

Warszawa, dnia 14 lutego 2022 r.

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

**Zamawiający:**

Miejski Zakład Komunikacyjny w Bielsku-Białej Sp. z o.o.  
ul. Długa 50  
43-309 Bielsko-Biała  
Tel. +48 338143511  
e-mail: sekretariat@mzk.bielsko.pl

**Odwołujący:**

Mennica Polska S.A.  
ul. Ciasna 6  
00-232 Warszawa  
KRS: 0000019196  
Tel. +48 607 909 628  
e-mail: [jacek\\_sienski@mennica.com.pl](mailto:jacek_sienski@mennica.com.pl)

Przedstawiciele Odwołującego:

Katarzyna Budnicka – Członek Zarządu  
Artur Jastrząb – Członek Zarządu

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Dz.U./S S25  
04/02/2022 64380-2022-PL

Adres strony internetowej Zamawiającego na której zamieszczono SPECYFIKACJĘ WARUNKÓW  
ZAMÓWIENIA: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/569960>

**ODWOŁANIE**

**wobec niezgodnej z ustawą PZP czynności Zamawiającego**

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „PZP”) w imieniu Odwołującej tj. Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – niniejszym wnoszę odwołanie wobec:

czynności Zamawiającego polegającej na takim ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jaką ma się wykazać wykonawca w postaci wiedzy i doświadczenia, które ogranicza okres referencyjny tylko do 3 ostatnich lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

mających miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „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 (dalej „Postępowanie”)

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- (1) **§ 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, dalej „Rozporządzenie ws. podmiotowych środków dowodowych”) w zw. z art. 112 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP**

poprzez zawarcie w dokumencie w postaci SPECYFIKACJA WARUNKÓW ZAMÓWIENIA w opisie warunków udziału w postępowaniu w Części V Warunki udziału w postępowaniu pkt 2 ppkt 2.1. (odpowiednio pkt III.1.3) ppkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu) - wymogu wykazania się opisanym tam doświadczeniem tylko z ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a zatem w sposób, który nie odzwierciedla sytuacji na rynku tego typu zamówień w ostatnich 3 latach, a jednocześnie zaniechanie wydłużenia tego okresu, a przez to opisanie warunku udziału w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, jak również uczciwej konkurencji;

wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i tym samym:

nakazanie Zamawiającemu zmianę w dokumencie w postaci SPECYFIKACJA WARUNKÓW ZAMÓWIENIA w opisie warunków udziału w postępowaniu w Części V Warunki udziału w postępowaniu pkt 2 ppkt 2.1. (odpowiednio pkt III.1.3) ppkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu) okresu referencyjnego z 3 ostatnich lat przed terminem składania ofert – **na 5 lat przed terminem składania ofert;**

a także

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO”)

oraz

- przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.
- przeprowadzenie dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

### **Termin na wniesienie odwołania**

Dokument w postaci SPECYFIKACJA WARUNKÓW ZAMÓWIENIA został zamieszczony przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 04 lutego 2022 r., w tym samym dniu opublikowane zostało także ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

Wobec powyższego, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) PZP, termin do wniesienia odwołania wynosi 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej przez Zamawiającego i **upływa w dniu 14 lutego 2022 r.**

### **Naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia**

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem jest on zainteresowany udziałem w tym Postępowaniu. Odwołujący jako pionier i lider na rynku rozwiązań opartych o technologię wnoszenia za pomocą mobilnych kasowników opłat za przejazdy przy pomocy zbliżeniowych kart płatniczych lub zbliżeniowych płatności mobilnych posiada bogate doświadczenie w dostawie, wdrażaniu wraz z usługami utrzymania w sprawności podobnych systemów. Ponadto Odwołujący może wykazać się największą liczbą dotychczas zainstalowanych i utrzymywanych w sprawności kasowników/automatów działających w oparciu o technologię płatności zbliżeniowych w Polsce. Realizację te wykraczają jednakże nieznacznie poza okres referencyjny przewidziany przez Zamawiającego, co uniemożliwia mu udział w tym postępowaniu. Tym samym pozbawiają go możliwości uzyskania tego zamówienia i co się z tym wiąże utraty spodziewanego zysku, co przekłada się na określoną szkodę.

### **Uzasadnienie**

#### **I. KLUCZOWE ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO**

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem 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..”
2. W dokumencie w postaci SPECYFIKACJA WARUNKÓW ZAMÓWIENIA w opisie warunków udziału w postępowaniu w Części V Warunki udziału w postępowaniu w pkt 2 ppkt 2.1. (odpowiednio pkt III.1.3) ppkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu), Zamawiający opisał warunek dot. zdolności technicznych w zakresie wiedzy i doświadczenia w następujący sposób:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają:

*„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.”*

**Dowód:** SPECYFIKACJA WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (dokument w aktach Postępowania u Zamawiającego)

**Dowód:** Ogłoszenie o zamówieniu (dokument w aktach Postępowania u Zamawiającego)

## II. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

3. Co prawda zgodnie z § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, ustawodawca przewidział uprawnienie zamawiającego do tego, aby wydłużyć 3-letni okres referencyjny w przypadku dostaw i usług z przewidzianego w § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, to jednak to uprawnienie w określonych sytuacjach powinno się jednak przeradzać w obowiązek zamawiającego. Ustawodawca wyraźnie bowiem wskazał na to, że „**w celu zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu**” zamawiający może wydłużyć ten okres do okresu dłuższego niż 3 lata w przypadku dostaw lub usług.
4. Przy takiej konstrukcji przepisu, nie można dojść do innych wniosków, aniżeli takich, że co do zasady zamawiający może w takim wypadku ustalić 3-letni okres referencyjny, jednakże zawsze powinien dokonać oceny, czy 3-letni okres referencyjny będzie okresem wystarczającym biorąc pod uwagę sytuację na rynku danych zamówień. W sytuacji, gdy taka ocena pokaże, że w ostatnich 3 latach na rynku danych zamówień niewiele się działo, uprawnienie, o którym mowa w § 9 ust. 4 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych, przeradza się w obowiązek zamawiającego do wydłużenia tego okresu referencyjnego.
5. I tak też jest w przedmiotowym Postępowaniu. Wprowadzenie minimalnego okresu referencyjnego wynoszącego 3 lata, stanowi w tym przypadku jawne naruszenie zasad uczciwej konkurencji, poprzez ograniczenie udziału wykonawców, którzy są zdolni do realizacji zamówienia, ale ich doświadczenie nieznacznie wykracza poza 3 letni okres referencyjny.
6. Tak bowiem postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie okresu referencyjnego, w żaden sposób nie koresponduje z bieżącą (tj. w ostatnich 3 latach) sytuacją na rynku tego typu zamówień oraz ilością podobnych projektów i postępowań, których przedmiot zamówienia pozwalałby na spełnienie wymagań referencyjnych Zamawiającego z ostatnich 3 lat.
7. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, przy takim opisie wymagań referencyjnych (tj. doświadczenia tylko z ostatnich 3 lat), jedynym wykonawcą, który jest w stanie spełnić łącznie te wymagania, jest tylko i wyłącznie firma PIXEL Sp. z o.o. z siedzibą w w Bydgoszczy (85-862) ul Raczkowskiego 5. Wykonawca ten w ostatnich 3 latach zrealizował bowiem zamówienie pn. „Dostawa, instalacja i uruchomienie 255 sztuk biletomatów mobilnych wraz z oprogramowaniem i prowadzeniem na dostarczonych urządzeniach usługi sprzedaży biletów” dla miasta Białystok znak sprawy: BKM-1.271.12.2018.
8. W ostatnich 3 latach nie pojawiły się w naszym kraju inne postępowania, które wpisywałyby się w postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W ostatnich latach miały miejsce podobne postępowania, ale wykraczają one poza 3-letni okres referencyjny. Postępowania te zostały zakończone i zrealizowane.

9. Nie można również tracić z pola widzenia tego, że od marca 2020 r. mamy do czynienia z pandemią COVID-19, która również miała wpływ na to, że w ostatnim czasie tego typu przedsięwzięć w Polsce nie było.
10. Odwołujący jako pionier i lider na rynku rozwiązań opartych o technologię płatności zbliżeniowych posiada bogate doświadczenie w dostawie, wdrażaniu wraz z usługami utrzymania w sprawności podobnych systemów. Ponadto Odwołujący może wykazać się największą liczbą dotychczas zainstalowanych i utrzymywanych w sprawności kasowników/automatów działających w oparciu o technologię zbliżeniowych kart płatniczych (EMV) w Polsce. Realizację te wykraczają jednakże nieznacznie poza okres referencyjny przewidziany przez Zamawiającego, co uniemożliwia mu udział w tym postępowaniu.
11. Odwołujący wskazuje również na to, że Zamawiający wykazuje się pewną niekonsekwencją, albowiem w stosunku do personelu jakim ma się wykazać wykonawca w ramach warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Kierownik Projektu (jedna osoba) oraz Specjalista (dwie osoby) (opisane w Części V Warunki udziału w postępowaniu w pkt 2 ppkt 2.2. oraz w pkt III.1.3) ppkt 2) Ogłoszenia o zamówieniu) – wymaga dla tych wykazania się doświadczeniem związanym z wdrożeniem 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 120/80 urządzeń, w tym co najmniej 80/50 szt. muszą stanowić kasowniki mobilne w rozumieniu ust. 2 Załącznika nr 3 do SWZ – OPZ – **z okresu ostatnich 5 lat.**

**Dowód:** SPECYFIKACJA WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (dokument w aktach Postępowania u Zamawiającego)

**Dowód:** Ogłoszenie o zamówieniu (dokument w aktach Postępowania u Zamawiającego)

12. Tym samym w przypadku kluczowego personelu Zamawiający dostrzegł to, jaki niezbędny okres referencyjny występuje w stosunku do kluczowego personelu. Skoro Zamawiający uznał za odpowiedni okres referencyjny 5 letni w stosunku do personelu, to taki sam okres winien przewidzieć również w stosunku do wiedzy i doświadczenia jakim ma się wykazać sam wykonawca.
13. Zaprezentowane powyżej stanowisko, znajduje również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu warto przywołać stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 02 listopada 2016 r. (KIO 1959/16), w którym wskazano m.in. na: „Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 in principio rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości,

*przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W myśl ust. 5 pkt 2, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może dopuścić, aby wykaz o którym mowa w ust. 4 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Analiza przepisu zawartego w § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia wskazuje, że przepis ten ma charakter fakultatywny dla zamawiającego. Niemniej jednak wydaje się, iż w sytuacji, gdyby ustalone przez zamawiającego na podstawie § 4 ust. 2 warunki miały doprowadzić do zaburzenia odpowiedniego poziomu konkurencji, zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminu zgodnie z ust. 5 pkt 2. Tego rodzaju konstatacja wynika również z jednej z podstawowych dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych zasad, tj. zawartej w art. 7 ustawy P.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji.”*

14. Zarówno w art. 16 pkt 3 PZP, jak również art. 112 ust. 1 PZP, jest mowa o „proporcjonalności”, która w tym przypadku musi oznaczać, to że przy opisie warunku udziału w postępowaniu należy uwzględnić wszystkie okoliczności, związane z danym rynkiem zamówień. Jeżeli w ostatnich 3 latach nie realizowano zbyt wielu tego typu zamówień, to ograniczenie tego okresu do okresu minimalnego wynikającego z przepisów, stanowi naruszenie tej proporcjonalności. Proporcjonalność zasadza się bowiem na takim tworzeniu warunków, które powinny umożliwić każdemu wykonawcy, który posiada zdolność do realizacji danego zamówienia. To samo odnosi się do wyrażonej w art. 16 pkt 1 PZP zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Jeżeli Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, że może je spełnić w zasadzie tylko jeden wykonawca, to w takim przypadku te zasady narusza.
15. W wyroku z dnia 09 września 2020 r. (KIO 1988/20. KIO 1990/20) Krajowa Izba Odwoławcza wskazał, że *„Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.”*

## **PRZEKAZANIE ODWOŁANIA ZAMAWIAJĄCEMU**

16. Stosownie do dyspozycji art. 514 ust. 2 PZP, kopia odwołanie została przekazana Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.
17. Przekazanie kopii odwołania nastąpiło na adres poczty e-mail wskazany w SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA: [sekretariat@mzk.bielsko.pl](mailto:sekretariat@mzk.bielsko.pl) oraz platformazakupowa.pl.
18. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

\*\*\*\*\*

W zaistniałych okolicznościach odwołanie niniejsze jest zasadne.

Załączniki:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Mennica Polska S.A.
2. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu na adres [sekretariat@mzk.bielsko.pl](mailto:sekretariat@mzk.bielsko.pl)
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu poprzez platformazakupowa.pl
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.

