej skali działalności pod względem liczby dostarczanych i obsługiwanych parkomatów, w dużej mierze ograniczają swoje działania do rynku polskiego, szczególnie z uwagi na obsługę eksploatacyjną urządzeń.

Dowód: przesłuchanie Janusza Zawadzkiego.

Pomimo tego, iż część z wykonawców działających w powyższej formule będzie w stanie spełnić warunki podmiotowe udziału w niniejszym postępowaniu, warunek zawarty w kwestionowanym Dokumencie w zasadzie uniemożliwi im ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający żąda od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą (jako jednego z załączników do oferty) Dokumentu potwierdzającego, iż oferowane przez wykonawcę urządzenia zostały zainstalowane w określonej liczbie (co najmniej 1000 szt.) w określonym czasie (ostatnie 2 lata), w oznaczonym obszarze geograficznym (część Europy powyżej 48°

szerokości geograficznej północnej), w tym co najmniej w dwóch miastach o liczbie powyżej 500 000 mieszkańców.

Dla przedsiębiorców działających w przedstawionym powyżej modelu biznesowym, spełnienie powyższych warunków jest niemożliwe. Potwierdzenie w formie Dokumentu warunku, który wymaga łącznego spełnienia powyższych kryteriów, w sposób pośredni prowadzi do dyskryminacji części wykonawców, którzy oferują parkomaty własnej produkcji – w przeważającej części eksploatowane na rynku lokalnym. Pomimo tego, iż wskazane urządzenia spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, nie będą mogły być oferowane w niniejszym postępowaniu, ponieważ nie będą spełniały kryteriów określonych w Dokumencie żądanym przez Zamawiającego. Tym samym – wykonawcy, którzy są jednocześnie producentami parkomatów spełniających kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia (a nie spełniający warunków zawartych w Dokumencie) będą pozbawieni możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji, na uprzywilejowanej pozycji znajdą się ci wykonawcy, którzy oferują urządzenia firm działających na rynku europejskim oraz globalnym, które w krótkim czasie instalują duże partie urządzeń, w dużych aglomeracjach.

Dowód: przesłuchanie Janusza Zawadzkiego.

Jednocześnie należy podkreślić, iż warunek wprowadzony w przedmiotowym Dokumencie nie pozostaje w żadnym związku z warunkami technicznymi, funkcjonalnością oraz innymi kryteriami przedmiotowymi, jakie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (rozdział V SIWZ) musi spełniać oferowany parkomat. Warunek zawarty w Dokumencie nie powinien również stanowić dodatkowego kryterium podmiotowego, które Zamawiający wyczerpująco określił w punkcie 7 rozdziału I SIWZ.

Z powyższego wynika, iż przedmiotowy Dokument wprowadza dodatkowe warunki, które w świetle powyższych ustaleń w sposób nieuprawniony prowadzą do naruszenia zasady konkurencyjności oraz dyskryminują część wykonawców, którzy są w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu oraz zaoferować urządzenia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Tym samym, działanie Zamawiającego w postaci żądania od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą ww. Dokumentu, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ustawy PZP.

II

1. W cenie Odwołującego, żądanie Zamawiającego w zakresie przedstawienia Dokumentu jest niezgodne z art. 25 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jak wskazano powyżej, przedmiotowy Dokument nie jest niezbędny do wyłonienia wykonawcy posiadającego doświadczenie oraz wiedzę niezbędną do realizacji zamówienia – warunki w tym zakresie zostały określone w punkcie 7 SIWZ, zaś dokumenty na potwierdzenie ich spełnienia w punkcie 8 SIWZ. Ponadto, przedmiotowy Dokument (czy też spełnienie warunków w nim określonych) nie jest niezbędny do określenia przedmiotu zamówienia, ponieważ warunki określone w Dokumencie nie są związane z opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, iż w przeszłości Zamawiający przeprowadzał postępowanie, którego przedmiotem było świadczenia tego samego rodzaju, jak w niniejszym postępowaniu. W poprzednim postępowaniu Zamawiający nie żądał dokumentów oraz nie wprowadził kryteriów, które byłyby tożsame lub zbliżone do warunków określonych w kwestionowanym Dokumencie. Poprzednie zamówienie zostało zrealizowane, wynika więc stąd, iż przedmiotowy Dokument (lub wskazany w nim warunek) nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania na dostawy i usługi tego rodzaju.

Dowód: kopia SWIZ w postępowaniu nr NDZP/121/PN/73/08

2. W przytoczonym art. 25 ust. 1 ustawy PZP wskazano również jednoznaczny podział na dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające, iż oferowane dostawy lub usługi spełniają wymagania postawione przez zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, charakter prawny Dokumentu żadanego przez Zamawiającego nie jest jasny – nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy jest to dokument o charakterze podmiotowym, czy też przedmiotowym. Sposób sformułowania warunku zawartego w Dokumencie oraz specyfika podmiotów działających w tej branży (o czym była mowa powyżej) pozwala na przyjęcie twierdzenia, iż w niniejszym postępowaniu przedmiotowy Dokument wprowadza dodatkowe ograniczenia zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym.

Już z tego powodu należy uznać, iż żądanie Zamawiającego jest niezgodne z art. 25 ustawy PZP oraz przepisami Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Ustawodawca wyraźnie

rozdziela bowiem, jakiego rodzaju dokumentów zamawiający może żądać na wykazanie kryteriów podmiotowych, jakich zaś dla kryteriów przedmiotowych.

3. W punkcie 8 rozdziału I SIWZ Zamawiający wskazał oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawcy mają przedstawić:

8.1.2. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 7.3.1. SIWZ, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, zakresu, dat wykonania i odbiorców – załącznik nr 2 („Doświadczenie zawodowe”). Do powyższego wykazu winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wskazany zapis wyczerpująco określa, w jaki sposób wykonawca ma wykazać spełnienie warunku w postaci w zakresie wiedzy i doświadczenia, które są konieczne do realizacji zamówienia.

Zamawiający żądając od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą (jako jednego z załączników do oferty) dokumentu potwierdzającego, iż oferowane przez wykonawcę urządzenia zostały zainstalowane w określonej liczbie, w czasie, na oznaczonym obszarze w istocie wprowadza dodatkowe kryteria doświadczenia, które są niewspółmierne do skali przedmiotu zamówienia.

Przedmiotowy Dokument (czy też warunek, który ten dokument wprowadza) powoduje, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza krąg podmiotów, którzy mogą ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. Dokument oraz zawarty w nim warunek w praktyce należy więc uznać za dodatkowe kryteria doświadczenia wykonawcy, które są o wiele dalej idące, niż określone w pkt 7 SIWZ. W ten sposób Zamawiający – poprzez żądanie przedstawienia Dokumentu – faktycznie wprowadza wymagania, które uniemożliwią wzięcie udziału w postępowaniu przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, określone w pkt 7 rozdziału I SIWZ.

4. Jednocześnie przedmiotowy Dokument wprowadza warunek niewspółmierny do przedmiotu zamówienia. Działanie parkomatu nie jest bowiem powiązane z liczbą ludności

mieszkańców miasta, w którym będzie on zainstalowany. Wprowadzenie wymagania, aby część spośród 1.000 parkomatów wskazanych w Dokumencie była zainstalowana w miastach o liczbie ludności powyżej 500.000 nie ma żadnego znaczenia dla realizacji zamówienia – parkomaty tego samego rodzaju mogą być instalowane w miastach o różnej wielkości oraz liczbie mieszkańców. Jednocześnie wskazane kryterium prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji poprzez eliminację wykonawców, którzy zamierzają zaoferować urządzenia spełniające wymagania techniczne i funkcjonalne wskazane przez Zamawiającego, lecz zainstalowane w mniejszych miastach.

Również wskazany w Dokumencie obszar geograficzny (część Europy powyżej 48° szerokości geograficznej północnej) prowadzi do wyłączenia z rynku podmiotów funkcjonujących na rynku UE, np. w południowej części Europy, poniżej 48° szerokości geograficznej północnej.

Podsumowując, z powyższego wynika, iż w przypadku niniejszego postępowania przedmiotowy Dokument, ma na celu wykazanie przez wykonawców spełniania warunki udziału określone w art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP. Rodzaje oświadczeń lub dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały w sposób wyczerpujący określone w § 1 i § 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Powyższe przepisy, które stanowią zamknięty katalog, nie przewidują możliwości żądania przez Zamawiającego złożenia kwestionowanego Dokumentu, w związku z powyższym wskazane żądanie Zamawiającego narusza postanowienia art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP oraz przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

5. W ocenie Odwołującego, przedmiotowy Dokument nie stanowi również dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP, potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Jak już wcześniej sygnalizowano, Dokument żądany przez Zamawiającego nie odnosi się bowiem do żadnych z wymagań określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, przedstawionym w rozdziale V SIWZ. Celem przedstawienia Dokumentu nie jest więc potwierdzenie, iż oferowane przez wykonawcę urządzenia będą spełniały określone przez Zamawiającego wymagania techniczne lub funkcjonalne. Ponadto, przedmiotowy Dokument nie jest również żadnym z dokumentów lub oświadczeń wymienionych w § 5 Rozporządzenia, który dopuszcza możliwość żądania przez zamawiającego zaświadczeń, certyfikatów, fotografii oraz szeregu innych dokumentów ograniczonych celem – tzn.

mających na celu potwierdzenie, iż oferowane dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W związku z tym, iż żądany Dokument w żadnym stopniu nie jest związany z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, żądanie jego przedstawienia stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP oraz przepisów Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

III

Odwołujący wskazuje również, iż żądanie przedstawienia kwestionowanego Dokumentu, którym wykonawca ma wykazać, iż oferowane przez niego parkomaty zostały zainstalowane w określonej liczbie, czasie oraz miejscu, powoduje istotną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia, wprowadzając dodatkowe ograniczenie w zakresie rodzaju (modelu) parkomatów, jakie będą spełniały wymagania Zamawiającego. W świetle warunku wskazanego w żądanym Dokumencie, wykonawcy nie będą mogli dostarczyć dowolnego parkomatu, który spełnia kryteria przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział V SIWZ), lecz tylko te spośród nich, które jednocześnie spełniają warunki określone w żądanym przez Zamawiającego Dokumencie. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż dodatkowe warunki zostały określone w formie żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowego Dokumentu, a nie w rozdziale V SIWZ, w którym został umieszczony opis przedmiotu zamówienia. O charakterze warunku nie decyduje bowiem jego umiejscowienie czy też sposób sformułowania, lecz skutek jaki wywołuje dla określenia przedmiotu zamówienia.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający w sposób pośredni opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, czym narusza art. 29 ust. 2 ustawy PZP.

W oparciu o przedstawione okoliczności, wnoszę jak w *petitum* odwołania.



Janusz Zawadzki

Prezes Zarządu MBS Computergraphik Sp. z o.o.

Załączniki:

1. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego,
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,

3. kopia SWIZ w postępowaniu nr NDZP/121/PN/73/08,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,