

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Audytel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Skorupki 5, 00-546 Warszawa i J. . Projektowanie dróg doradztwo w zarządzaniu z siedzibą w Wieliczce, ul. Kopernika 57, 32-020 Wieliczka w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Górnśląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21A, 40-053 Katowice

przy udziale wykonawcy P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Marii Radziejewiczówny 1 lok. 262, 04-187 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Audytel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Skorupki 5, 00-546 Warszawa i J. F. Projektowanie dróg doradztwo w zarządzaniu z siedzibą w Wieliczce, ul. Kopernika 57, 32-020 Wieliczka na rzecz Zamawiającego: Górnśląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 A, 40-053 Katowice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn.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 1428/19

Uzasadnienie

Górnśląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, na wykonanie koncepcji „Elektrycznego Roweru Metropolitalnego” dla Górnśląsko-Zagłębiowskiej Metropolii, znak postępowania: ZA.270.7.2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 marca 2019 r. nr 527928-N-2019. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 19 lipca 2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Audytel S.A. z siedzibą w Warszawie i J. F. Projektowanie dróg doradztwo w zarządzaniu z siedzibą w Wieliczce informację o wykluczeniu ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W dniu 24 lipca 2019 r. ww. wykonawcy (dalej łącznie: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo braku ku temu podstaw;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez dokonanie rozszerzającej wykładni SIWZ, tj. Rozdziału XVII pkt 3 ppkt 3, polegającej na uznaniu iż Zamawiający wymagał podania proponowanych systemów w podziale na wdrożenia, a nie jednostki administracyjne czy miasta, co doprowadziło do błędnego uznania, iż doszło do wprowadzenia w błąd przez Odwołującego;
- 3) art. 38 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w informacji o wykluczeniu wykonawcy zmian do SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert - Uszczegółowienie Koncepcji, tj. po terminie składania ofert i związane z tym naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) dokonania oceny ofert łącznie z ofertą Odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania i zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według faktury złożonej na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał m.in., iż wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nastąpiło pomimo braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w tym przepisie oraz w wyniku błędnej wykładni w zakresie interpretacji ustawowego pojęcia wprowadzenia w błąd zamawiającego w sytuacji, gdy wypełnienie literalnych zapisów SIWZ nie jest zgodne z oczekiwaniami zamawiającego niewyrażonymi wprost w treści SIWZ. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017r., sygn. KIO 1509/17, w którym Izba rozstrzygała w kwestii wykluczenia na podstawie ww. przesłanki oraz wyroki KIO z dnia 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, z dnia 27 marca 2015 r. sygn. akt KIO 491/15, 13 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2809/15), z dnia 26 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 1/16), z dnia 17 maja 2016 r. sygn. akt KIO 673/15, z dnia 24 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 1010/16, w których Izba wypowiadała się m.in. w zakresie należytej staranności wymaganej od profesjonalisty i stwierdził, iż wprowadzenie w błąd musi opierać

się na podaniu danych nieprawdziwych, tj. nieodpowiadających stanowi faktycznemu oraz musi mieć wpływ na wynik postępowania, co nie występuje w niniejszej sprawie. Odwołujący złożył bowiem wszystkie informacje zgodnie z prawdą, a ich ocena przez Zamawiającego jest oparta na wymaganiach niezawartych w SIWZ. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający słusznie zauważył, iż zapisy SIWZ dotyczące opisu kryterium: „Uszczegółowienie Koncepcji” nie budziły większych wątpliwości. Zapisy te były jasne, choć w kontekście późniejszych działań Zamawiającego należy je ocenić jako nieodzwierciedlające zamierzeń Zamawiającego. Jednakże fakt niezgodnego z oczekiwaniami sformułowania zapisów SIWZ nie może obciążać Wykonawcy.

Następnie Odwołujący podał, iż Zamawiający określił w SIWZ, iż „Punkty w ramach niniejszego kryterium zostaną przyznane na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzu Ofertowym (stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ), w którym Wykonawca wskaże (i) oznaczenie miasta lub innej jednostki administracyjnej, w którym został wdrożony system elektrycznego roweru publicznego IV generacji, (ii) ogólne wskazanie podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem.” Dodatkowo zapis ten był przedmiotem pytania nr 11 zadanego Zamawiającemu, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający wyjaśnia, iż punkty w ramach niniejszego kryterium zostaną przyznane na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzu Ofertowym (stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ), w którym Wykonawca wskaże (i) oznaczenie miasta (lub innej jednostki administracyjnej), w którym został wdrożony system elektrycznego roweru publicznego IV generacji, (ii) ogólne wskazanie podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem. Prawidłowość wskazania, będzie oceniana na podstawie sposobu wypełnienia formularza ofertowego”. Zdaniem Odwołującego oznacza to, iż najistotniejszymi informacjami jakie mają być zawarte w powyższym zakresie w treści oferty to: oznaczenie miasta (lub innej jednostki administracyjnej), w którym został wdrożony system elektrycznego roweru publicznego IV generacji oraz ogólne wskazanie podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem. Odwołujący stwierdził, iż w każdym z kwestionowanych przez Zamawiającego punktów, powyższe dane zostały uwzględnione. W każdej pozycji formularza Odwołujący wskazał nazwę miasta lub innej jednostki administracyjnej oraz wskazał podział obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem. Tym samym Odwołujący przedstawił informacje zgodnie z SIWZ. Wszystkie informacje są zgodne z prawdą, co Zamawiający zweryfikował nie tylko na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w informacji o wykluczeniu z postępowania, Odwołujący podał, iż w zakresie wskazanych przez Wykonawcę w pkt 1-14 rozwiązań Zamawiający zarzucił, iż w tych punktach przykładowych rozwiązań wdrożonego systemu wymienił 1 rozwiązanie obejmujące 1 system wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji funkcjonujący w ramach aglomeracji Trójmiasta. Tymczasem Odwołujący w żaden sposób nie podejmował nawet próby przedstawienia tego rozwiązania jako 14 niezależnych systemów. To sam Zamawiający określił w Rozdziale XVII pkt 3 ppkt 3 SIWZ, że wykonawca ma wskazać miasto lub gminę w której rozwiązanie było wdrażane. Z żadnego zapisu SIWZ nie wynika, iż Zamawiający zamierza punktować ilość systemów, a nie ilość jednostek administracyjnych. W zakresie nieopisanym SIWZ, Wykonawca musi odnieść się do powszechnie dostępnej wiedzy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Ponieważ brak jest informacji w jaki sposób Zamawiający zamierza interpretować pojęcie jednostki administracyjnej, zasadnym jest odwołanie się do ustawy z dn. 24 lipca 1998r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (Dz.U. z 1998r., nr 96, poz. 603), której art. 1 ust. 2 wskazuje, iż jednostkami zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa są: gminy, powiaty i województwa. Tym samym ustawa przewiduje tylko 3 rodzaje jednostek administracyjnych - gminy, powiaty i województwa. Zamawiający określił jedynie w SIWZ, że szczególnie interesują go miasta, więc te zostały uwzględnione odrębnie od jednostek ustawowych. Jest to o tyle zasadne, że zgodnie z ustalonym podziałem administracyjnym kraju oprócz miast-gmin, występują miasta na prawach powiatu, które jednak powiatami nie są. Traktowane są jako zupełnie odrębne jednostki administracyjne i ustanawiane są odrębnymi aktami prawnymi.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrażony w SIWZ cel przedstawienia przez Wykonawcę informacji w kryterium „Uszczegółowienie Koncepcji”. Cel ten został również wskazany w Rozdziale XVII pkt 3 - „Oświadczenie Wykonawcy w powyższym zakresie będzie stanowiło jego zobowiązanie, które znajdzie swoje odzwierciedlenie w treści Umowy zawieranej z Zamawiającym” Tym samym, każda pozycja oferty w zakresie przedmiotowego kryterium staje się elementem przedmiotu umowy obejmującego opisanie w koncepcji sposobu funkcjonowania systemu w danej jednostce administracyjnej lub mieście. Biorąc pod uwagę różnorodność przyjętych przez te jednostki rozwiązań, nawet funkcjonowanie w nich jednego systemu roweru miejskiego nie powoduje, że przygotowanie projektu i jego wdrożenie przebiegało w ten sam sposób w odniesieniu do każdej z jednostek administracyjnych. Odwołujący wskazując na odrębne strony internetowe, podał, iż każde miasto w systemie aglomeracyjnym Trójmiasta ma swoją autonomię, na co wskazuje to, iż: każdy samorząd

autonomicznie podejmował decyzję nt. przystąpienia do systemu - np. Radni Gdańska poprzez uchwałę Rady Miasta, natomiast w Wejherowie Prezydent Miasta zablokował inicjatywę i uchwałę podjętą przez radnych oraz każdy samorząd autonomicznie dokonywał wyboru lokalizacji stacji na swoim terenie - w niektórych przeprowadzono konsultacje społeczne, w niektórych lokalizacje wybrały władze miasta itp., każdy samorząd zakładał w swoim budżecie środki na ten projekt, nie jest to system finansowany przez stowarzyszenie OMGGS (stowarzyszenie zrzeszające dobrowolnie gminy i powiaty obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot) ze swoich środków, parytet związany z wdrażaniem poszczególnych etapów budowy systemu musi być spełniony dla każdej z gmin z osobna, codzienna kontrola działania systemu zakłada sprawdzenie np. stanu ilości rowerów w każdej z gmin z osobna, raportowanie zakłada przedstawianie danych z rozbiciem na każdą z 14 gmin z osobna, na terenie poszczególnych samorządów operator systemu stosuje różną politykę dotyczącą serwisu i relokacji rowerów. Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiającym w przypadku Trójmiejskiego wdrożenia jest stowarzyszenie, które nie jest podmiotem powołanym do życia ustawą metropolitalną, co ma odzwierciedlenie nawet w rozdziale I statutu stowarzyszenia: „1. Stowarzyszenie o nazwie Obszar Metropolitalny Gdańsk - Gdynia - Sopot, zwane dalej Stowarzyszeniem jest dobrowolnym, samorządowym i trwałym zrzeszeniem gmin i powiatów.” Wśród wspierających członków stowarzyszenia znajdują się też inne podmioty prawne, takie jak spółki z o.o., spółki S.A., zakłady komunalne, fundacje itp.). Ujęcie zatem wdrożeń w podziale na jednostki administracyjne jest, zdaniem Odwołującego, ze wszelkich miar słuszne, gdyż opis wdrożenia musiałby uwzględniać różnice między tymi jednostkami. W takiej sytuacji opis wdrożenia dla systemu na jedną jednostkę, a na wiele jednostek byłby inny i w sposób znaczący wpływałby na wielkość zobowiązania Wykonawcy. Ponadto zobowiązania te byłyby diametralnie różne dla wykonawców oferujących faktycznie to samo. Wykonawca przedstawiający 19 odrębnych systemów dla 19 odrębnych jednostek administracyjnych miałby objętościowo taki sam zakres przedmiotu zamówienia jak wykonawca przedstawiający 1 system dla 19 odrębnych jednostek administracyjnych. Dwaj przykładowi wykonawcy, w takim samym stanie faktycznym byłiby traktowani radykalnie odmiennie, gdyż pierwszy otrzymywałby 19 punktów, zaś drugi zaledwie 1 punkt. Jest to kolejny element wskazujący na słusność zastosowanego w SIWZ sposobu oceny w przedmiotowym kryterium i słusność jego literalnej interpretacji. Próba zmiany tej interpretacji w przyjętym przez Zamawiającego kierunku przedstawiona w informacji o wykluczeniu wykonawcy musi być traktowana jako naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, czyli równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do drugiej grupy zastrzeżeń Zamawiającego tj. rozwiązań wskazanych w pkt 25 oraz 27, gdzie Zamawiający postawił zarzut, iż wskazane w tych punktach wdrożenia (Luxembourg i Tokyo) nie dotyczą rowerów IV generacji, tylko rowerów III generacji, gdyż wymagają stacji dokujących, Odwołujący zauważył, iż Zamawiający zawarł w Rozdziale XVII pkt 3 pkt 3 definicję roweru IV generacji i podał: „Przez rower IV generacji należy rozumieć rower posiadający wbudowany system identyfikacji, wypożyczania, zamykania i zwrotu roweru oraz który jest wyposażony w elektrozamek i wielosystemowy nadzór elektroniczny w czasie rzeczywistym dzięki wyposażeniu go w moduł śledzenia GPS i/lub GSM, a którego panel, przy współpracy ze smartfonem użytkownika, przejmuje rolę terminala wypożyczalni. Ponadto rower ten umożliwia znacznie większą integrację z systemami komunikacji zbiorowej oraz systemami car-sharingu, poprzez tworzenie wspólnych kanałów zdalnego dostępu do informacji i usług, zintegrowanych taryf i opłat dla wspomnianych systemów działających na tym samym terenie, wdrażanie zintegrowanych, elektronicznych kart dostępowych (np. Śląska Karta Usług Publicznych).” Kwestia stacji dokujących nie jest w powyższej definicji w ogóle poruszona. Aby zakwalifikować system do IV generacji musi on spełniać wykazane w definicji wymagania. Pozostałe wymagania indywidualne systemu nie powodują, że traci on kwalifikację do danej generacji. Przedmiotowe zamówienie dotyczy rowerów elektrycznych, które muszą być okresowo ładowane. W takiej sytuacji, dokowanie ich w stacji ma zapewnić ciągłe utrzymanie ich sprawności, co jest jednym z kilku możliwych rozwiązań ładowania akumulatorów w rowerach. Rowery we wskazanych systemach (Luxembourg i Tokyo) posiadają wbudowany system identyfikacji, wypożyczania, zamykania i zwrotu roweru oraz wyposażone są w elektrozamek i wielosystemowy nadzór elektroniczny w czasie rzeczywistym dzięki wyposażeniu go w moduł śledzenia GPS i/lub GSM, którego panel, przy współpracy ze smartfonem użytkownika, przejmuje rolę terminala wypożyczalni, co zostało Zamawiającemu wyjaśnione w ramach wyjaśniania treści oferty. Ponadto Zamawiający w swoim uzasadnieniu niezasadnie kwestionuje kwalifikację generacji systemów na podstawie dokumentów zawartych w dialogu technicznym, bowiem dialog techniczny nie jest procedurą udzielenia zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę prowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, nie ma wątpliwości, iż Zamawiający nie stosuje procedury przewidzianej w art. 60a-60f ustawy Pzp, czyli dialogu konkurencyjnego. Ponadto żaden z zapisów SIWZ nie wskazuje na objęcie dokumentacji dialogu technicznego cechą opisu przedmiotu zamówienia. Nie stanowi to części SIWZ, która konieczna byłaby do uwzględnienia w ramach przygotowywanej oferty.

W odniesieniu do wskazanych przez Wykonawcę w pkt 16, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 31 rozwiązań, Odwołujący podał, iż Zamawiający zarzucił, iż część wskazanych przez Odwołującego wdrożeń dotyczy systemów prywatnych, w których podmiot publiczny nie jest stroną. Zamawiający powołuje się na Rozdział XVII pkt 3 pkt 3 SIWZ podnosząc, że wdrożenia te nie spełniają wymagań co do wskazywanych przykładowych systemów wypożyczenia elektrycznych rowerów IV generacji. Zamawiający nie wskazuje wprost,

którego wymagania nie spełniają wskazane przez Odwołującego wdrożenia.

Odwołujący podał, iż Zamawiający określił, że „za każde prawidłowo wskazane przez Wykonawcę rozwiązanie zawierające wskazanie podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem w ramach wdrożonego systemu wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji, które następnie zostanie szczegółowo opisane w Koncepcji (w ramach punktu 2 lit. b. OPZ), Wykonawca otrzyma 1 punkt.” Zamawiający nie określił natomiast, jaki jest minimalny udział podmiotu publicznego czy operatora, który miałby wpływać na możliwość przedstawienia określonego systemu roweru jako wypełniającego wymagania SIWZ. Tym samym możliwy jest, zdaniem Odwołującego, również podział 0/100%. Zamawiający wskazuje na swoją intencję dotyczącą uzyskania informacji o wdrożonych systemach wypożyczania funkcjonujących w sposób, którego implementacja obecnie rozważana jest przez Zamawiającego, tzn. przy współudziale podmiotu prywatnego, a nie w ramach całościowej inwestycji realizowanej przez podmiot prywatny. Jednakże powyższa intencja nie została wyartykułowana w SIWZ, w związku z tym nie jest wiadomo na jakiej podstawie wykonawca miałby się z tą intencją zapoznać i uwzględnić ją w swojej ofercie. Ponadto oczekiwanie zawarcia w realizacji przedmiotu zamówienia, tj. w opracowywanej koncepcji wielu różnych systemów wskazuje raczej na oczekiwanie Zamawiającego co do poznania wielu różnych rozwiązań i znalezienia optymalnego rozwiązania dla Zamawiającego. Tym samym przedstawienie rozwiązań począwszy od systemów w pełni prywatnych, po systemy w pełni publiczne, pozwala ocenić wszelkie wady i zalety różnych rozwiązań. Nadto w drugiej ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu również zostały wskazane systemy prywatne, na co zwrócił uwagę Zamawiający, występując do wykonawcy z wnioskiem o stosowne wyjaśnienia. Wskazuje to, iż interpretacja Odwołującego w tym zakresie nie była odosobniona i nasuwała się w sposób naturalny przy analizie zapisów SIWZ w powyższym zakresie. Konkurencyjny wykonawca również w swoich wyjaśnieniach wskazywał na zasadność umieszczenia w ofercie takich rozwiązań.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w informacji o wykluczeniu wykonawcy zmian do SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert - Uszczegółowienie Koncepcji, tj. po terminie składania ofert i związane z tym naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, iż zarzut ten zgłoszony jest przez niego z ostrożności procesowej. W jego ocenie, przy badaniu oferty Odwołującego Zamawiający wprowadził wymagania niezawarte w SIWZ. Doprecyzowanie wymagań lub przedstawianie intencji po terminie składania ofert prowadzi natomiast do zmiany treści SIWZ, co jest niedopuszczalne. Ustawa Pzp daje możliwość zmiany treści SIWZ, ale tylko przed terminem składania ofert. Tymczasem Zamawiający stawia nowe wymagania, takie jak: przedstawienie ilości wdrożeń, a nie ilości jednostek administracji/miast; wskazanie tylko systemów publicznych; przedstawienia wdrożeń, w których udział podmiotu publicznego posiada pewną minimalną wartość, nota bene nadal nieokreśloną. Takie działanie musi prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż skutkuje stawianiem wymagań zależnych od treści oferty Wykonawcy. Nie jest wiadomym w jaki sposób Wykonawca ma złożyć rzetelną ofertę, jeśli po jej złożeniu uzyskuje od Zamawiającego informację, iż Zamawiający miał inną intencję, inne oczekiwania, inne zamierzenia, niż te wyrażone literalnie w treści SIWZ.

W podsumowaniu odwołania, Odwołujący stwierdził, iż wskazał w nim argumenty przeczące twierdzeniu, że przedstawione przez niego informacje były informacjami wprowadzającymi w błąd, czy to w sposób celowy, zawiniony, czy też w sposób wynikający z lekkomyślności czy niedbalstwa. Jedyne wnioski, jakie mógłby się ewentualnie pojawić to taki, iż Zamawiający uzyskał inne informacje niż oczekiwał. Nadto przeprowadzona symulacja oceny ofert prowadzi do wniosku, iż nawet zastosowanie innej oceny przedstawionych przez wszystkich wykonawców informacji, w szczególności polegających na nie przyznawaniu punktów dla jednostek administracji, tylko dla wdrożeń oraz polegających na wyłączeniu z oceny systemów, co do których udział podmiotu publicznego nie wypełnia minimalnego oczekiwanego poziomu, oferta Odwołującego musiałaby zostać oceniona jako najkorzystniejsza przy uzyskaniu 72,67 pkt, w sytuacji gdy oferta konkurencyjna nie mogłaby uzyskać więcej niż 72 pkt. Tym samym brak jest wypełnienia drugiej z przesłanek ww. przepisu. Wskazuje to na jego nieprawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 29 lipca 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca P. sp. z o.o. sp.k. (dalej również: „Przystępujący”).

W dniu 6 sierpnia 2019 r. została złożona przez Zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniosł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie na jego rzecz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego oraz

dowody złożone do akt sprawy przez strony.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego oraz dokonaniu analizy dowodów złożonych do akt sprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał, iż posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający w naruszył obowiązujące przepisy postępowania, w szczególności dotyczące podstaw wykluczenia z postępowania, czym utrudnia uczciwą konkurencję, a tym samym uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący jest wykonawcą usług będących przedmiotem zamówienia, zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia, złożył ofertę uzyskującą najwyższą ocenę w zakresie kryteriów oceny ofert przewidzianych w SIWZ. Gdyby Zamawiający zastosował się do przepisów ustawy Pzp, to Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Izba stwierdziła, że powyższe wskazuje, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Wykonawca P. sp. z o.o., sp.k. wypełnił przesłanki wymienione w tym przepisie, w związku z czym skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego, wykonawcy P. sp. z o.o., sp. k. z uwagi na brak uprawdopodobnienia przez zgłaszającego opozycję, że ww. wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Nadto analiza oferty Przystępującego nie potwierdziła stanowiska Odwołującego, że oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i w związku z tym, zgłoszenie przystąpienia winno być dokonane przez wszystkich wykonawców. Oferta została złożona przez P. sp. z o.o., sp.k. i w związku z tym wobec spełnienia wymogów ustawy, wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie koncepcji „elektrycznego Roweru Metropolitalnego” dla Górnoląsko - Zagłębiowskiej Metropolii (GZM). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 do SIWZ, zawierający Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), z którego wynika m.in., że wykonana koncepcja winna obejmować co najmniej obszary tematyczne w nim wskazane, w tym:

- 1) Definicję projektu z uwzględnieniem m.in. Elektrycznego Roweru Metropolitalnego dla GZM jako systemu wypożyczania rowerów publicznych, stanowiący istotny komponent komunikacji publicznej wraz ze zrównoważoną mobilnością miejską na terenie GZM;
- 2) Ogólną charakterystykę występujących w Polsce i za granicą systemów wypożyczania elektrycznych rowerów miejskich, tj.:
 - a) identyfikację trendów w zakresie wprowadzania elektrycznego roweru miejskiego (w tym rozwój technologiczny) z uwzględnieniem idei „mobility as a service”,
 - b) dobre praktyki miast w Polsce i za granicą (ze szczególnym uwzględnieniem rozwiązań technologicznych rowerów elektrycznych IV generacji).

Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2019 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu

go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przedstawiając w nim obszernie uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji, które w znacznych fragmentach zostaje poniżej przytoczone. Zamawiający wskazał na trzy grupy informacji, które w jego ocenie wypełniły przesłanki ww. przepisu, tj.:

Pierwsza grupa, to informacje dotyczące przykładowych rozwiązań wdrożonego systemu wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji, zawarte w punktach 1-14 Formularza ofertowego, gdzie Wykonawca wymienił w rzeczywistości jedno rozwiązanie obejmujące jeden system wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji funkcjonujący w ramach aglomeracji Trójmiasta, a z oferty Wykonawcy można by zaś wnioskować, że przedmiotowy system był autonomicznym systemem każdej z wymienionych w punktach 1-14 gmin. Rzeczywisty stan został ustalony przez Zamawiającego, który w związku z zaistniałymi wątpliwościami zwrócił się bezpośrednio z zapytaniem do zamawiającego w ramach zamówienia na dostawę, uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksową eksploatację Systemu Roweru Metropolitalnego w Trójmieście. Stowarzyszenia Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia - Sopot Z udzielonej mu odpowiedzi pozyskał wiedzę, że w 14 wymienionych w kolejnych punktach gminach obowiązuje w rzeczywistości tylko jeden system wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W wyjaśnieniach z dnia 10 czerwca 2019 r. Wykonawca stwierdził, iż wskazanie przez niego 14 gmin w odrębnych punktach formularza pomimo, iż posiadają one jeden i ten sam system było podyktowane zapisami SIWZ mówiącymi, iż w formularzu w poszczególnych punktach należało wskazać miasto lub inną jednostkę administracyjną. W ocenie Wykonawcy, Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot nie stanowi jednostki administracyjnej, dlatego zdecydował się on na przedstawienie w ramach przykładowych rozwiązań wdrożonego systemu wypożyczania elektrycznych rowerów IV, 14 gmin na terenie których system ten funkcjonował. W ocenie Zamawiającego sposób przedstawienia informacji miał na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. W przypadku bowiem nie sprawdzenia tych informacji, Zamawiający mógłby być w błędnym przekonaniu, że powinien przyznać Wykonawcy 1 punkt za każdą pozycję wskazaną w formularzu, tj. 14 punktów za każdą gminę, które w rzeczywistości posiadają jeden system, a ponadto w otrzymanej na późniejszym etapie Koncepcji zawarty byłby opis tylko jednego systemu zamiast 14. Wykonawca w swojej ofercie bowiem nie wskazał wprost, że w rzeczywistości 14 opisanych przez niego pozycji formularza stanowi jedno zaproponowane rozwiązanie, a rozbicie tego systemu na 14 gmin było jedynie odmiennym zrozumieniem zapisów SIWZ. Stwierdzenia takiego nie zawarto również w Wyjaśnieniach. Tym samym, Wykonawca nie dołożył należytej staranności przy przedstawianiu zaproponowanych benchmarków Zamawiającemu. Tym bardziej, że w odpowiedzi na pytanie 11 do SIWZ z 5 kwietnia 2019 r., Zamawiający wprost zaznaczył, że prawidłowość wskazania danego rozwiązania będzie oceniana na podstawie sposobu wypełnienia formularza ofertowego. Zatem sposób zaprezentowania proponowanych rozwiązań w formularzu miał kluczowe znaczenie i w tym zakresie wykonawcy powinni dochować należytej staranności. Na marginesie Zamawiający wskazał, iż dwóch pozostałych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu również wskazało na omawiany benchmark, ale każdy z nich opisał ten przykład jako jeden system (zgodnie ze stanem rzeczywistym) a niejako 14 systemów (informacja wprowadzająca w błąd).

Druga grupa informacji dotyczy punktów 25 oraz 27 wskazanych przez Wykonawcę rozwiązań, gdzie Odwołujący podał odpowiednio rozwiązania w Luxembourgu i Tokyo. Zamawiający, na podstawie publicznie dostępnych informacji zawartych na stronach internetowych, ustalił, że wskazane przez Wykonawcę w ww. miastach rozwiązania nie dotyczą wymaganych przez Zamawiającego rowerów IV generacji, lecz rowerów III generacji. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W Wyjaśnieniach Wykonawca powołał się na wskazaną w rozdziale XVII pkt 3 pkt

3) SIWZ definicję, co należy rozumieć przez rower IV generacji, a także na informacje z powszechnie dostępnych stron internetowych, zaznaczając, iż wskazane przez niego benchmarki spełniają powyższą definicję. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia przedłożone przez Wykonawcę nie mogą być uznane, bowiem w każdym z ww. benchmarków rowery objęte systemem wymagają stacji dokujących (III generacja). Roweru nie można zatem odebrać i pozostawić w dowolnym miejscu. Tymczasem, przywołana w SIWZ definicja roweru elektrycznego IV generacji wymagała, aby rower objęty systemem posiadał wbudowany system identyfikacji, wypożyczania, zamykania i zwrotu roweru oraz który jest wyposażony (...) wielosystemowy nadzór elektroniczny w czasie rzeczywistym dzięki wyposażeniu go w moduł śledzenia GPS i/lub GSM, a którego panel, przy współpracy ze smartfonem użytkownika, przejmuje rolę terminala wypożyczalni. Rowery III generacji nie mają wbudowanego systemu wypożyczania, zamykania czy zwrotu, ponieważ w ich przypadku taką rolę pełnią stacje dokujące, które mogą pełnić taką rolę tylko i wyłącznie we współpracy ze smartfonem. W żadnym jednak przypadku sam smartfon nie będzie wystarczający dla skorzystania z systemu wypożyczenia tzn. nie będzie pełnił roli we współpracy z panelem znajdującym się na rowerze roli terminala wypożyczalni. Ponadto, nawet jeżeli uznać, że istnieją wątpliwości co do tego, czy omawiane dwa przykłady spełniają definicję przedstawioną w SIWZ to z całą pewnością przykłady te nie stanowią systemów roweru elektrycznego IV generacji ani w języku branżowym, ani w innych dokumentach postępowania. Na stronie internetowej Zamawiającego zostały zamieszczone liczne dokumenty z przeprowadzonego dialogu technicznego poprzedzającego wszczęcie postępowania, które jednoznacznie potwierdzają

wskazane powyżej rozumienie definicji roweru elektrycznego IV generacji. Bezpośrednio w protokole końcowym z przeprowadzonego dialogu technicznego wskazano, że zakres omawianych tematów dotyczył m.in. systemu Roweru Metropolitalnego w systemie III lub IV generacji. Ponadto wykonawcy biorący udział w dialogu (m.in. Green Electricity sp. z o.o. oraz Velorent sp. z o.o.) udostępniali materiały dodatkowe, w których wprost wskazywali na różnice pomiędzy systemami III i IV generacji, co potwierdza wyżej przedstawione rozumienie roweru IV generacji zarówno powszechnie jak i w ramach Postępowania.

Trzecia grupa dotyczy informacji zawartych w punktach 16, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 31 wskazanych przez Wykonawcę rozwiązań, gdzie zostały informacje wskazujące na udział podmiotu publicznego, a część rozwiązań dotyczy systemów prywatnych, w których podmiot publiczny nie jest stroną. Wynika to z publicznie dostępnych informacji zawartych na stronach internetowych. Nie spełnia to zatem postawionych w rozdziale XVII pkt 3 ppkt 3) SIWZ wymagań, co do wskazywanych przykładowych systemów wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie lokalizacji, co do których nabral wątpliwości, czy dotyczą one systemów, w których podmiot publiczny był stroną tj. lokalizacji wskazanych w pkt 17 (Chicago), 20 (San Diego), 22 (Sacramento), 26 (Providence), 28 (Praga), 29 (Tmava). Pozostałe lokalizacje tj. wskazane w pkt 16 (San Francisco), 19 (Frankfurt), 21 (Los Angeles), 24 (Kladno), 31 (Milto Kays) były przedmiotem pierwszych wyjaśnień i po ich przedstawieniu, Zamawiający nie miał wątpliwości, iż odnoszą się one do systemów, w których podmiot publiczny nie jest stroną, dlatego nie były one przedmiotem ponownego wezwania do wyjaśnień. W wyjaśnieniach z 11 lipca 2019 r. Wykonawca tylko w dwóch przypadkach tj. pkt 28 (Praga) oraz pkt 29 (Tmava) podał, iż wskazane przez niego przykładowe systemy dotyczą systemów, w których podmiot publiczny był stroną. W pozostałym zakresie wyjaśnień nie można uznać jako wystarczające, bowiem całość SIWZ jednoznacznie potwierdza, że intencją Zamawiającego było uzyskanie informacji o wdrożonych systemach wypożyczania funkcjonujących w sposób, którego implementacja obecnie rozważana jest przez Zamawiającego tzn. przy współudziale podmiotu prywatnego a nie w ramach całościowej inwestycji realizowanej wyłącznie przez podmiot prywatny. W związku z powyższym, we wzorze formularza ofertowego w miejscu dedykowanym do wpisania przykładów wdrożonych systemów pojawiło się oznaczenie: ogólne wskazanie podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem. Ponadto w PZ (punkt I, ppkt 1) znalazła się także informacja o tym, że system wypożyczania rowerów publicznych, którego wdrożenie pozostaje intencją Zamawiającego, będzie stanowił istotny komponent komunikacji publicznej wraz z zrównoważoną mobilnością miejską na terenie GZM. Nie może zatem budzić wątpliwości, że definicja systemu wypożyczania rowerów nie obejmowała systemów w pełni prywatnych, w których strona publiczna nie odgrywa praktycznie żadnej roli (np. udzielenie jedynie zgody na działanie systemu na terenie miasta). Gdyby Zamawiającemu chodziło o wszelkie wdrożone systemy wypożyczania rowerów (także te prywatne) wówczas zupełnie zbędnym byłoby żądanie od wykonawców informacji na temat podziału obowiązków pomiędzy stroną publiczną a prywatną. Jednocześnie ewentualna wiedza z wdrożenia takich systemów nie miałaby dla Zamawiającego żadnej wartości dodanej, ponieważ planowany system wypożyczania rowerów na terenie GZM będzie wdrażany w ścisłej współpracy podmiotu publicznego z podmiotem prywatnym. Wszelkie próby czynione przez Wykonawcę sprowadzające się do objęcia systemów w pełni prywatnych definicją systemu publicznego nie mogą być zaakceptowane przez Zamawiającego, ponieważ nie dotyczą one systemów, których opis w ramach Koncepcji będzie miał dla Zamawiającego jakiegokolwiek znaczenie. W konsekwencji Zamawiający uznał, iż w przypadku systemów wskazanych w pkt 16 (San Francisco), 17 (Chicago), 19 (Frankfurt), 20 (San Diego), 21 (Los Angeles), 22 (Sacramento), 24 (Kladno), 26 (Providence), 31 (Milto Kays) Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując zarówno w swojej ofercie, jak i później podtrzymując w swoich wyjaśnieniach, iż dotyczyły one systemów, w których podmiot publiczny był stroną, podczas gdy w rzeczywistości systemy te są systemami prywatnymi.

Zamawiający podkreślił, że rozróżnia sytuację, w której w ofercie Wykonawca zaznaczył, że w danym przykładzie podmiot publiczny nie jest stroną np. pkt 20 i 24. W takim przypadku nie były przyznane punkty. W sytuacji natomiast gdy w ofercie nie znalazła się taka informacja a przykład został podany na potwierdzenie kryterium opisanego w SIWZ i okazał się niezgodny z rzeczywistym stanem rzeczy, wówczas Zamawiający traktował powyższe jako sytuację opisaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający podkreślił, iż wskazanie przez Wykonawcę 31 rozwiązań, za które Zamawiający miałby przyznać maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium „Uszczegółowienie Koncepcji” tj. 19 punktów, podczas gdy w rzeczywistości Zamawiający powinien przyznać jedynie 6 punktów, miało wpływ nie tylko na ogólną punktację i wynik postępowania, ale także na zakres obowiązków wykonawcy na etapie realizacji umowy z wykonawcą. Wskazanie przykładów wdrożonego systemu wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji zgodnie z rozdziałem XVI pkt 3 ppkt 3 SIWZ obowiązało wykonawców do szczegółowego opisanie tych rozwiązań w Koncepcji, co znajduje swoje odzwierciedlenie w treści Umowy zawieranej z Zamawiającym. Niewątpliwie więc podanie obiektywnie nieprawdziwych informacji przez Wykonawcę w tym zakresie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie też do przekazania Zamawiającemu obiektywnie nieprawdziwych informacji doszło, co najmniej, w wyniku niedbalstwa ze strony Wykonawcy, od którego Zamawiający miał prawo oczekiwać podwyższonej staranności ze względu na zawodowy charakter prowadzonej działalności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego). Zgodnie z orzecznictwem, nie jest ważne czy Zamawiający

rzeczywiście w błąd został wprowadzony, czy wykrył go na wczesnym etapie Postępowania. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) z 8 października 2018 r., sygn. KIO 1890/18 wskazano: dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe - względnie jak łatwe były - do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwo, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie - istotny jest jedynie stopień zawinienia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania

tego błędu. Zamawiający szczegółowo przeanalizował zaistniały w sprawie stan faktyczny i kierując się wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP zasadą proporcjonalności traktował wykluczenie Wykonawcy jako ostateczność, dwukrotnie wzywając Wykonawcę do wyjaśnień. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w dalszym ciągu zawierały jednak wprowadzające w błąd informacje jakoby wskazane przez Wykonawcę przykłady systemów, spełniały wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ. Niestety, szczegółowa analiza sytuacji doprowadziła Zamawiającego do przekonania, że nie byłoby dopuszczalne w takim wypadku pozostawienie Wykonawcy w Postępowaniu (przyznanie mu mniejszej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert), ponieważ powyższe byłoby nieproporcjonalne do skali stwierdzonych naruszeń (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 5 lutego 2019 r., KIO 82/19 oraz w wyroku KIO z dnia 31 lipca 2019 r., KIO 1401/18). Powyższe mogłoby zostać uznane za obejście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP). Obejście wiązałoby się z rezygnacją z sankcji przewidzianej art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP i świadczyłoby o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Zauważyć należy, iż ewentualny brak wykluczenia Wykonawcy świadczyłby o tym, że Zamawiający w ten sam sposób potraktował Wykonawcę, który w wyniku nawet jedynie niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje w ramach złożonej oferty, co wykonawców, którzy dołożyli należytej staranności przy weryfikacji i podawaniu danych zawartych w ofercie. Jednocześnie, w przedmiotowej sytuacji nie jest możliwe skorzystanie przez Wykonawcę z instytucji samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 PZP. Zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO: instytucja samooczyszczenia jest podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość i wie, że podlega wykluczeniu. Samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji (zob. wyrok KIO z 14 czerwca 2018 r., sygn. KIO 1102/18). Podobnie podkreślono w wyroku KIO z 13 lutego 2019 r., sygn. KIO 185/18: nie jest możliwym, aby efekt działań samooczyszczających (podanie wyłącznie informacji, które nie wprowadzają w błąd) nastąpił jeszcze w tym postępowaniu (informacje wprowadzające w błąd już przedstawiono). W niniejszym Postępowaniu zatem, Wykonawca nie ma możliwości skorzystania z instytucji samooczyszczenia w zakresie przedstawionych przez niego obiektywnie nieprawdziwych informacji. Z uwagi na powyższe okoliczności, należało uznać, że Wykonawca, co najmniej w wyniku niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu i dlatego, w konsekwencji podlega on wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Uzupełniając w stosunku do przedstawionych powyżej postanowień SIWZ przywołanych w odwołaniu i informacji o

wykluczeniu Odwołującego, wskazania w tym miejscu wymaga, iż stosownie do Rozdziału XVII pkt 3 ppkt 3 SIWZ jednym z czterech kryteriów oceny ofert w postępowaniu jest kryterium: „Uszczegółowienie Koncepcji” (UK) o wadze 19%. Liczba punktów w tym kryterium zostanie obliczona w ten sposób, że za każde prawidłowo wskazane przez Wykonawcę rozwiązanie zawierające wskazanie podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem w ramach wdrożonego systemu wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji, które następnie zostanie szczegółowo opisane w Koncepcji w ramach ww. pkt 2 lit. b OPZ, wykonawca otrzyma 1 pkt. Punkty w ramach tego kryterium zostaną przyznane na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzu Ofertowym (stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ), w którym Wykonawca wskaże oznaczenie miasta lub innej jednostki administracyjnej, w którym został wdrożony system elektrycznego roweru publicznego IV generacji, oraz ogólne wskazanie podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym, a operatorem. Maksymalna możliwa liczba punktów do uzyskania w tym kryterium to 19, przy czym, jeżeli Wykonawca wskaże więcej niż 19 przykładów, to Zamawiający nie będzie poddawał analizie doświadczeń powyżej 19 wskazanych. Oświadczenie Wykonawcy w tym zakresie będzie stanowiło zobowiązanie, które znajdzie swoje odzwierciedlenie w treści umowy zawieranej z Zamawiającym. Zamawiający zastrzegł, że nie dopuszcza żadnych zmian w toku postępowania w zakresie przykładów wskazanych przez Wykonawcę na potrzeby punktacji w ramach tego kryterium. Zamawiający podał również, iż dopuszcza możliwość wyjaśnienia treści dotyczących wskazanych przez Wykonawcę przykładów w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, których granicą będzie to, aby wskutek udzielonych wyjaśnień przez Wykonawcę nie doszło do uzupełnienia wskazanych przykładów. Zamawiający zawarł w SIWZ informację co należy rozumieć pod pojęciem rower IV generacji. Dodatkowo, w odpowiedzi na pytanie nr 11 wykonawcy, Zamawiający podał m.in., iż prawidłowość wskazania w ww. zakresie będzie oceniana na podstawie sposobu wypełnienia formularza ofertowego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby wystąpiły wszystkie przesłanki wymienione w tym przepisie w odniesieniu do pierwszej i trzeciej grupy informacji, zawartych w ofercie Odwołującego, przedstawionych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu tego wykonawcy.

Odnosnie pierwszej grupy informacji wskazania wymaga, iż w części B Formularza ofertowego Zamawiający wymagał w zakresie kryterium: Uszczegółowienie Koncepcji, wskazania przykładów wdrożonego systemu wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji, z oznaczeniem miasta lub innej jednostki organizacyjnej w którym został wdrożony taki system oraz ogólnym wskazaniem podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym.

Odwołujący w części B oferty, w poz. 1-14 wymienił: Gdańsk, Gdynia, Pruszcz Gdański, Sopot, Reda, Gmina Żukowo, Gmina Stężyca, Gmina Somonino, Gmina Sierkowice, Puck, Gmina Władysławowo, Rumia, Tczew, Gmina Kartusy, oraz podał w każdej z pozycji obowiązki po stronie Operatora oraz po stronie Miasta.

Zostało wykazane, iż w każdej z ww. pozycji 1-14 został zastosowany ten sam system. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym i Przystępującym, iż informacja podana w tych punktach wskazuje na jeden przykład rozwiązania, które stosownie do rozdziału XVII pkt 3 ppkt 3 SIWZ miało być punktowane. Podanie jej w sposób, w jaki to uczynił Odwołujący, czyli w rozbiciu na 14 miast/gmin w których ten system został wdrożony, wywołuje natomiast wrażenie, że chodzi o 14 różnych systemów, co stosownie do ww. pkt SIWZ mogło mieć wpływ na ilość punktów uzyskanych przez Odwołującego, tj. 14 zamiast 1. Punkty w ramach tego kryterium miały być bowiem przyznawane na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego, że ze sposobu zbudowania formularza ofertowego należało wnosić, że chodziło o podanie miast/jednostek administracyjnych, także wtedy, gdy był jeden system i jeden zamawiający, przeprowadzający postępowanie dla tych miast. Z brzmienia nagłówka tabeli wynika bowiem, że w poszczególnych pozycjach tej tabeli winny być podane „następujące przykłady wdrożonego systemu wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji”, a z układu tabeli wynika, że przykłady te mają być podane w danej pozycji (Lp. - kolumna pierwsza z trzech) ze wskazaniem miasta (lub innej jednostki organizacyjnej), w którym został wdrożony system (kolumna druga) i ogólnym wskazaniem podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem (kolumna trzecia). Z brzmienia rozdziału XVII pkt 3 ppkt 3 wynika, że pozycje te odpowiadają opisowi przyznawania punktów w kryterium UK.

W ocenie Izby nie można uznać argumentacji Odwołującego, z której wynika, że z uwagi na pewne różnice związane z tym, iż system jest zainstalowany w poszczególnych miastach/gminach aglomeracji Trójmiasta, a zamawiającym jest stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot, które, jak wynika z jego statutu jest dobrowolnym, samorządowym i trwałym zrzeszeniem gmin i powiatów należy system w nich funkcjonujący, traktować odrębnie. Różnice wskazywane przez Odwołującego w postaci np. formy podejmowania przez każde z miast decyzji o przystąpieniu do systemu, czy wyboru lokalizacji stacji na swoim terenie, zabezpieczenia środków w swoim budżecie, nie przesądzają o odrębności systemu w każdym z miast/gminie. Przeciwnie, chodzi o przystąpienie do tego samego systemu.

Skoro przedmiotem zamówienia jest opracowanie koncepcji, która jest pierwszym krokiem w budowie systemu rowerów elektrycznych, który będzie funkcjonował w 41 gminach, członków Metropolii, co jest niesporne pomiędzy stronami, to zważywszy na to, że kryteria oceny ofert ze swej istoty odnoszą się do przedmiotu zamówienia, jak również to, iż w ramach realizacji zamówienia wykonawca będzie obowiązany szczegółowo opisać każde z rozwiązań wskazanych w tabeli na potrzeby oceny oferty w zakresie kryterium UK, nie powinno budzić wątpliwości, że dla oceny oferty w kryterium „Uszczegółowienie Koncepcji” wymagane były informacje o wdrożonym systemie ze wskazaniem miejsc jego wdrożenia. Natomiast sposób przedstawienia informacji przez Odwołującego stwarza pozory, że każde z 14 miast/gmin aglomeracji Trójmiasta posiada odrębny system wypożyczania rowerów elektrycznych IV generacji. Tym samym informacje te należy uznać za wprowadzające w błąd, bowiem gdyby nie to, że w innych ofertach był wskazany ten sam system w jednej pozycji i Zamawiający podjął działania w kierunku wyjaśnienia tej kwestii, mógłby przyznać Odwołującemu 14 zamiast 1 punktu w ww. kryterium oceny ofert.

Jeżeli chodzi o trzecią grupę informacji dotyczących sposobu wypełnienia kolumny trzeciej, dotyczącej podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a prywatnym, zawartych w poz. 16, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 31 części B formularza ofertowego, należy na wstępie stwierdzić, iż w ocenie Izby nie ma racji Odwołujący, gdy twierdzi w odwołaniu, że skoro Zamawiający nie określił jaki jest minimalny udział podmiotu publicznego, czy operatora, to możliwy jest także podział 0/100%. Z literalnego brzmienia tej części SIWZ oraz ww. np. pkt I pkt 1 OPZ wynika bowiem, że przedmiot zamówienia dotyczy systemu będącego elementem komunikacji publicznej. Skoro zatem Zamawiający oczekiwał wskazania podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a operatorem, co wiązało się z przyznaniem punktów w kryterium oceny ofert, to oznacza, że punktowany będzie system, gdzie każdy z tych podmiotów ma jakieś obowiązki w ramach tego systemu i chodzi o ich wskazanie. Należy przy tym przyznać rację Zamawiającemu, że udzielenie jedynie zgody na działanie systemu na terenie miasta, nie oznacza udziału w podziale obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym a prywatnym, o którym mowa w SIWZ.

Nie można zgodzić się również z argumentacją Odwołującego przedstawioną na rozprawie, że o tym czy rower jest publiczny przesądza to, że ma do niego dostęp ogół potencjalnych użytkowników, a zatem także rower prywatny, powinien być uznany za publiczny. Skoro istnieją różne systemy wypożyczania rowerów tj. prywatne, jak też takie, w których podmiot publiczny ma swój udział i określone obowiązki, to okoliczność, iż podmiot prywatny w celach zarobkowych udostępnia rowery ogółowi użytkowników, którzy mogą je wykorzystywać również zamiast korzystać ze środków komunikacji publicznej, nie oznacza, że przez to stają się rowerami wypożyczanymi w ramach systemu, w którym podmiot publiczny ma swoje obowiązki.

W ocenie Izby Odwołujący podając w ww. pozycjach (inaczej, niż np. w poz. 25, 26, gdzie zostało przez niego wskazane, że podmiot publiczny nie jest zamawiającym usługę), że po stronie miasta było opracowanie koncepcji wykorzystania roweru miejskiego, czy udzielenie pozwolenia na wniosek operatora, w sytuacji, gdy, jak zostało podane przez Zamawiającego na rozprawie, chodzi o całkowicie prywatne systemy (np. U BER), przedstawił informacje wprowadzające w błąd, bowiem stwarzały one wrażenie istnienia udziału podmiotu publicznego w podziale obowiązków. Odwołujący nie wykazał natomiast Zamawiającemu ani na rozprawie, że podział obowiązków miał miejsce. Przedłożone na rozprawie dowody nie potwierdzają tych okoliczności. Są to w większości nieprzetłumaczone na język polski wydruki z artykułów zamieszczonych na stronach internetowych, bez wykazania powiązania z treścią oferty Odwołującego, także w odniesieniu do fragmentów przetłumaczonych na język polski.

I tak np. odnośnie poz. 16 (San Francisco), gdzie w formularzu ofertowym wykonawca wskazał po stronie Operatora: Przygotowanie systemu, Wdrożenie Systemu, Serwis, a po stronie Miasta: opracowanie koncepcji wykorzystania roweru miejskiego, Odwołujący w pliku dowodów dotyczących trzeciej grupy zarzutów uzupełnionego następnie o kolejny wydruk ze strony internetowej (bez tłumaczenia) zawarł informację (bez daty), z której wynika, iż na przestrzeni jakiegoś czasu następowały zmiany w zakresie funkcjonowania wypożyczalni rowerów. Najpierw wyłączność miała firma Motivate, a w 2017 roku doszło do tego, że miejski Departament Transportu zaczął funkcjonować ze swoim bezstacijnym systemem wypożyczalni rowerów, a następnie został podjęty pilotażowy program bezstacijnego systemu rowerów publicznych, co oprotował ww. podmiot, jednak osiągnięto kompromis i firma Jump zdobyła pierwsze pozwolenia. A dalej jest informacja, że miasto ogłosiło, że rozpocznie proces wydawania pozwoleń. Powyższe wskazuje, że w tym mieście następują zmiany co do funkcjonowania w nim wypożyczalni rowerów, jednakże nie potwierdza, że informacje przedstawione w ofercie są prawdziwe. Podobnie jest w odniesieniu do poz. 17 (Chicago), gdzie w formularzu ofertowym wykonawca wskazał po stronie Operatora: Przygotowanie systemu, Wdrożenie Systemu, Serwis, a po stronie Miasta: opracowanie koncepcji wykorzystania roweru miejskiego, Odwołujący w pliku dowodów złożonych na rozprawie dotyczących trzeciej grupy zarzutów załączył artykuł z 2018 r. i podał: „Chicago - dowody się do informacji, że na terenie miasta występuje system rowerów miejskich III generacji, a systemy wypożyczalni rowerów IV generacji są systemami prywatnymi”. Dowód ten potwierdza zatem brak prawdziwości informacji podanej w ofercie, która sugerowała, że chodzi o rowery elektryczne IV generacji. Również odnośnie poz. 19 (Frankfurt), gdzie w formularzu ofertowym wykonawca wskazał po stronie Operatora: Przygotowanie systemu, Wdrożenie Systemu, Serwis, a po stronie Miasta: opracowanie koncepcji wykorzystania roweru miejskiego, Odwołujący w pliku dowodów dotyczących trzeciej grupy zarzutów, załączył artykuł z 21.12.2017 r., zawierający informację, że Szef Departamentu Transportu, chce uporządkować chaos rowerowy w miejscach publicznych wobec tego, iż w mieście funkcjonuje 5 operatorów rowerów publicznych, w tym również z Chin. Treść tego artykułu nie potwierdza prawdziwości informacji zawartej w ofercie. Próba uporządkowania chaosu, nie oznacza, iż miasto opracowało koncepcję wykorzystania roweru miejskiego, która by stanowiła jego udział w podziale obowiązków dotyczących danego systemu. Także odnośnie kolejnej poz. 21 (Los Angeles), gdzie w formularzu ofertowym wykonawca wskazał po stronie Operatora: Przygotowanie systemu, Wdrożenie Systemu, Serwis, a po stronie Miasta: opracowanie koncepcji wykorzystania roweru miejskiego, Odwołujący w pliku dowodów dotyczących trzeciej grupy zarzutów, załączył artykuł z 2018 r. o przetłumaczonym brzmieniu: „Firma Jump rozpoczęła działalność oferując systemy rowerów publicznych w 2017 r. i szybko rozwinęła swoją działalność na szereg metropolii w USA. W maju br. (2018) spółka Jump została kupiona

przez Uber'a którego strategia zakłada powiększenie obecności na rynku transportu publicznego. Uber wystartował w Los Angeles w zeszłą środę po otrzymaniu pozwolenia na działalność od miasta.", który nie potwierdza prawdziwości informacji zawartych w ofercie.

Informacje wymagane dla oceny oferty na podstawie kryteriów oceny ofert są informacjami mającymi istotny wpływ na podstawowe decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Są one bowiem brane pod uwagę przy ustaleniu pozycji danej oferty w rankingu ofert, a zatem służą do wyboru najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji do udzielenia zamówienia danemu wykonawcy. To, czy podanie wprowadzających w błąd informacji służących do oceny ofert zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ, skutkowałoby korzystną dla Odwołującego zmianą pozycji jego oferty na tle innych ofert, pozostaje bez znaczenia w świetle brzmienia ww. przepisu ustawy Pzp. Przepis ten odnosi się bowiem do wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co oznacza, że dla wypełnienia przesłanki, wystarczy możliwość wywarcia wpływu na takie decyzje.

W ocenie Izby, przedstawienie przez Odwołującego wprowadzających w błąd informacji, służących do pozyskania punktów w kryterium oceny ofert, nastąpiło no najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Stosownie do art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w zakresie przedstawiania w ofercie wymaganych w SIWZ informacji, stosuje się art. 355 § 2 k.c., który w stosunku do profesjonalistów przewiduje podwyższony miernik staranności, przyjmując, iż należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady, należy uznać za profesjonalistę. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, (m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17).

Powyższe wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wypełnione zostały przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zastosowanie tego przepisu następuje wówczas, gdy zostanie ujawnione, że informacje przedstawione przez wykonawcę są wprowadzające w błąd. Przepis ten nie posługuje się bowiem pojęciem „nieprawdziwych informacji”, lecz „informacji wprowadzających w błąd”, co wskazuje, że chodzi w nim nie tylko o informacje, które są z gruntu nieprawdziwe, ale także o takie, które ogólnie rzecz biorąc nie są nieprawdziwe, lecz zostały przedstawione w taki sposób, aby wywołać określone wrażenie/skutek, które by nie powstały, gdyby informacja została rzetelnie przedstawiona. Zaznaczenia przy tym wymaga, że służy to ochronie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przeciwdziałają udzieleniu zamówienia wykonawcy, który działa w postępowaniu w sposób nieprofesjonalny i nierzetelny.

Nie potwierdziły się także pozostałe zarzuty odwołania, dotyczące rozszerzającej wykładni SIWZ oraz wprowadzenia dodatkowych wymogów w informacji o wykluczeniu. Jak zostało wykazane powyżej, z SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał podania przykładów wdrożenia systemów wypożyczania elektrycznych rowerów IV generacji, ze wskazaniem miast/jednostek organizacyjnych, gdzie ten system został wdrożony oraz wskazaniem podziału obowiązków pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym.

Jeśli natomiast chodzi o drugą grupę zarzutów tj. poz. 25 (Luxemburg) i poz. 27 (Tokyo) części B formularza ofertowego, to na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż uzyskał potwierdzenie, że podane w ofercie informacje w odniesieniu do Tokyo, dotyczą rowerów elektrycznych IV generacji, a zatem informacje te są prawdziwe. Natomiast podtrzymał stanowisko co do tego, iż rowery w Luxemburgu nie są rowerami IV generacji, argumentując, m.in. iż z regulaminu wynika, iż winny być one pozostawiane na stacjach. W ocenie Izby okoliczność ta, przy braku wykazania przez Zamawiającego, że od strony technicznej i wyposażenia ich w elektroniczne elementy, nie spełniają one warunków do uznania ich za rowery IV generacji, pozostaje bez wpływu na ocenę w tym zakresie. Tym bardziej, iż z argumentacji Odwołującego wynika, że wymogi techniczne są wypełnione, a pozostawianie na stacjach jest związane z formą ich ładowania (na stacji zamiast wymiany baterii), natomiast mogą być pozostawione w dowolnym miejscu pozostając widoczne. Potwierdzenie zasadności tych zarzutów nie wpływa jednak na wynik postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9

i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: