Sygn. akt: KIO 2118/18

WYROK
z dnia 30 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 października 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 października 2018 r.** przez wykonawcę: **Mennica Polska S.A., z siedzibą w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Komunikacji w Tychach,**
przy udziale wykonawcy **Asseco Data Systems S.A., z siedzibą w Gdyni,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**Oddala odwołanie.**

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mennica Polska S.A., z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mennica Polska S.A, z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 24 sierpnia 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 Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2118/18

UZASADNIENIE

W dniu 15 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Mennica Polska S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Miejskiemu Zarządowi Komunikacji w Tychach (dalej „**Zamawiający**") naruszenie w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy":

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22d ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco Data Systems S.A., wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej;
2)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco Data Systems S.A., który to wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełnienia warunku udziału odnoszącego się do zdolności technicznej;
3)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór wykonawcy Asseco Data Systems S.A., pomimo że wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania;
4)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; ewentualnie,
5)w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i nr 2 - naruszenie art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Asseco Data Systems S.A. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej Asseco Data Systems S.A.; (ii) wykluczenie Asseco Data Systems S.A. z postępowania; (iii) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz (iv) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie

przed Krajową Izbą Odwoławczą.
W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozszerzenie systemu ŚKUP na pojazdy MZK Tychy". W dniu 3 października 2018 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej oraz drogą mailową poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Asseco Data Systems S.A. (dalej „**Asseco**" lub „**Przystępujący**"). Dowód: informacja o wyborze z dnia 3 października 2018 r. (w aktach postępowania u Zamawiającego).
W ocenie Odwołującego z taką decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić z uwagi na to, że Asseco podało w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, wywołując u niego tym samym mylne przekonanie co do ich prawdziwości.
Zamawiający w pkt 6.1.2. lit. c) zdolność techniczna i zawodowa postawił m.in. warunek, zgodnie z którym wykonawcy mieli obowiązek wykazania się wykonaniem usługi polegającej na wdrożeniu i uruchomieniu systemu elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) w publicznym transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej, obejmującego co najmniej 100 pojazdów (autobusów lub tramwajów, lub trolejbusów). Jednocześnie Zamawiający zdefiniował, że przez system elektronicznej karty miejskiej należy rozumieć automatyczny system pobierania opłat, kontroli i rozliczeń obejmujący co najmniej:

- instalacje pokładowe w pojazdach komunikacji miejskiej;
- podsystem kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne, sieć punktów doładowania kart bezstykowych;
- oprogramowanie aplikacyjne, bazodanowe oraz narzędziowe do obsługi systemu.

Asseco w celu wykazania spełnienia opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu posłużyło się zasobem podmiotu trzeciego w postaci czeskiej spółki Mikroelektronika spol. s r.o. z siedzibą w Vysoke Myto.
Mikroelektronika spol. s.r.o. zrealizowała dostawę polegającą na zaprojektowaniu, dostarczeniu, zainstalowaniu i uruchomieniu systemu automatycznego pobierania opłat w mieście Ostrava, która usługa została wykonana na rzecz Dopravni Podnik Ostrava a.s. z siedzibą w Ostravie.
Jednocześnie w wykazie wykonanych dostaw - część A, Asseco wskazało, że referencyjna dostawa obejmowała m.in.

- podsystem kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne
- sieć punktów doładowania kart bezstykowych.

Przywołane powyżej dwa elementy były bowiem konieczne do wykazania z uwagi na treść postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, albowiem m.in. z tych dokumentów miał się składać system elektronicznej karty miejskiej.
Istotne jest również to, że załączona referencja wystawiona przez Dopravni Podnik Ostrava a.s. z siedzibą w Ostravie w swej treści nie informuje, że dostarczony system zawierał rzeczone elementy. Dowód: wykaz dostaw - część A wraz z referencją (dowód w aktach postępowania u Zamawiającego).
Dodatkowo Odwołujący wskazał, że dokumentacja przetargowa poprzedzająca zamówienie, które zostało udzielone Mikroelektronice spol. s r.o. jest podobnie jak w Polsce powszechnie dostępna, a jej analiza potwierdziła to, że dostarczony, wdrożony i uruchomiony system nie zawierał wcale tych elementów. W szczegółowym opisie przedmiotu tego zamówienia brak jest informacji na temat tego, aby wykonawca miał również w zakresie tego zamówienia dostarczyć podsystem kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne, jak również to, że system obejmował sieć punktów doładowania kart bezstykowych. Dowód: wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Dopravni podnik Ostrava a.s. wraz z tłumaczeniem
W zakresie terminali przenośnych to Odwołujący wskazał, że są to podręczne urządzenia wykorzystywane przez pracowników służb miejskich kontrolujących bilety pasażerskie. Zamawiający wyraźnie zaś sformułował swoje oczekiwania w zakresie wykazania się zdolnością techniczną, wskazując, że system ten ma obejmować: „Podsystem kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne". Zakres postępowania, którego dotyczy zamówienia zrealizowane przez Mikroelektronika spoi. s r.o. ograniczał się jedynie do dostawy kasowników (instalowanych w pojazdach) oraz komputerów pokładowych i nie przewidywał dostaw podsystemu kontroli biletów wraz z przenośnymi urządzeniami kontrolerskimi dedykowanymi dla kontrolerów.
W ocenie Odwołującego dostarczony i wdrożony system nie obejmował także sieci punktów doładowania kart bezstykowych. Z treści dokumentacji opisującej zakres dostarczonego przez Mikroelektronika spoi. s r.o. systemu, bezsprzecznie wynika, iż terminale powinny posiadać funkcjonalność zapisu informacji na karcie o wcześniejszej transakcji doładowania dokonanej w internetowym portalu, tzw. e-shop na kartę przy czym portal internetowy e-shop nie był przedmiotem tej dostawy. Funkcjonalność doładować w internetowym e-shopie była dostarczona w oddzielnym postępowaniu zrealizowanym przez inny podmiot. W opisie przedmiotu tamtego zamówienia wskazano w Załączniku nr 1 dokumentacji przetargowej - Specyfikacja techniczna, pkt 1. lit. F) na:
f) Zapisanie kredytu (gotówki finansowej realizowanej przez e-shop) na e-kartę ze spisu transakcji doładowania

elektronicznego portfela (greenlist) zgodnie z brzmieniem dokumentu „Projekt zadania o danych dla MSK".
W ocenie Odwołującego czym innym jest jednak proces doładowania środków pieniężnych, który ma miejsce podczas transakcji w sklepie internetowym, a czym innym jest jedynie sam proces zapisu/zakodowania tej informacji na nośniku jakim jest karta. Dowód: wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Dopravni podnik Ostrava a.s. wraz Z tłumaczeniem
W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe Asseco nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wdrożeniu i uruchomieniu systemu elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) w publicznym transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej, obejmującego co najmniej 100 pojazdów (autobusów lub tramwajów, lub trolejbusów), a przez system elektronicznej karty miejskiej należy rozumieć automatyczny system pobierania opłat, kontroli i rozliczeń obejmujący co najmniej:

- instalacje pokładowe w pojazdach komunikacji miejskiej,
- podsystem kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne, sieć punktów doładowania kart bezstykowych,
- oprogramowanie aplikacyjne, bazodanowe oraz narzędziowe do obsługi systemu.

Referencyjna dostawa nie obejmowała bowiem dwóch elementów tego systemu tj.: podsystemu kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne, oraz sieci punktów doładowania kart bezstykowych.
Dodatkowo Odwołujący wskazał, że złożenie przez Asseco oświadczenia w Wykazie dostaw - Część A, w którym to oświadczeniu Asseco zapewniło Zamawiającego, że dostarczony przez Mikroelektronika spol. s r.o. system zawierał również te dwa wymagane przez Zamawiającego elementy, wypełnia dyspozycje art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP. Tego typu zachowanie należy bowiem kwalifikować jako podanie nieprawdziwych informacji, istotnych z punktu widzenia prowadzonego postępowania, albowiem odnoszących się do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które wprowadziło Zamawiającego w błąd. Zdaniem Odwołującego było to działanie świadome, a jeżeli nawet nie było to działanie świadome, to z całą pewnością kwalifikuje się ono pod „niedbalstwo" lub „lekkomyślność", czyli sytuację, w której wykonawca nie zweryfikował w sposób dostateczny informacji przekazanych mu przez inny podmiot.
Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 382/17), w którym KIO wskazało m.in., że: „na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23października 2003 r„ sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k. c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem jeżeli przystępujący przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący w sposób nie wymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych danych uznać należy, że Przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp."
W ocenie Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że takie zachowanie Zamawiającego narusza przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 oraz 17 PZP. Konsekwencją powyższej jest naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 91 ust. 1 PZP. Zamawiający wybrał bowiem ofertę wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania.
Z najdalej posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet gdyby nie potwierdziły się zarzuty dotyczące podania przez Asseco nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP), to wobec niewykazania przez Asseco spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający winien wezwać Asseco do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, czego jednak zaniechał. Tym samym naruszył on przepis art. 26 ust. 3 PZP.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**") wraz z ogłoszeniem o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postepowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu

postepowania; (iii) ofertę Przystępującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Dopravni podnik Ostrava a.s. wraz z tłumaczeniem oraz pismo Przystępującego z dnia 22 października 2018 r. na okoliczność ustalenia zakresu usług wykonanych przez Mikroelektronika spol. S.r.o.; (v) wydruku ogłoszenia o zamówieniu przeprowadzonego przez Gminę Wrocław nr 2016/S 146-264807 na okoliczność wykazania poprawności interpretacji SIWZ przedstawionej przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 6.1.2. lit. c) zdolność techniczna i zawodowa postawił m.in. warunek, aby wykonawcy przedstawili następujące dokumenty:

1)wykaz dostaw 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, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2)Wymagane jest wykonanie/wykonywanie usługi/usług polegających na:

- wdrożeniu i uruchomieniu systemu elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) w publicznym transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej, obejmującego co najmniej 100 pojazdów (autobusów lub tramwajów, lub trolejbusów); oraz
- wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej jednej usługi zapewniającej pobieranie opłat za bilety elektroniczne w publicznym transporcie zbiorowym, z wykorzystaniem systemu elektronicznej karty miejskiej przez okres co najmniej 12 miesięcy, obejmującym co najmniej 100 pojazdów. Przez system elektronicznej karty miejskiej należy rozumieć automatyczny system pobierania opłat, kontroli i rozliczeń obejmujący co najmniej:
- instalacje pokładowe w pojazdach komunikacji miejskiej, podsystem kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne, sieć punktów doładowania kart bezstykowych, oprogramowanie aplikacyjne, bazodanowe oraz narzędziowe do obsługi systemu.

Zamawiający uzna także warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże jedną usługę spełniającą łącznie wymagania określone w powyższych podpunktach.

Izba ustaliła, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 6 ust. 6.1 lit. c) pkt 1) SIWZ złożył oświadczenie podmiotu trzeciego tj. Mikroelektronika spol. S r.o.

Przystępujący załączył również wykaz dostaw. W treści wykazu Przystępujący powołał się na wykonanie dwóch dostaw w celu wykazania spełnienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. Pierwsza z dostaw wskazanych przez Przystępującego dotyczyła realizacji zamówienia przez Mikroelektronika spol. S r.o. na rzecz Dopravni podnik Ostrava as.

Przystępujący przedłożył również referencję wystawioną przez Dopravni podnik Ostrava as na rzecz Mikroelektronika spol. S r.o. Z treści referencji wynika, iż Mikroelektronika spol. S r.o. wykonała na rzecz Dopravni podnik Ostrava as zaprojektowała, dostarczyła, zainstalowała i uruchomiła system automatycznego pobierania opłat w mieście Ostrava. Umowa obejmowała dostawę systemu do 613 pojazdów, które zostały wyposażone w 2139 urządzeń do sprawdzania kart zbliżeniowych i 613 urządzeń komunikacji pokładowej.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Istota sporu pomiędzy stronami sprawdzała się do odmiennej interpretacji postanowień SIWZ. Podkreślić należy na wstępie, że postanowienia SIWZ niejednokrotnie zawierają szereg określeń budzących wątpliwości interpretacyjne. Ich interpretacją winna być jednak dokonywana zarówno z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, wszystkich zapisów SIWZ jak i profesjonalizmu podmiotów uczestniczących w przetargu. Przyjęte w orzecznictwie zasada interpretacji niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy nie oznacza i nie może oznaczać otwarcia drogi wykonawcom do nadinterpretacji postanowień SIWZ i dążeniu do uzyskania zamówienia „za wszelką cenę".

W analizowanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący dokonał nadinterpretacji zakwestionowanych postanowień SIWZ i w sposób nieprawidłowy dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.
Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający, pojęcia „systemu elektronicznej karty miejskiej" nie definiują przepisy prawa. W praktyce znane są rozmaite przypadki zamówień takiego systemu, zaś fakt wskazanie przez Zamawiającego w SIWZ elementów wymaganych dla powyższego systemu dowodzi, iż nie są one w każdym przypadku oczywistym i nieodłącznym elementem zamówienia takiego systemu. W przeciwnym razie Zamawiający nie musiałby tych elementów wskazywać, bo byłyby one wymogiem towarzyszącym każdemu systemowi elektronicznej karty miejskiej, a zakres tego systemu znany byłby wszystkim wykonawcom działającym w tym obszarze. Z tego też względu w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dokonał szczegółowego opisu stawionych wymagań, określając zakresy pojęciowe „systemu elektronicznej karty miejskiej" odmiennie dla każdej z usług wskazanych w pkt 6.1.2 lit. c) SIWZ.
Analiza tych wymagań, zdaniem Izby, prowadzi do wniosku, iż w pkt 6.1.2 lit. c) SIWZ mamy do czynienia z dwoma rozłącznymi wymaganiami, zdefiniowanymi na potrzeby zbadania potencjału wykonawców. Dla tiret 1 warunku 6.1.2 lit. c) wykonawca miał obowiązek wykazać się doświadczeniem we „wdrożeniu i uruchomieniu elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego)". Nie budzi, w ocenie Izby wątpliwości, iż treść w nawiasie jest doprecyzowaniem wymagania dla tiret 1. Zamawiający zdefiniował system elektronicznej karty miejskiej jako bilet elektroniczny. Natomiast w tiret 2 Zamawiający posłużył się odmienną definicją systemu elektronicznej karty miejskiej poprzez użycie sformułowania „Przez system elektronicznej kary miejskiej należy rozumieć automatyczny system pobierania opłat, kontroli i rozliczeń obejmujący co najmniej (...) do obsługi systemu". Zatem dla wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 6.1.2. lit. c) tiret 1 nie było wymagane, aby wykazywany system spełniał wymagania określone w tiret 2. Aby spełnić warunek z tiret 1 należało, wykazać dostarczenie usługi wdrożenia i uruchomienia biletu elektronicznego. W tiret zaś 2 Zamawiający system elektronicznej karty miejskiej wiąże z automatycznym systemem pobierania opłat, kontroli i rozliczeń. Nie uprawnione jest zatem przytoczona przez Odwołującego na potrzeby odwołania rozszerzona interpretacja spornych zapisów SIWZ. W konsekwencji, z uwagi na to, iż Zamawiający w tiret 1 wymagań określonych w tiret 2 nie stawiał, nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego jakoby pierwotnie przedłożona referencja spółki Mikroelektronika z Ostrawy nie była wystarczająca dla spełnienia wymogu z tiret 1. Referencja ta potwierdza wdrożenie i uruchomienie biletu elektronicznego, czego sam Odwołujący nie kwestionował.
W ocenie Izby Odwołujący na potrzeby swojej retoryki dokonuje rozszerzenia wymagania postawionego przez Zamawiającego w SIWZ i w sposób nieuprawniony przenosi wymagania zawarte w tiret 2 do tiret nr 1 pkt 6.1.2 lit. c) SIWZ.Wymagania dotyczące drugiej usługi wskazanej w pkt 6.1.2 lit. c) tiret 2) mają znaczenie szerszy zakres i zawierają cztery elementy nie wyszczególnione w tiret nr 1. Gdyby intencją Zamawiającego było zdefiniowanie pojęcia systemu elektronicznej karty miejskiej dla obu usług w sposób tożsamy, zamieściłby tę definicję albo przed pierwszym tiret, albo po drugim tiret (podobnie zresztą jak to zrobił umieszczając po drugim tiret zasadę, pozwalającą na spełnienie obu warunków przy pomocy jednej umowy).

Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu należy czytać wprost, nie dokonując wykładni rozszerzającej. W przedmiotowym przypadku Odwołujący de facto dokonał na potrzeby złożonego odwołania, nieuprawnionej modyfikacji warunku. Zdaniem Izby, prezentowaną przez Odwołującego interpretację pkt 6.1.2 lit. c) SIWZ należy uznać za wprowadzającą wymaganie niewyrażone wprost w tym postanowieniu, co jest niedopuszczalne. W tej sytuacji na marginesie jedynie można wskazać, że nawet gdyby uznać tę interpretację za jedną z możliwych, nieuprawnione byłoby jej zastosowanie na niekorzyść wykonawcy.

W ocenie Izby Przystępujący w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 6.1.2 lit. c) SIWZ powołał się w złożonym Zamawiającemu wykazie na dwie usługi. Pierwsza usługa wskazana w wykazie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w tiret 1, rozumianego jako wdrożenie i uruchomienie elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) (co nie było w tym zakresie kwestionowane przez Odwołującego), druga zaś z usług potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanym w tiret 2 (co również nie było kwestionowane przez Odwołującego).

Wobec uznania, iż interpretacja SIWZ zaprezentowana przez Odwołującego nie zasługuje na aprobatę, bez znaczenia dla sprawy pozostają dokumenty złożone podczas rozprawy tj. pismo Przystępującego z dnia 22 października 2018 r., jak również złożony przez Odwołującego wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Dopravni podnik Ostrava a.s. wraz z tłumaczeniem.

Również dowód Odwołującego w postaci wydruku ogłoszenia o zamówieniu przeprowadzonego przez Gminę Wrocław nr 2016/S 146-264807 nie ma znaczenia dla sprawy. Nie można bowiem dokonywać interpretacji SIWZ w oparciu o

brzmienie SIWZ z innego postępowania. Dokument taki może mieć charakter pomocniczy, o ile strona która na niego się powołuje wykaże okoliczności uzasadniające takie zastosowanie. Tego, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał. Nawet gdyby przyjąć, że w innym postępowaniu podobne zapisy były odmiennie interpretowane przez innego zamawiającego, nie sposób uznać, iż okoliczność ta uzasadniałaby słuszność twierdzeń Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zarzut Odwołującego został oparty na błędnej interpretacji SIWZ. Wobec uznania przez Izbę, iż taka interpretacja SIWZ nie zasługuje na akceptacje, brak jest podstaw do przyjęcia, iż doszło do naruszenia przywołanej regulacji. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. W konsekwencji brak jest również podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się natomiast do zarzucanego naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że jest to zarzut niezasadny i wadliwy przez sam fakt, że wskazany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca. W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 972).

Przewodniczący:……..