

WYROK
z dnia 17 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak **Protokolant:** **Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez **Wykonawcę – KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie przy Placu na Groblach 21/D (31-101 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Miasto Łódź, Zarząd Dróg i Transportu**, ul. Piotrkowska 173 (90-447 Łódź)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miasto Łódź, Zarząd Dróg i Transportu na *obsługę i utrzymanie Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi w latach 2019-2022* (nr sprawy: ZDiT-DZ.3321.39.2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.09.2018 r., nr 2018/S 184-416457, wobec czynności polegającej na opisie przedmiotu zamówienia Wykonawca KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, wniósł w dniu 5 października 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2034/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp:

- 1) art. 29 ust. 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie zrealizowania etapu I w terminie 2 miesięcy od podpisania umowy, w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 7 ust. 1 poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów siwz oraz zmiany terminu składania ofert.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Zamówienie podzielone zostało na etapy. W ramach etapu I Zamawiający wymaga m.in. wyposażenia Strefy Płatnego Parkowania (SPP) w fabrycznie nowe urządzenia jednego typu, pochodzące z bieżącej produkcji w ilości 300 sztuk (parkomatów), zgodnie z zatwierdzonym projektem lokalizacji parkomatów wraz z ich skonfigurowaniem i uruchomieniem. Wszystkie parkomaty muszą być wykonane w sposób zgodny z przepisami dopuszczającymi do stosowania w Unii Europejskiej, potwierdzone deklaracją zgodności UE i oznaczone znakiem CE na wyrobie (tom II, OPZ, wymagania ogólne etap I pkt 2). Jednocześnie Zamawiający dopuszcza możliwość wyposażenia SPP w całości bądź w części w urządzenia używane pod warunkiem, że spełnią one wszelkie wymogi określone zapisami OPZ oraz zapewnią płynność działania przez cały okres realizacji zamówienia. W przypadku częściowego wyposażenia SPP w urządzenia używane koniecznym jest by były one tego samego typu jak wykorzystane urządzenia fabrycznie nowe. Parkomaty muszą być uruchomione i oddane do użytku w dniu uruchomienia etapu II dla zadania 1, o którym mowa w § 4 pkt 1.1.2 umowy, do godziny 8:00. Zgodnie z treści § 4 ust. 1.1 Zamawiający wymaga, aby etap I był realizowany od daty podpisania umowy przez okres nie dłuższy niż 2 miesiące.

Warunki te jest w stanie spełnić tylko jeden wykonawca, tj. City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu. Z przyczyn obiektywnych, rynkowych, tj. braku możliwości wyprodukowania w tym terminie przez producentów działających na rynku parkomatów o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, świadczenie nie jest możliwe do spełnienia. Jedynie przy wykorzystaniu parkomatów używanych, jakimi dysponuje wskazany podmiot, możliwe byłoby dochowanie terminu 2 miesięcy. Dostawcy urządzeń, według rozeznania Odwołującego, potrzebują minimum 12 tygodni na dostawę parkomatów, a w ramach etapu I należy również urządzenia zamontować. Oferowany przez dostawców urządzeń czas dostawy wskazuje, że nie jest możliwe zrealizowanie etapu I w wymaganym terminie 2 miesięcy. Zapisy siwz wskazują na jednego wykonawcę – obecnie realizującego na rzecz Zamawiającego usługę, co utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu, wyłączając możliwość złożenia oferty przez szersze grono podmiotów mogących wykonać zamówienie.

Odwołujący wniósł o zmianę terminu przewidzianego na realizację etapu I z 2 miesięcy od podpisania umowy na 4 miesiące od podpisania umowy.

W dniu 16 października 2018 r. do akt sprawy złożone zostało oświadczenie o przystąpieniu po stronie Odwołującego wykonawcy D.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.U.H. „DEJW” D.B. w Limanowej. W treści pisma wykonawca wskazał, iż informację o wniesieniu odwołania otrzymał w dniu 8 października 2018 r. – otrzymał kopię odwołania, co ma wskazywać na zachowanie terminu do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia w dniu 17 października 2018 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 17.10.2018 r. Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego. Izba ustaliła, iż przystąpienie wniesione zostało z uchybieniem terminu 3 dni, liczonego od dnia przekazania przez Zamawiającego informacji o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z akt sprawy wynika, iż Zamawiający zamieścił kopię odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym na stronie internetowej w dniu 5.10.2018 r., a także przesłał informację elektronicznie do wykonawców w tym samym dniu. W świetle tych okoliczności termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 8.10.2018. r, a przystąpienie wniesione w dniu 16.10.2018 r. nie mogło wywołać skutku w postaci dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy D.B. (PPUH „DEJW” D.B.). Ponadto, Zamawiający wskazał, iż wykonawca ten nie przekazał mu kopii zgłoszenia przystąpienia, co oznacza, iż nie zostały dopełnione czynności formalne wymagane art. 185 ust. 2 Ustawy.

Badanie formalne odwołania nie wykazało podstaw do jego odrzucenia i podlegało ono rozpoznaniu w pełnym zakresie na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Izba uznała, iż stanowiąca przedmiot zarzutów czynność opisu przedmiotu zamówienia, może naruszać interes Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia temu Wykonawcy złożenie konkurencyjnej oferty. Okoliczności podniesione w podstawie zarzutów, mające wskazywać na preferowanie wykonawcy, który obecnie świadczy usługę na rzecz Zamawiającego wskazują, iż koniecznym stało się złożenie odwołania, którego żądania zmierzały do zmiany zapisów siwz w sposób, który ma przywrócić konkurencyjność w postępowaniu. Szkoda, do jakiej czynność Zamawiającego miałaby prowadzić polega na utracie korzyści, jakie niosłoby dla tego Wykonawcy uzyskanie zamówienia. Izba uznała, iż obie przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy zostały spełnione, a odwołanie podlegało merytorycznej ocenie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych dowodów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie.

Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiot zamówienia został podzielony na dwa zadania, z których zadaniem nr 1 objęto wyposażenie SPP w urządzenia parkingowe (parkomaty), brakujące oznakowanie pionowe wyznaczające obszar SPP i zlokalizowane w nim miejsca do płatnego postoju oraz w komputerowe centrum przetwarzania danych wraz z ich obsługą i utrzymaniem. Dla zadania 1 Zamawiający ustalił dwa etapy wykonania zamówienia: etap I – od dnia podpisania umowy przez okres nie dłuższy niż 2 miesiące; etap II – od daty zakończenia etapu I przez okres 46 miesięcy lub do wyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 marca 2019 r. (pkt 5 siwz). Etapy obejmują odpowiednio: prace projektowe, dostawę urządzeń (parkomaty i sprzęt do nadzoru), organizacyjno-szkoleniowe (etap I) oraz bieżącą obsługę, konserwację i naprawę urządzeń (etap II).

Przedmiot zamówienia dotyczy zapewnienia obsługi Strefy Płatnego Parkowania, która obecnie realizowana jest na podstawie umowy nr 3341.13/NZ/2012 (zamówienie podstawowe na 218 sztuk parkomatów) oraz 3341.91/DZ/2012 (zamówienie dodatkowe na 81 sztuk parkomatów), obowiązujących do dnia 28.02.2019 r. lub do wyczerpania kwoty całkowitego wynagrodzenia wykonawcy wynikającego ze złożonej oferty. Z momentem wykonania umów parkomaty obsługujące SPP zostaną wyłączone, co nastąpi o godzinie 18:00. Aby zapewnić ciągłość poboru opłat Zamawiający oczekuje, aby montaż parkomatów, ujęty etapem I został zakończony przez nowego wykonawcę przed terminem rozpoczęcia poboru opłat, co ma nastąpić 1.03.2019 r. o godzinie 8:00.

Zamawiający w siwz – tom II (opis przedmiotu zamówienia, OPZ) dopuścił wyposażenie SPP w fabrycznie nowe urządzenia jednego typu lub wyposażenia w całości lub w części w urządzenia używane spełniające wymagania opisane w OPZ (pkt 2 i 2.1), w ilości 300 sztuk (parkomatów). Udzielając w piśmie z dnia 10.10.2018 r. odpowiedzi na pytanie nr 12 dotyczące możliwości wydłużenia terminu realizacji etapu I do 4 miesięcy, jako terminu premiującego obecnego wykonawcę, który może pozostawić parkometry obecnie zamontowane, Zamawiający wskazał, że *wymagania określone w Części II opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania 1 (TOM II SIWZ) zakładają wyposażenie parkomatów w funkcje, których obecnie zamontowane w SPP parkomaty nie posiadają. Ponadto, zgodnie z zapisami umowy zawartej z Wykonawcą świadczącym obecnie usługę obsługi i utrzymania SPP w Łodzi, dostarczone przez Niego parkomaty muszą zostać zdemonstrowane po zakończeniu realizacji zamówienia. W związku z powyższym zapisy SIWZ nie premiują obecnego Wykonawcy. Zamawiający nie uznaje realizacji wymogu dostarczenia parkomatów poprzez pozostawienie urządzeń obecnie zamontowanych w obszarze SPP.*

Zamontowane obecnie w SPP parkomaty nie posiadają wszystkich funkcjonalności wymaganych w siwz, tom II – OPZ, tj.:

- funkcji uiszczania opłat dodatkowych za nieopłacony postój w SPP. Brak jest odpowiedniego oprogramowania w tym zakresie, a przedni panel obsługowy nie zawiera specjalnego przycisku obsługowego dedykowanego wyłącznie tej funkcji (ust. 8.2);

- czytnika monet z funkcją weryfikacji autentyczności wrzucanych nominałów, przystosowanego do przeprogramowania na monety innej waluty bez konieczności wymiany czytnika (ust. 14);

- systemu weryfikacji sprawności funkcjonowania parkomatów przy jednoczesnym użyciu specjalnych monet i kart testowych (ust. 15).

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył dwie umowy zawarte z obecnym wykonawcą świadczącym obsługę SPP, tj. konsorcjum City Park Group Sp. z

o.o./SYSTEMEG Sp. z o.o., w których zakresie świadczenia wykonawcy objęto obowiązek zdemonstrowania po upływie okresu obowiązywania umowy, jej rozwiązania lub odstąpienia, na jego koszt urządzeń (parkomatów), wraz z odtworzeniem nawierzchni. Dowód: umowy nr 3341.13/NZ/2010 oraz nr 3341.91/DZ/2012.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, obejmujący dokumenty stanowiące element dokumentacji prowadzonego postępowania, tj. specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz umowy na podstawie których obecnie świadczona jest usługa na rzecz Zamawiającego. Ponadto Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego korespondencję przedstawioną przez Odwołującego na okoliczność wykazania terminów, w jakim obecnie możliwe jest dostarczenie przez wskazanych producentów parkomatów nowych urządzeń zgodnych z siwz w ilości 300 sztuk.

Na podstawie zebranego materiału Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 29 ust. 2, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1

Ustawy nie potwierdził się. Odnosząc się do zarzutu dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję Izba miała na uwadze, iż Odwołujący opierał ten zarzut na wykazaniu, iż opis przedmiotu zamówienia, w części określającej termin na wykonanie etapu I, preferuje jednego wykonawcę, tj. obecnie świadczące usługę utrzymania SPP konsorcjum w składzie City Park Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu oraz SYSTEMEG Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Odwołujący prowadził wywód w kierunku wykazania, iż termin 2 miesięcy na wykonanie etapu I jest możliwy do spełnienia tylko przez wykonawcę, który obecnie świadczy usługę utrzymania SPP, gdyż posiada on już zamontowane urządzenia do poboru opłat, które mogą zostać doposażone w nowe wymagane funkcjonalności i dalej służyć do pobierania opłat. W przypadku pozostałych wykonawców, którzy będą dostarczać nowe urządzenia czas potrzebny na ich produkcję i dostawę uniemożliwia dotrzymanie terminu na wykonanie etapu I.

Izba nie podzieliła tej oceny mając na uwadze przede wszystkim stan faktyczny wynikający z faktu, iż obecny wykonawca zobowiązany będzie do demontażu urządzeń dostarczonych w ramach umów z 2012 r., co oznacza, iż w celu wykonania przedmiotu zamówienia koniecznym będzie dostarczenie innych urządzeń spełniających wymagania zamawiającego, niezależnie od tego kto świadczyć będzie usługę. Tym samym sytuacja obecnego wykonawcy jest taka sama jak każdego innego podmiotu, który zamierza ubiegać się o zamówienie. Nie ma podstaw do tego, aby uznać, iż termin 2 miesięcy na wykonanie etapu I preferuje obecnego usługodawcę. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, aby rzeczywiście urządzenia, które obecnie pobierają opłaty mogły być wykorzystane na potrzeby kolejnej umowy. Tezie tej sprzeciwiają się zapisy umów z 2012 r., w których wskazuje się wprost na obowiązek demontażu przez wykonawcę urządzeń po zakończeniu umowy, jak również udzielona już po wniesieniu odwołania odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 12. Zasady te obowiązywać mają również wybranego wykonawcę, który zgodnie z § ... wzoru umowy zobowiązany będzie do demontażu urządzeń oraz przywrócenia stanu nawierzchni. Ponadto, urządzenia obecnie pracujące nie posiadają pełnej funkcjonalności wymaganej w OPZ. Wyjaśnienia Odwołującego, jakoby wykonawca mógł doposażyć urządzenia i wykorzystać do obsługi SPP również nie przekonują. Przede wszystkim już samo założenie, że doposażenia tego wykonawca miałby dokonać w przerwach w pobieraniu opłat, tj. pomiędzy godziną 18:00 a 8:00 rano dnia kolejnego, stanowi dowolną hipotezę Odwołującego. Skoro wykonawca odpowiedzialny jest za zapewnienie nieprzerwanej pracy urządzeń w całym okresie świadczenia usługi, właściwym jest wniosek, iż urządzenia nie mogą być modyfikowane, co mogłoby zakłócić pracę systemu poboru opłat.

Przede wszystkim hipoteza ta nie broni się w świetle wskazanego obowiązku demontażu urządzeń po ich wyłączeniu z pracy, z dniem 28.02.2019 r. oraz odpowiedzi na pytanie nr 12, w której Zamawiający wyraźnie wykluczył możliwość pozostawienia „starych” parkomatów w celu dalszego świadczenia usługi. Wyjaśnienia Zamawiającego udzielone na rozprawie wskazują, iż urządzenia mające obsługiwać system z dniem 1.03.2019 r. wymagają wcześniejszego odbioru przez Zamawiającego, a zatem muszą być zamontowane we wskazanych miejscach i dopiero po ich przyjęciu możliwe będzie ich uruchomienie. W praktyce oznacza to, że nowo montowane urządzenia przez pewien okres czasu będą stały obok obecnie pobierających opłaty parkomatów. Z końcem 28.02.2019 r. rozpocznie się termin na demontaż wyłączonych urządzeń, a system będzie dalej pracował na dostarczonych w tym zamówieniu parkomatach.

Przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci korespondencji mailowej z producentami parkomatów wskazują wprawdzie, iż termin 2 miesięcy na wykonanie etapu I może być niemożliwy do dochowania, jeżeli dostarczone miałyby być w całości nowe urządzenia. Nie mogło to jednak przesądzać o zasadności zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy. Utrudnienie uczciwej konkurencji w tym postępowaniu miało bowiem wynikać z faktu preferowania konkretnego wykonawcy, a tego nie potwierdzają przywołane zapisy siwz, w tym odpowiedzi na pytania z dnia 10.10.2018 r. oraz zawarte w 2012r. umowy. Ponadto,

Zamawiający dopuścił wyposażenie SPP w urządzenia używane, a zatem dostępne od ręki, pod warunkiem iż zostaną wyposażone w funkcjonalności wymagane opisem przedmiotu zamówienia. Nie można zatem wykluczyć, iż przy dostawie jedynie w części nowych lub w całości używanych parkomatów, etap I będzie mógł się zakończyć w przewidzianym terminie. Należy podkreślić, iż Zamawiający miał prawo wskazać termin umożliwiający zapewnienie ciągłości funkcjonowania SPP, co wymagać będzie zakończenia etapu I nie później niż do 28.02.2019 r. Żądanie wydłużenia terminu dla etapu I do 4 miesięcy, jakie sformułował Odwołujący, czyniłoby w zasadzie niemożliwym zawarcie umowy z wykonawcom wyłonionym w tym postępowaniu przed terminem wygaśnięcia dotychczasowych umów i narażałoby Zamawiającego na stratę wpływów z opłat, jakie nie byłyby pobierane od 01.03.2019 r.

W świetle powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa

zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4. Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: