

Warszawa, dnia 10 stycznia 2025 r.

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

Odwołujący: Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa
NIP: 5260250995, REGON: 012100784,
KRS 0000010681
tel. 501 500 534
email: rafal.jablonski3@orange.com
Przedstawiciel: Rafał Jabłoński

Zamawiający: Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia
pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław
adres do korespondencji:
Wydział Zamówień Publicznych
al. M. Kromera 44, 51-163 Wrocław
tel. 071 777 92 30, email: wzp.dz@um.wroc.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej Ustawą, **w n o s z ę o d w o ł a n i e** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „*Usługa polegająca na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu oraz w gminach ościennych w ramach opcji*” (znak postępowania: ZP/PN/99/2024/WIM).

Niniejszym **z a r z u c a m** Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 16 pkt. 1 Ustawy w związku z:

- 1) art. 16 pkt. 3 Ustawy w związku z art. 112 ust. 1 Ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który nie ma na celu umożliwienie Zamawiającemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a służy nieuprawnionemu ograniczeniu konkurencji;
- 2) art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganego terminu uruchomienia systemu Wrocławskiego Roweru Miejskiego, w sposób nie uwzględniający istotnych wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób który także znacząco utrudnia uczciwą konkurencję.

W związku z powyższymi zarzutami **w n o s z ę** o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) oraz – adekwatnych modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, poprzez:

- 1) zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób określony w treści uzasadnienia,
- 2) zmianę treści postanowień Projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ, jak w treści uzasadnienia.

U Z A S A D N I E N I E

Powodem wniesienia niniejszego odwołania są niezgodne z prawem działania oraz zaniechania Zamawiającego faktycznie prowadzące w opinii Odwołującego do utrudnienia uczciwej konkurencji, polegające na wadliwym zredagowaniu postanowień SWZ oraz odpowiadającej im treści ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe w istotny sposób narusza interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego – sprzeczny z przepisami Ustawy opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia w sposób negatywny wpływają

na możliwość złożenia ważnej oferty przez Odwołującego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący będzie w stanie przygotować i złożyć konkurencyjną ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2024 r. pod numerem 2024/S 253 - 799968 (nr publikacji TED: 799968-2024). Tego samego dnia udostępniono na stronie prowadzonego postępowania pod adresem internetowym: <https://bip.um.wroc.pl/przetarg/77478/zp-pn-99-2024-wim> specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, zachowano ustawowy termin na wniesienie odwołania.

Zarzut 1.

W treści Rozdziału VIII SWZ, w ust. 3 lit. A (str. 13-14 SWZ), Zamawiający określił wobec Wykonawców następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej:

*„Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu:
A. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej:*

*a) jedną usługę polegającą na uruchomieniu systemu wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmującą co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych
i*

b) jedną usługę polegającą na kompleksowej eksploatacji przez co najmniej 1 rok, systemu wypożyczalni rowerów miejskich/ publicznych obejmującą co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych.

W opinii Odwołującego, tak określony warunek zdolności zawodowej narusza art. 112 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu

w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

Wyrażona w ten sposób zasada proporcjonalności, w świetle aktualnie obowiązujących przepisów, stanowi również jedną z głównych zasad ustawowych, według których zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 pkt 3 Ustawy). W świetle normy prawnej zawartej w przywołanych przepisach, każdy warunek udziału w postępowaniu należy oceniać nie tylko generalnie, ale przede wszystkim z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danej sprawy, szczególnie w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia i specyfiki segmentu rynku, do którego zamówienie jest skierowane. Tylko w odniesieniu do powyższych okoliczności ocenić można realizację lub naruszenie zasad ogólnych ustawy, zwłaszcza zasad nieograniczania konkurencji i proporcjonalności. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 16 Ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, przy czym zachowanie uczciwej konkurencji powinno być oceniane przez pryzmat przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Stosownie do art. 3 ust. 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Działanie Zamawiającego polegające na postawieniu warunku nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuprawiony i nieuzasadniony różnicuje potencjalnych wykonawców, co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego powyżej.

Odwołujący ma świadomość, że opisanie warunków udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który jednakże w jej wykonywaniu ograniczony jest przepisami art. 16 oraz art. 112 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w tym także opisuje warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Po drugie, oceniając kwestię proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia, należy wziąć pod uwagę cel jaki przyświeca określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz jednoczesne wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. *„Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy - w ocenie Izby - uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.”* (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1525/16). Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga więc, by stawiane przez zamawiającego wymagania były adekwatne do uzyskania zamierzonego w postępowaniu celu. Celem tym bez wątpienia jest udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta jest korzystna ekonomicznie i jakościowo.

Zasada proporcjonalności w warstwie kwalifikacji podmiotowej dokonywanej na poziomie warunków udziału w postępowaniu oznacza zatem, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny przy tym ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. *„Zamawiający, stawiając rzeczony warunek powinien mieć na uwadze ratio legis przepisu krajowego w powiązaniu z wykładnią pro-unijną, która na tle postępowania*

o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje położyć nacisk na ocenę zdolności wykonawców do prawidłowej realizacji udzielanego zamówienia publicznego, przy uwzględnieniu właściwego i adekwatnego do przedmiotu zamówienia opisu warunków udziału w postępowaniu. Zatem zastosowane warunki mają być z jednej strony konieczne, a z drugiej wystarczające, stąd nie mogą wykraczać poza to, co jest uzasadnione specyfiką zamówienia. Adekwatność, konieczność i wystarczalność to podkreślane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu” (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO/KU 15/18).

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności niejednokrotnie zwracał uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano* (C-376/08), wskazano, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów (podkreślenie własne Odwołującego). W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości określenie "proporcjonalny" używane jest właśnie w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich vs. Królestwo Hiszpanii* (C-414/97), Trybunał wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Sformułowanie "proporcjonalny" było też przedmiotem wykładni dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przykładowo można tu wskazać wyrok z 19 października 2010 roku (sygn. akt KIO 2172/10,), zgodnie z którym przez doświadczenie, w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ówczesnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. należało rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (orzeczenie to, w świetle aktualnie obowiązujących przepisów pozostaje w pełni aktualne – przyp. Odwołującego). Zgodnie z zasadą proporcjonalności wszelkie wymagania dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy mogą być stawiane tylko w niezbędnym zakresie uzasadnionym przedmiotem zamówienia.

Proporcjonalność powinna być więc rozumiana jako adekwatność, która pozwoli Zamawiającemu na osiągnięcie celu jakim jest wybór wykonawcy, który może z sukcesem zrealizować zamówienie. Dlatego też, na Zamawiającym ciąży obowiązek posiadania znajomości konkretnego rynku i określenie właściwego kręgu wykonawców, który zagwarantuje należyłą realizację zamówienia i nie będzie jednocześnie ograniczał konkurencji w nieuzasadniony sposób poprzez ograniczenie w dostępie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy także mogą należycie zrealizować usługę.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2016 r. sygn. akt KIO 650/16, opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy i wyeliminowanie tych, których sytuacja podmiotowa takiej rękojmi nie daje.

W przedmiotowym postępowaniu doszło jednak do nieuprawnionego i zbyt daleko idącego ograniczenia przez Zamawiającego konkurencji gwarantowanej przepisami prawa traktatowego Unii Europejskiej. Stało się tak ze względu na nieproporcjonalnie wysokie, nieadekwatne – w ocenie Odwoływającego – progi liczbowe: rowerów (1000) oraz stacji rowerowych (100) stanowiące treść warunku doświadczenia w odniesieniu do pojedynczej usługi.

Wskazane powyżej progi liczbowe zawarte w treści warunku doświadczenia pozornie tylko mogą wydawać się proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jednak w rzeczywistości przynoszą jedynie ten wymierny skutek, że Miasto Wrocław w okresie ostatnich 13 lat wykorzystuje system rowerów miejskich oferowanych przez Nextbike Polska S.A., a od 2018 roku, w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego za każdym razem otrzymuje wyłącznie jedną ofertę. Oferty te składa Nextbike Polska S.A.

- Dowód:** 1) informacja o ofertach otwartych w postępowaniu ZP/PN/42/2018/WIM;
2) informacja o ofertach otwartych w postępowaniu ZP/PN/50/2022/WIM;

Co warte podkreślenia, warunki dotyczące doświadczenia w postępowaniach z roku 2018 (znak postępowania: ZP/PN/42/2018/WIM) oraz z roku 2022 (znak postępowania: ZP/PN/50/2022/WIM) są bardzo podobne do warunku, który stanowi przedmiot

niniejszego odwołania, opierają się na tych samych progach liczbowych: 1000 rowerów oraz 100 stacji rowerowych.

W Rozdziale VII pkt. 1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej postępowania z 2018 r. postanowiono warunek doświadczenia o następującej treści:

„Zamawiający stwierdzi, że Wykonawca spełnił warunki udziału, jeśli w szczególności wykaże on, że:

W ZAKRESIE ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ LUB ZAWODOWEJ

1.3 W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) wykonał z należytą starannością, co najmniej jedną usługę polegającą na uruchomieniu co najmniej jednego systemu wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmującej co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych oraz udokumentuje, że zamówienie te zostało wykonane należycie. oraz*
- b) wykonał z należytą starannością, co najmniej jedną usługę polegającą na kompleksowej eksploatacji przez co najmniej 1 rok, co najmniej jednego systemu wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmującej co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych oraz udokumentuje, że zamówienie te zostało wykonane należycie.”*

Z kolei w ust. 3 Rozdziału VIII specyfikacji warunków zamówienia dotyczącej postępowania z 2022 r. warunek doświadczenia brzmiał następująco:

„Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że:

1) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej:

- a) jedną usługę polegającą na uruchomieniu systemu wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmującą co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych*
i
- b) jedną usługę polegającą na kompleksowej eksploatacji przez co najmniej 1 rok, systemu wypożyczalni rowerów miejskich/ publicznych obejmującą co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych.”*

- Dowód:**
- 3) specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu ZP/PN/42/2018/WIM;
 - 4) specyfikacja warunków zamówienia w postępowaniu ZP/PN/50/2022/WIM;

W tym miejscu warto podkreślić, że – przez pryzmat liczby faktycznie otrzymanych ofert w obydwu wymienionych wyżej postępowaniach (każdorazowo 1 oferta złożona przez Nextbike Polska S.A.) – zauważalne rozszerzenie horyzontu czasowego doświadczenia badanego w roku 2022 z trzech do pięciu lat nie miało żadnego realnego wpływu na rzeczywisty poziom konkurencyjności postępowania.

Odwołujący stoi na stanowisku, że postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący doświadczenia jest nadmierny i nieproporcjonalny. Odwołujący – bazując na wciąż rozwijanym doświadczeniu zawodowym w oparciu o zdobywane zamówienia publiczne – uważa się za wystarczająco kompetentnego i doświadczonego, aby podołać wyzwaniu, jakie stanowi realizacja umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

Doświadczenie Odwołującego obejmuje m.in. systemy rowerów miejskich w Płocku (330 rowerów), Zielonej Górze (370 rowerów) oraz Kielcach (300 rowerów). Są to systemy funkcjonujące w tym samym czasie, które z powodzeniem były zarządzane przez Odwołującego – łączna ilość rowerów wynosi w tym przypadku 1080 sztuk, a okoliczność, iż były one zlokalizowane w trzech różnych, odległych od siebie ośrodkach miejskich świadczy na korzyść Odwołującego, bowiem przedsięwzięciem znacznie bardziej wymagającym jest zarządzanie tak liczną flotą rowerów znajdującą się w różnych lokalizacjach. Zarządzanie systemami rowerów miejskich w trzech odrębnych lokalizacjach wskazuje na wymagany poziom kompetencji organizacyjnych i technicznych Odwołującego co pozwoli mu na realizację przedmiotowego zamówienia. Zarządzanie flotą 1080 rowerów rozmieszczonych w trzech odległych lokalizacjach wymagało jednoczesnej koordynacji działań technicznych, logistycznych i operacyjnych w każdym z miast. Każdy z systemów działał w ramach odrębnej infrastruktury i lokalnych uwarunkowań, co stanowi wyzwanie większe niż zarządzanie jednym systemem w jednej lokalizacji. Zarządzanie w trzech odrębnych lokalizacjach wymagało elastyczności w reagowaniu na wytyczne zamawiających, różnice w funkcjonowaniu systemów oraz specyfikę środowisk. Ta zdolność adaptacji do różnych warunków dowodzi, że Odwołujący poradzi sobie z obsługą kompleksowego systemu rowerów miejskich we Wrocławiu i gminach ościennych. Zarządzanie flotą w trzech różnych miastach wymagało opracowania i wdrożenia skoordynowanych planów logistycznych obejmujących serwisowanie rowerów oraz

relokację rowerów pomiędzy stacjami. Tego rodzaju logistyka dowodzi zdolności Odwołującego do realizacji zamówienia w dużej aglomeracji miejskiej.

Na marginesie warto podnieść, iż formułowanie warunków udziału w postępowaniu na wysokim poziomie (nie wdając się w rozważania, czy był to poziom proporcjonalny, czy też nie) wcale nie stanowi bezpiecznej bariery ochronnej redukującej ryzyko niepowodzenia realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego do zera. Znamiennym przykładem jest umowa zawarta przez Stowarzyszenie Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot ze spółką zależną Nextbike Polska S.A., NB Tricity sp. z o.o. Stowarzyszenie zmuszone było od umowy odstąpić ze względu na okoliczności leżące po stronie jej wykonawcy, naliczając jednocześnie kary umowne liczone w milionach złotych. Nextbike Polska S.A., która udostępniała NB Tricity sp. z o.o. swoje zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i która była na etapie realizacji umowy podwykonawcą, nie wyszła z tej sytuacji bez szwanku – znalazła się w sytuacji zagrażającej niewypłacalnością i zmuszona była zawrzeć układ z wierzycielami.

W ocenie Odwołującego istnieje „próg ilościowy” mierzony ilością rowerów, powyżej którego nie ma większego znaczenia, czy zarządzanych przez jeden podmiot rowerów jest 850, 1700, czy też 2000 sztuk. Powyżej tego progu nie rośnie już poziom wyzwania operacyjnego, gdyż operator po prostu multiplikuje wypracowane przez siebie rozwiązania skalując je do poziomu, z jakim ma w danym momencie do czynienia.

Takim progiem ilościowym, który pozwala uznać, że wykonawca dysponujący doświadczeniem obejmującym minimalną liczbę zarządzanych przez siebie rowerów, jest liczba 850. Jest to liczba, która zapewnia potencjalną zdolność wykonawców do należytego wykonania zamówienia, ale także nie eliminuje wykonawców mogących z sukcesem wykonać niniejsze zamówienie z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W uchwale z dnia 25 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KO/KD 42/12) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że *„kryterium kształtowania warunków nie może być fakt, że ktokolwiek spełnia postawione warunki, ale to, by zachować wymóg proporcjonalności warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 20 sierpnia 2010 roku sygn. akt KIO 1565/10 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiający obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie*

wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.”.

Ów próg ilościowy 850 rowerów stanowi wystarczający poziom doświadczenia, który pozwala na wykazanie zdolności do realizacji zamówienia w skali wymaganej przez Zamawiającego. Zarządzanie systemem tej wielkości wymaga opracowania zaawansowanych procesów logistycznych, serwisowych i operacyjnych, które można skutecznie skalować do większej liczby rowerów. Zarządzanie flotą powyżej 850 rowerów polega w dużej mierze na powielaniu wypracowanych rozwiązań operacyjnych i logistycznych. Powyżej tej liczby wyzwania operacyjne nie zmieniają się znacząco. Ustanowienie progu na poziomie 850 rowerów pozwala na udział większej liczby wykonawców, co zwiększa konkurencyjność postępowania, a jednocześnie nie obniża rękojmi należytego wykonania zamówienia. Jest to liczba wystarczająca aby ocenić zdolność wykonawcy do zarządzania wymaganym systemem. Liczba ta stanowi kompromis między interesem Zamawiającego w uzyskaniu rzetelnego wykonawcy a dostępem do zamówienia dla szerszego kręgu podmiotów.

Z uwagi na powyżej wskazane okoliczności należy uznać, iż Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczący doświadczenia w sposób nieproporcjonalny, czym jednocześnie ograniczył konkurencję poprzez ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy faktycznie są zdolni do należytej realizacji usług. W związku z tym za uzasadniony należy uznać zarzut Odwołującego, jak również wniosek Odwołującego o modyfikację kwestionowanego warunku w następujący sposób:

*„Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu:
A. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże on, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej:
a) maksymalnie trzy usługi polegające na uruchomieniu systemów wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmujących łącznie co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych lub jedną usługę polegającą na uruchomieniu systemu wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmującą co najmniej 850 rowerów i 100 stacji rowerowych*

i

b) maksymalnie trzy usługi polegające na kompleksowej eksploatacji przez co najmniej 1 sezon, systemów wypożyczalni rowerów miejskich/publicznych obejmujących łącznie co najmniej 1000 rowerów i 100 stacji rowerowych lub jedną usługę polegającą na kompleksowej eksploatacji przez co najmniej 1 sezon, systemu wypożyczalni rowerów miejskich/ publicznych obejmującą co najmniej 850 rowerów i 100 stacji rowerowych.

Powyższe także zapewnia – w ocenie Odwołującego – zabezpieczenie interesu publicznego w zakresie oczekiwanego należytego wykonania zamówienia. Projekty rowerów miejskich, a system WRM nie jest tu żadnym wyjątkiem, są bowiem skalowalne.

Skalowalność projektów oznacza zdolność wykonawcy do zwiększania liczby obsługiwanych rowerów i infrastruktury przy zachowaniu wysokiej jakości usług. Doświadczenie Odwołującego w realizacji trzech projektów na poziomie minimum 1000 rowerów w trzech różnych miastach (Płock, Zielona Góra, Kielce) świadczy o jego kompetencjach w zarządzaniu złożonymi systemami rowerowymi w różnych warunkach lokalnych.

System rowerowy we Wrocławiu zakłada obsługę 2534 rowerów, co jest wyzwaniem większym pod względem skali, ale nie różni się znacząco pod względem procesów operacyjnych. Zarządzanie flotą rowerową, jej serwisem, relokacją oraz obsługą technologiczną wymaga powtarzalnych procesów, które Odwołujący z powodzeniem wdrożył w poprzednich projektach. Wykonawca, który skutecznie zrealizował projekty w różnych lokalizacjach, wykazuje zdolność do dostosowania się do specyficznych wymagań różnych zamawiających, co jest gwarancją sukcesu także w większym projekcie, jak ten we Wrocławiu.

System informatyczny i aplikacja stosowane przez Odwołującego w realizowanych przez niego systemach rowerów publicznych obecnie obsługują ponad 4000 rowerów w całej Polsce. To dowodzi, że firma potrafiła wyskalować swoje rozwiązania technologiczne w sposób, który zapewnia wysoką jakość usług i stabilność operacyjną. Wykorzystywanie jednej platformy do zarządzania flotami w różnych lokalizacjach i warunkach świadczy

o zdolności firmy do skalowania swojej działalności na potrzeby większych systemów, takich jak Wrocław.

Zróznicowanie lokalizacji i warunków operacyjnych w realizowanych do tej pory projektach stanowi dodatkową zaletę doświadczenia, jakim dysponuje Odwołujący. Płock, Zielona Góra i Kielce różnią się pod względem urbanistycznym, co wymagało elastyczności w zarządzaniu flotą rowerową. W każdej lokalizacji operator musiał dostosować się do odrębnych warunków wynikających z specyfiki zamówienia, co dowodzi jego wszechstronności.

Projekty realizowane do tej pory przez Odwołującego obejmowały wszystkie kluczowe elementy wymagane również w ramach systemu Wrocławskiego Roweru Miejskiego:

- serwisowanie rowerów różnego typu,
- relokację flot w czasie rzeczywistym,
- budowę stacji postoju rowerów wraz z niezbędną infrastrukturą i montażem,
- obsługę technologiczną (integracja GPS i aplikacji mobilnej),
- zatrudnienie serwisantów i budowę lokalnych centr serwisowych,
- koordynację lokalnych centr serwisowych z centralnym serwisem i magazynem,
- zakup niezbędnych pojazdów na potrzeby serwisu i relokacji,
- wyskalowanie aplikacji mobilnej i systemu informatycznego,
- opracowanie wymaganych regulaminów,
- komunikację z użytkownikami poprzez wykwalifikowany zespół Biura Obsługi Klienta,
- Integrację z URBANCARD.

Odwołujący z sukcesem (efektywnie) obsługiwał minimum 1000 rowerów jednocześnie, a stosowane: system i aplikacja zarządzają obecnie flotą 4000 rowerów w różnych lokalizacjach, co potwierdza zdolność do prowadzenia w oparciu o te rozwiązania operacji na dużą skalę. Projekty te były realizowane w sposób płynny, bez znaczących opóźnień czy problemów technicznych, co stanowi rękojmię jakości.

Odwołujący ma doświadczenie w implementacji zaawansowanych systemów IT stosowanych w systemach rowerów publicznych, takich jak aplikacje mobilne i systemy zarządzania flotą, które są kluczowe także dla sukcesu projektu we Wrocławiu. Wykorzystanie nowoczesnych technologii umożliwia szybkie skalowanie operacji i utrzymanie wysokiej jakości obsługi.

Bazując na dotychczasowym doświadczeniu za potwierdzoną należy uznać zdolność Odwołującego do skalowania swoich operacji w zależności od wymagań projektu. Obsługa ponad 4000 rowerów w całej Polsce, w tym minimum 1000 rowerów w trzech kluczowych projektach, dowodzi zdolności do zarządzania dużymi systemami rowerowymi.

Odwołujący posiada wszystkie niezbędne kompetencje i doświadczenie, aby zrealizować projekt wrocławski stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia, a jego dotychczasowa działalność zapewnia rękojmię powodzenia systemu Wrocławskiego Roweru Miejskiego.

Wymóg doświadczenia postawiony przez Zamawiającego jest nieproporcjonalny w stosunku

do przedmiotu zamówienia. Wystarczającym dowodem kompetencji jest realizacja 3 projektów o łącznej liczbie minimum 1000 rowerów. Jednocześnie, w celu zwiększenia konkurencyjności Zamawiający powinien dopuścić możliwość wykazania się realizacją kilku projektów o łącznym doświadczeniu 1000 rowerów), co jest rozwiązaniem otwartym na konkurencję, a przy tym proporcjonalnym. Niebagatelne znaczenie ma także i to, że taka konstrukcja warunku udziału w postępowaniu wpisuje się w wymagania Polityki zakupowej Państwa, która stymuluje zamawiających do otwierania się na sektor MŚP.

Co także istotne, takie rozwiązanie nie jest tylko i wyłącznie wymysłem Odwołującego, ale znajduje potwierdzenie w praktykach rynkowych innych zamawiających.

Za przykład może posłużyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego przez Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię. Przedmiotem zamówienia było wdrożenie łącznie 7000 rowerów.

Warunek w zakresie zdolności zawodowej w odniesieniu do doświadczenia określony w Rozdziale 7 pkt. 4 specyfikacji warunków zamówienia wyglądał zaś następująco:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:

i. wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) co najmniej dwoma systemami roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i co najmniej 150 stacji każdy

lub

ii. wdrożył i zarządzał przez co najmniej jeden rok (jeden sezon) systemami roweru publicznego o sumarycznej wielkości co najmniej 3000 rowerów i 300 stacji, w tym co najmniej jednym systemem roweru publicznego wielkości co najmniej 1500 rowerów i 150 stacji.

Przez jeden sezon całoroczny należy rozumieć co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy nieprzerwanego funkcjonowania systemu zaś w przypadku innych systemów sezonowych minimum 7 miesięcy. Zamawiający nie wymaga, aby sezony wskazane jako potwierdzenie spełnienia warunku następowały bezpośrednio po sobie.”

Dowód: 5) postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię w trybie dialogu konkurencyjnego (nr postępowania: ZP.270.7.2021);

Tak opisany warunek udziału w postępowaniu – pozwalając ocenić potencjał wykonawców w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia, nie był jednocześnie czynnikiem nadmiernie ograniczającym konkurencyjność w postępowaniu.

Zarzut nr 2.

W treści Rozdziału VI specyfikacji warunków zamówienia określono termin wykonania zamówienia, który wynosi łącznie 54,5 miesiąca (w tym działanie systemu wypożyczalni rowerów przez okres 51 miesięcy). Jednocześnie jednak postanowienia części ogólnej SWZ odsyłają do § 3 Projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ w zakresie poszczególnych etapów realizacji zamówienia.

Stanowiąca przedmiot zarzutu nr 2 kwestia terminu uruchomienia systemu Wrocławskiego Roweru Miejskiego została uregulowana w treści § 3 ust. 2 Projektu umowy w ten sposób, że wykonawca wyłoniony w ramach przedmiotowego postępowania będzie zobowiązany uruchomić system w ściśle określonym terminie wynoszącym 2 miesiące od zawarcia

umowy. Jest to termin nierealny biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego, aby udostępniane w ramach systemu WRM rowery były fabrycznie nowe, wyposażone w elementy specyficzne, właściwe wyłącznie dla Zamawiającego, jakie zostały przez niego opisane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do Projektu umowy. W niczym nie zmienia przy tym sytuacji to, że wdrożenie w terminie 2 miesięcy od zawarcia umowy dotyczy udostępnienia 1334 rowerów w ramach I Etapu.

Dowód: 6) ostanowienia specyfikacji warunków zamówienia
w przedmiotowym postępowaniu – w dokumentacji postępowania;

Także i w zakresie zarzutu nr 2 zasadnym jest odwołanie się do historycznych postępowań obejmujących tożsamy przedmiot zamówienia, jakie były prowadzone przez Zamawiającego w poprzednich latach:

- postępowania: ZP/PN/42/2018/WIM zainicjowanego w 2018 roku
- postępowania: ZP/PN/50/2022/WIM wszczętego w roku 2022.

W obydwu przypadkach termin uruchomienia Wrocławskiego Roweru Miejskiego został określony przez Zamawiającego w sposób racjonalny, który umożliwiał wybranemu wykonawcy (jak wiemy, w obydwu wspomnianych postępowaniach ofertę był w stanie złożyć jedynie Nexbike Polska S.A.) wykonanie ciężących na nim zobowiązań:

- w przypadku postępowania ZP/PN/42/2018/WIM Etap I WRM, zgodnie z postanowieniami §3 ust. 2 pkt 1 Projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, miał być uruchomiony począwszy od dnia 1 marca 2019 r. (przy czym wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu 12 lipca 2018 roku, a umowę zawarto w dniu 31 października 2018 roku) – w efekcie wykonawca miał faktycznie 4 miesiące na wdrożenie I Etapu systemu WRM;
- w przypadku zaś postępowania ZP/PN/50/2022/WIM Etap I WRM, zgodnie z postanowieniami §3 ust. 2 pkt 1 Projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ, miał być uruchomiony począwszy od dnia 1 marca 2023 r. (przy czym wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu 5 lipca 2022 roku, a umowę zawarto w dniu 14 października 2022 roku) – w efekcie wykonawca miał faktycznie 4,5 miesiąca na wdrożenie I Etapu systemu WRM.

- Dowód:** 7) projekt umowy stanowiący załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania ZP/PN/42/2018/WIM;
8) ogłoszenie o zamówieniu 308482-2018 w postępowaniu ZP/PN/42/2018/WIM;
9) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 513064-2018 w postępowaniu ZP/PN/42/2018/WIM;
10) projekt umowy stanowiący załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania ZP/PN/50/2022/WIM;
11) ogłoszenie o zamówieniu 369651-2022 w post. ZP/PN/50/2022/WIM;
12) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 632889-2022 w postępowaniu ZP/PN/50/2022/WIM;

Podstawą oceny wymienionych powyżej historycznych terminów uruchomienia I Etapu systemu WRM w poprzednio prowadzonych postępowaniach, jaką formułuje Odwołujący jest ich porównanie z datami wszczęcia obydwu postępowań oraz datami zawarcia umów. Tylko dlatego, że Zamawiający wszczynał te postępowania z odpowiednim „zapasem czasu”, terminy te można uznać za racjonalne.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 30 grudnia 2024 roku tj. w dniu, w którym Zamawiający przesłał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Dająca się zauważyć zwłoka Zamawiającego w ogłoszeniu przedmiotowego postępowania z pewnością miała wpływ na określenie kwestionowanego terminu wdrożenia I Etapu systemu WRM w taki sposób, aby jak najbardziej przyspieszyć udostępnianie rowerów użytkownikom.

- Dowód:** 13) ogłoszenie o zamówieniu 799968-2024 w przedmiotowym postępowaniu – w dokumentacji postępowania.

Jednocześnie jednak nie sposób przystać na to, aby rzeczywisty wymiar terminu realizacji zamówienia w zakresie uruchomienia I Etapu systemu WRM został skutecznie skrócony przez Zamawiającego ze względu na jego zaniechania skutkujące zwłoką w ogłoszeniu postępowania w sytuacji, gdy jednocześnie postanowienia SWZ powodują, że żaden z wykonawców nie będzie w stanie takiego zamówienia terminowo zrealizować. Uprawnionym jest przy tym przypuszczenie, że wykonawca Nextbike Polska S.A., który realizuje system Wrocławskiego Roweru Miejskiego od 13 lat i który realizował go także na podstawie ostatniej umowy zawartej w wyniku poprzedniego postępowania

ZP/PN/50/2022/WIM, dysponował wiedzą na temat oczekiwań Zamawiającego jeszcze przed oficjalnym wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie powinno bowiem nikogo dziwić, że wykonawca realizujący dane zamówienie pozostając w bezpośrednim kontakcie z zamawiającym dysponuje wiedzą szerszą niż ta, która wynika z dokumentów zamówienia – a w przypadku usług powtarzających się okresowo często bierze także aktywny udział w inspirowaniu innowacji i zmian, jakie mogą być wprowadzane w kolejnych zamówieniach obejmujących ten sam przedmiot zamówienia. Nie jest przy tym intencją Odwołującego czynić zarzutu Zamawiającemu z powodu tego, że dotychczasowy wykonawca takie informacje mógł wcześniej posiadać i mógł zrobić z nich użytek poprzez chociażby wcześniejsze zaplanowanie dostaw niezbędnych do wykonania zamówienia, które może on uzyskać w wyniku przedmiotowego postępowania.

Istota zarzutów sprowadza się w tej kwestii do tego, że Zamawiający nie sprostął takiemu opisowi przedmiotu zamówienia w zakresie terminu jego wykonania, aby zneutralizować naturalną przewagę konkurencyjną dotychczasowego wykonawcy – w tym przypadku poprzez wskazanie racjonalnego terminu wykonania zamówienia. Co więcej, Zamawiający w pewnym sensie „zacementował” przewagę dotychczasowego wykonawcy w ten sposób, że wszczął postępowanie na tyle późno (przypomnijmy, że nastąpiło to dopiero 30 grudnia 2024 roku), że jakiegokolwiek wydłużenie terminu wdrożenia I Etapu systemu odniesie skutek w postaci ograniczenia czasowego w korzystaniu z rowerów przez użytkowników. Nie jest to jednak w żadnym stopniu przeszkodą w uznaniu aktualnego brzmienia SWZ za sprzeczne z przepisami Ustawy i ograniczające konkurencję. Społeczne koszty ewentualnego ograniczenia czasowego w korzystaniu z systemu Wrocławskiego Roweru Miejskiego Zamawiający będzie zmuszony wziąć na siebie i zneutralizować je w inny sposób. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby zaniechania Zamawiającego w obszarze wyboru momentu wszczęcia postępowania usprawiedliwiały utrudnianie przez Zamawiającego uczciwej konkurencji w tym postępowaniu. Owe utrudnienie sprowadza się do tego, że przewagę – o czym już wspomniano – uzyskuje dotychczasowy wykonawca. Dodatkowo, inni wykonawcy, którzy nie dysponują zasobami dostępnymi natychmiastowo, nie są w stanie złożyć ofert lub też – składając jednak oferty – zmuszeni są do wkalkulowania w cenie ofertowej istotnego poziomu ryzyka związanego z zamówieniem podzespołów zanim zamówienie zostanie udzielone. Efektem jest także wzrost kosztów, który obciąża bezpośrednio budżet Zamawiającego. Niezmiernie istotnym, choć zasadniczo pomijanym przez zamawiających, jest wzrost ryzyka niewłaściwego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który zgodzi

się na nierealne warunki czasowe realizacji zamówienia. W konsekwencji może to doprowadzić nie tylko do naliczenia wysokich kar umownych, ale także fiaska realizacji całego zamówienia.

Sposobem na uniknięcie wielce prawdopodobnych perturbacji, opisanych wyżej, jest uwzględnienie w warunkach zamówienia racjonalnego, uwzględniającego wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przy tym nieutrudniającego uczciwej konkurencji terminu wykonania zamówienia.

Jak wskazano wyżej, termin 2 miesięcy od zawarcia umowy jest nierealny. Nie uwzględnia on złożoności zamówienia, wymagań technicznych, procesu produkcji, dostaw międzynarodowych oraz konieczności montażu rowerów i infrastruktury w Polsce.

Zamówienie obejmuje dostawę i uruchomienie systemu rowerów publicznych, który musi spełniać wysokie standardy techniczne oraz obejmować:

- 2400 rowerów standardowych – wymagających integracji z zaawansowanymi systemami elektronicznymi (np. GPS, blokady zdalnie sterowane),
- 100 rowerów elektrycznych – wymagających zgodności z regulacjami dot. pojazdów elektrycznych oraz integracji z infrastrukturą ładowania,
- 34 rowery specjalne (handbike, cargo i dziecięcych),
- montaż stacji rowerowych, totemów informacyjnych i integrację z systemem IT,
- oznakowanie i konfigurację systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Kluczowe elementy, takie jak piasty Shimano, są produkowane w Azji. Standardowy czas produkcji i transportu wynosi:

- produkcja – 45 dni,
- transport morski – 45 dni,
- odprawa celna – 7–10 dni.

Rowery są montowane w Polsce i jest to proces, który może zostać wykonany po otrzymaniu zamówionych podzespołów, obejmuje integrację komponentów, instalację systemów elektronicznych i testowania. W przypadku niniejszego zamówienia wymaga to czasu w wymiarze co najmniej 30 dni.

Instalacja infrastruktury, na którą składa się montaż stacji, totemów i systemów ładowania wymaga co najmniej 30 dni, uwzględniając dostępność ekip instalacyjnych i warunki pogodowe w okresie zimowo-wiosennym.

- Dowód:** 14) oświadczenie BBS Bike;
15) oświadczenie RC S-M-S;
16) oświadczenie Equipment Service.

Należy także wziąć pod uwagę dodatkowe zewnętrzne czynniki, które także mogą przyczynić się do braku możliwości realizacji zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Obecna sytuacja geopolityczna, w tym trwające napięcia gospodarcze mogą znacząco wpłynąć na globalne łańcuchy dostaw. Wprowadzenie jakichkolwiek ograniczeń handlowych lub wystąpienie innych niespodziewanych zdarzeń może prowadzić do opóźnień w produkcji i dostarczaniu komponentów, takich jak ramy, układy hamulcowe czy baterie do rowerów elektrycznych. Dodatkowo współczesne systemy logistyczne są narażone na liczne ryzyka w tym blokady portów oraz ograniczenia przepustowości w głównych węzłach transportowych. Nawet krótkotrwałe zakłócenia mogą znacząco opóźnić dostawę kluczowych elementów. W przypadku opóźnień transportowych w dostawie któregośkolwiek z komponentów, cały harmonogram realizacji zamówienia może ulec zmianie. Zamówienie wymaga dostarczenia fabrycznie nowych rowerów, które muszą być wyprodukowane z indywidualnymi specyfikacjami wskazanymi w SWZ. Proces dostosowywania linii produkcyjnych do takich wymagań jest czasochłonny i wymaga precyzji aby zapewnić zgodność z zamówieniem. Wystarczy brak jednego komponentu aby uniemożliwić zakończenie produkcji rowerów w terminie, prowadząc do ryzyka opóźnienia wdrożenia całego systemu. Projekt wymaga nie tylko dostarczenia rowerów, ale także montażu i uruchomienia stacji rowerowych, systemu IT oraz aplikacji, która musi działać bez zakłóceń. Każdy z tych elementów wymaga skoordynowanego planu wdrożenia, co jest procesem czasochłonnym. Po dostarczeniu konieczne jest przeprowadzenie także szczegółowych testów aby upewnić się, że system działa poprawnie. Testy te są kluczowe aby uniknąć ryzyka awarii systemu po jego uruchomieniu. System rowerowy ma być ponadto zintegrowany z innymi usługami miejskich, a proces ten wymaga także dodatkowego czasu. W poprzednich postępowaniach Zamawiający przewidział terminy

realizacji na poziomie 4-4,5 miesiąca, obecne skrócenie tego terminu do 2 miesięcy przy bardziej złożonych wymaganiach i większej liczbie rowerów jest nieproporcjonalne i nierealne w obecnych warunkach rynkowych. Z uwagi na wskazane powyżej czynniki, w szczególności globalne zakłócenia w łańcuchach dostaw, złożoność projektu oraz konieczność dostosowania produkcji do specyfikacji Zamawiającego, termin realizacji zamówienia powinien zostać wydłużony co najmniej do 4 miesięcy. Takie rozwiązanie będzie zgodne z zasadami proporcjonalności i uczciwej konkurencji, a także pozwoli na minimalizację ryzyk związanych z nierealistycznymi wymaganiami czasowymi.

Biorąc powyższe pod uwagę, za minimalny racjonalnie uzasadniony termin uruchomienia I Etapu systemu Wrocławskiego Roweru Miejskiego, zapewniający zgodność z przepisami Ustawy, a przy tym odpowiedni poziom konkurencji, należy uznać okres czasu w wymiarze 4 miesięcy licząc od momentu zawarcia umowy. Tylko bowiem wtedy, gdy umowa zostanie zawarta, wybrany wykonawca ma pewność realizacji zamówienia i jest w stanie złożyć zamówienia u dostawców podzespołów.

Odwołujący wskazał wcześniej dane historyczne oparte o treść dokumentów zamówienia w prowadzonych przez Zamawiającego dwóch poprzednich postępowaniach, wskazując, że terminy wdrożenia Etapów 1 systemu WRM wynosiły 4 miesiące w przypadku postępowania wszczętego w 2018 roku oraz 4,5 miesiąca w przypadku postępowania wszczętego w roku 2022.

Warto jednak spojrzeć także na postępowania prowadzone przez innych zamawiających. I tak:

- w przypadku Łódzkiego Roweru Publicznego obejmującego 1500 rowerów postępowanie wszczęto w dniu 25 sierpnia 2020 roku, natomiast uruchomienie systemu przewidziano na 1 kwietnia 2021 r.;
- w przypadku systemu roweru metropolitalnego Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii (GZM) obejmującego 7000 rowerów i 924 stacji, postępowanie wszczęto pod koniec maja 2021 roku, a na uruchomienie kolejnych trzech faz realizacji przewidziano odpowiednio: 5 miesięcy, 12 miesięcy oraz 22 miesiące;
- w przypadku systemu MEVO Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot obejmującego 4080 rowerów na samą dokumentację projektową przewidziano 90 dni, zaś na wdrożenie systemu aż 17 miesięcy.

W związku z powyższym uzasadnieniem za uzasadniony należy uznać zarzut Odwołującego, jak również wniosek Odwołującego o modyfikację kwestionowanego postanowienia §3 Projektu umowy następujący sposób, aby nadać mu następujące brzmienie:

„Okres obowiązywania Umowy i terminy

§ 3

1. Umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia zawarcia Umowy, tj. 2025 r. do dnia 2029 r. (4 miesiące od dnia zawarcia Umowy + jeśli zawarcie umowy nastąpi w innym dniu niż pierwszy dzień miesiąca, uruchomienie I etapu nastąpi w pierwszy najbliższy dzień miesiąca, następujący po upływie 4 miesięcy + 51 miesięcy + 2 tygodnie).

2. Wykonawca uruchomi i będzie eksploatował system WRM w okresie od dnia 2025 r. (4 miesiące od dnia zawarcia Umowy + jeśli zawarcie umowy nastąpi w innym dniu niż pierwszy dzień miesiąca, uruchomienie I etapu nastąpi w pierwszy najbliższy dzień miesiąca, następujący po upływie 4 miesięcy), w tym:

1) I etap WRM – od dnia 2025 r. (4 miesiące od dnia zawarcia Umowy + jeśli zawarcie umowy nastąpi w innym dniu niż pierwszy dzień miesiąca, uruchomienie I etapu nastąpi w pierwszy najbliższy dzień miesiąca, następujący po upływie 4 miesięcy) w liczbie 1 200 rowerów standardowych, 100 rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, 34 rowerów niestandardowych, na 240 stacjach z 2 400 stojakami (2 200 stojaków udostępnionych przez Zamawiającego) wyposażonych w 240 totemów,

2) II etap WRM – od dnia 2025 r. (1 miesiąc/ 2 / 3 miesiące po uruchomieniu I etapu - na podstawie oferty) w liczbie 2 400 rowerów standardowych, 100 rowerów ze wspomaganiem elektrycznym, 34 rowerów niestandardowych na 240 stacjach z 2 400 stojakami (2 200 stojaków udostępnionych przez Zamawiającego) wyposażonych w 240 totemów.*

3. Wykonawca, nie później niż do dnia 2029 r. (4 miesiące od dnia zawarcia Umowy + jeśli zawarcie umowy nastąpi w innym dniu niż pierwszy dzień miesiąca, uruchomienie I etapu nastąpi w pierwszy najbliższy dzień miesiąca, następujący po upływie 2

miesiący + 51 miesięcy + 2 tygodnie) zdemontuje, usunie i zagospodaruje we własnym zakresie wszelką własną infrastrukturę umieszczoną w przestrzeni publicznej Wrocławia (a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z opcji także przestrzeni publicznej gmin: Czernica, Kąty Wrocławskie, Kobierzyce, Siechnice, Wisznia Mała) a wykorzystywaną do realizacji usługi.”

Zarzuty nr 1 i 2 (część wspólna uzasadnienia).

Jak wykazał Odwołujący, przedmiotowe postępowanie – w warstwie obejmującej warunki udziału w postępowaniu oraz termin wykonania zamówienia – zostało ukształtowane w sposób, który znacząco utrudnia uczciwą konkurencję. Prowadzi to do dalszych konsekwencji, które Odwołujący przedstawia poniżej.

1) Monopolizacja rynku.

Ograniczenie konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której tylko jeden lub niewielu wykonawców jest w stanie spełnić wygórowane wymagania. To sprzyja monopolizacji rynku, która ma negatywne skutki zarówno w krótkim, jak i długim okresie. Tworzenie nadmiernych barier w bieżącym postępowaniu powoduje, że mniejsi wykonawcy nie są w stanie zdobyć doświadczenia wymaganego w przyszłych zamówieniach publicznych, a powtarzanie takich praktyk skutkuje trwałym ograniczaniem konkurencji na rynku:

- brak konkurencji cenowej – jeśli tylko jeden podmiot (np. Nextbike Polska S.A.) może złożyć ofertę, eliminuje to presję na obniżenie cen; w efekcie zamawiający może zapłacić znacznie więcej za usługę, która w bardziej otwartych warunkach przetargowych byłaby tańsza;
- zwiększenie siły negocjacyjnej monopolisty – wykonawca, który uzyskuje dominującą pozycję, może w przyszłości narzucać warunki niekorzystne dla zamawiającego, np. wysokie koszty eksploatacji lub brak elastyczności w dostosowaniu systemu do zmieniających się potrzeb miasta;
- utrudnienie wejścia nowych podmiotów na rynek – wygórowane wymagania powodują, że potencjalni nowi wykonawcy nie są w stanie zdobyć doświadczenia potrzebnego do spełnienia warunków w kolejnych postępowaniach, co zamyka rynek dla mniejszych,

lokalnych wykonawców (a otwarcie rynku zamówień publicznych określone jest w Polityce zakupowej Państwa jako działanie priorytetowe).

2) Koszty społeczne.

Monopolizacja rynku i ograniczenie konkurencji prowadzą do szeregu kosztów społecznych, które bezpośrednio wpływają na mieszkańców:

- wyższe koszty dla użytkowników – zawyżone koszty utrzymania systemu rowerowego mogą być przenoszone na użytkowników w postaci wyższych opłat za korzystanie z rowerów miejskich, co zniechęca mieszkańców do korzystania z ekologicznego transportu;
- brak innowacyjności – w sytuacji braku konkurencji wykonawcy nie mają motywacji do inwestowania w nowoczesne rozwiązania, co ogranicza rozwój infrastruktury rowerowej i obniża jakość oferowanej usługi.

3) Koszty rynkowe

Wpływ na rynek jest równie istotny, zwłaszcza w kontekście finansów publicznych:

- zawyżenie cen ofertowych – brak konkurencji prowadzi do składania ofert o znacznie wyższych wartościach niż w warunkach otwartego rynku; zamawiający, nie mając alternatywy, jest zmuszony zaakceptować ofertę monopolisty, co obciąża budżet miasta;
- ograniczenie efektywności wydatkowania środków publicznych – w sytuacji, gdy rynek jest zdominowany przez jednego wykonawcę, brakuje mechanizmów motywujących do optymalizacji kosztów po stronie wykonawcy;
- długoterminowe obciążenia budżetowe – wyższe koszty utrzymania systemu rowerowego oznaczają mniejsze środki na inne projekty miejskie, takie jak rozwój infrastruktury, edukacja czy ochrona zdrowia.

4) Konsekwencje dla zamawiającego

- niekorzystne postrzeganie procesu udzielania zamówienia – ograniczenie konkurencji może prowadzić do zarzutów o faworyzowanie konkretnego wykonawcy, co negatywnie wpływa na wizerunek zamawiającego;
- ryzyko prawne – monopolizacja rynku może być postrzegana jako naruszenie zasad konkurencji określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, w tym w prawie unijnym;

- zmniejszenie dostępu do lepszych rozwiązań – otwarty rynek sprzyja większej różnorodności ofert, co pozwala wybrać rozwiązania najlepiej dopasowane do potrzeb mieszkańców i miasta.

W świetle powyższego uzasadnienia wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego;
- 4) pełnomocnictwa;
- 5) dowody nr 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15 oraz 16.