Sygn. akt: KIO 933/20

WYROK

z dnia 8 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2020 roku przez wykonawcę Tormel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu

przy udziale wykonawcy KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 933/20 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę Tormel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Sygn. akt KIO 933/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem którego jest

dostawa, montaż i uruchomienie automatów parkingowych oraz wprowadzenie stałej organizacji ruchu na obszarze dzielnicy Wilda i osiedla Św. Łazarz w Poznaniu (znak sprawy: DZ.PP.341.03.2020 (zwane dalej

„Postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 14 stycznia 2020 r., pod numerem 2020/S 009-016877.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp". Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

W dniu 30 kwietnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Tormel Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16)-17) Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i brak wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy, który poświadczył nieprawdę i wprowadził Zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zakresu posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia (zarzut nr 1),

2) z ostrożności procesowej Odwołujący stawia także zarzut art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy w związku z art. 7 ust.1 Ustawy poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy KBU Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie ma prawa legitymować się doświadczeniem Konsorcjum, gdyż nie wykonywał wszystkich prac w ramach Konsorcjum samodzielnie, a niektórych jak serwisowanie nie wykonywał wcale, (zarzut nr 2),

3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy oraz art. 22 ust. 1 pkt. 2 Ustawy w związku z art. 7 ust.1 Ustawy w związku z postanowieniami pkt . IX. 1. 1).- 2).a).a1) SIWZ, (gdyby Izba nie uznała zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16) - 17) Ustawy) przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy KBU Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, należycie usługi polegającej na dostawie, montażu i serwisowaniu systemu składającego się z minimum 200 automatów parkingowych współpracujących z centrum (systemem) kontroli/ nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym (online), obsługujących monety lub elektroniczne instrumenty płatnicze (zarzut nr 3)

4) art. 91 ust.1 Ustawy w związku z art. 7 ust.1 Ustawy poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy KBU Sp z o.o., mimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która to oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

i. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty wykonawcy KBU Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

ii. wykluczenie Wykonawcy KBU Sp. z o.o. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji,

iii. z ostrożności procesowej ewentualnie wykluczenie Wykonawcy z uwagi na niespełnienie

warunków udziału w postępowaniu,

iv. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

v. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym również zasądzenie kosztów reprezentacji na rozprawie wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący złożył ważną ofertę w ww. postępowaniu. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy może uniemożliwić wybór oferty Odwołującego i tym samym Odwołujący może ponieść szkodę, polegającą na pozbawieniu go realnych korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia, przeprowadzonego w sposób należyty.

Powyższe stanowi zatem wystarczającą przesłankę, uprawniającą Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jak o tym mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny sprawy.

W dniu 20.04.2020 roku Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę KBU Sp. z o.o.

Z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, gdyż KBU po pierwsze i najważniejsze przedstawił nieprawdziwe informacje, co do wykazywania się doświadczeniem wymaganym w niniejszym postępowaniu. Po drugie zaś nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że zadanie którym legitymuję się KBU wykonane na rzecz GKM — ZIKIT zostało wykonane w ramach Konsorcjum, nie zaś samodzielnie przez KBU.

Wobec powyższego Odwołujący wskazuje swoje uzasadnienie co do postawionych powyżej zarzutów:

Zarzut nr 1

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Wykonawca KBU w oświadczeniu w imieniu Konsorcjum z dnia 1 kwietnia 2020 roku wskazał, iż wykonał w ramach podziału zadań w konsorcjum następujące czynności:

1. pobieranie opłat za parkowanie pojazdów samochodowych w strefie płatnego parkowania za pomocą 281 szt. udostępnionych parkomatów,

2. udostępnienie wszystkich ww. parkomatów polegające na dostawie i montażu parkomatów oraz dostawie i instalacji systemu do zarządzania parkomatami,

3. kontrola wnoszenia oraz poboru opłat za parkowanie we wszystkich ww. parkomatach,

4. transport gotówki gromadzonej przez wszystkie ww. parkomaty,

5. dostawa sprzętu.

Ponadto KBU oświadczyło, iż cyt:

W ramach obsługi strefy parkowania KBU wykonywała również naprawy gwarancyjne, usuwanie usterek, obsługę reklamacji i wymiany sprzętu u producenta we wszystkich ww. parkomatach. Serwis sprzętu świadczony był przez zespół serwisantów, w którego skład wchodzili pracownicy firmy KBU sp. z o.o. i firmy Dropel sp. z o.o. Wyłącznym udziałem Licuas S.A. było wniesienie wkładu finansowego w realizację zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2020 roku, datowanej na 10 kwietnia 2020 roku, KBU oświadczyło, iż w ramach Konsorcjum nastąpił podział zadań, a zadania, które zostały przydzielone KBU pozwalają mu na legitymowanie się doświadczeniem wymaganym w przedmiotowym postępowaniu. KBU oświadczyło, iż cyt:

1) KBU Sp. z o.o. wykonywało samodzielnie (lub poprzez własnych podwykonawców) wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu, z wyłączeniem prac serwisowych przy parkomatach, tj.: KBU samodzielnie wykonało:

- dostawę i montaż parkomatów na obszarze SPP - w ilości 281 sztuk,

- dostawę i instalację systemu do zarządzania zainstalowanymi parkomatami
- kontrolę wnoszenia oraz poboru opłat za parkowanie we wszystkich ww. parkomatach,

- transporcie gotówki gromadzonej przez wszystkie ww. parkomaty,

- dostawie sprzętu.

2) W ramach obsługi strefy parkowania KBU Sp. z o.o., wspólnie z DROPEL Sp. z o.o., wykonywało również naprawy gwarancyjne, usuwanie usterek, obsługę reklamacji i wymiany sprzętu u producenta we wszystkich ww. parkomatach. Prace serwisowe przy parkomatach, wykonywane były przez zatrudnianych przez KBU Sp. z o.o. i Dropel Sp. z o.o. serwisantów, przy czym koordynacja prac serwisowych oraz zapewnienie części

do parkomatów leżała po stronie KBU Sp. z o.o.

Bezsprzecznie zatem należy wskazać, iż KBU oświadczył, iż w ramach dostawy wykazanej na rzecz GMK-ZIKIT w zasadzie większość prac zrealizował samodzielnie, natomiast tylko prace serwisowe wykonywał razem z Dropel Sp. z o.o.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż powyższe absolutnie nie jest prawdą i przeciwstawia temu twierdzenie firmy Dropel, która, co jest bezsprzeczne (gdyż tak samo wskazuje KBU) była konsorcjantem i realizowała dostawę na rzecz GMK- ZIKIT.

W oświadczeniu z dnia 29.04.2020 roku firma Dropel Sp. z o.o. wskazuje, iż cyt:

Działając w imieniu Dropel Sp. z o.o. (KRS 0000292156), w odpowiedzi na Państwa pytanie związane z zamówieniem publicznym nr DZ.PP.341.03.2020, informuję, że umowa konsorcjum wraz z aneksami zawarta między firmami KBU Sp. z o.o., LICUAS S.A. oraz DROPEL Sp. z o.o. a dotycząca zamówienia publicznego na dostawę i serwis 281 parkomatów do Krakowa przewidywała współudział wszystkich członków konsorcjum w zarządzaniu całością realizacji zamówienia (współzarządzanie realizacją zamówienia odbywało się m.in. podczas cotygodniowych spotkań podsumowujących i comiesięcznych spotkań zarządczych, a na początkowym etapie realizacji zamówienia były to również wspólne ustalenia co do wyboru producenta parkometrów, przygotowanie dokumentów niezbędnych dla uzyskania i zawarcia umowy leasingu umożliwiającego nabycie parkomatów, negocjacje i ustalenia z firmami, które świadczyły na rzecz konsorcjum usługi niezbędne dla realizacji zamówienia).

Z powyższego zatem wynika, iż umowa przewidywała współudział i współzarządzanie wszystkich członków Konsorcjum. Żaden z członków Konsorcjum nie nadzorował tych prac i nie zarządzał innymi podmiotami, ale zamówienie było realizowane wspólnie. Z powyższego zatem wynika, iż żaden z członków Konsorcjum nie może wykazać się całościowym doświadczeniem w realizacji tego zamówienia, gdyż żaden z nich tego całościowego doświadczenia nie posiada.

Jak wskazuje Dropel Sp. z o. o. w swoim oświadczeniu nie było zarządzania realizacją zamówienia, ale było współzarządzanie, a zatem doświadczenie w realizacji inwestycji, ciężar jej prowadzenia i odpowiedzialność za tą inwestycję było wspólne. Słuszny jest zatem wniosek, iż żaden z konsorcjantów nie może legitymować się doświadczeniem w realizacji tej inwestycji, a tylko i wyłącznie kolokwialnie rzecz ujmując 1/3 takiego doświadczenia.

W swoim oświadczeniu Dropel Sp z o.o. wskazał także, iż

Do głównych obowiązków DROPEL Sp. z o.o. wynikających bezpośrednio z umowy konsorcjum w wersji zmienionej Aneksem nr 1 należały m.in.: koordynacja i nadzór nad realizacją kontraktu w zakresie dotyczącym serwisu i napraw, instalacja parkometrów i dostosowanie do użytkowania na potrzeby uruchomienia SPP jak i aplikacji webowej dostarczonej przez dostawcę parkomatów, zapewnienie fundamentów dla parkomatów oraz utrzymywanie serwisowe parkomatów na podstawie odrębnej umowy podwykonawczej.

Oświadczenie Dropel Sp. z o.o. wskazujące, iż do jej głównych obowiązków wynikających bezpośrednio z umowy Konsorcjum w wersji zmienionej Aneksem nr 1 należały:

>koordynacja i nadzór nad realizacją kontraktu w zakresie dotyczącym serwisu i napraw,

>instalacja parkometrów i dostosowanie do użytkowania na potrzeby uruchomienia SPP

jak i aplikacji webowej,

>zapewnienie fundamentów dla parkomatów

prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż KBU złożył nieprawdziwe informacje, co do zakresu świadczonego samodzielnie. Jak wynika także z oświadczenia Dropel aplikacja webowa została dostarczona przez zewnętrznego dostawcę, a nie przez KBU.

Ponadto Dropel świadczył utrzymanie serwisowe parkomatów na podstawie odrębnej umowy podwykonawczej.

KBU oświadczył, iż wykonywał samodzielnie wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu. Powyższe nie jest prawdą, gdyż jak wskazuje Dropel Sp z o.o., to Dropel wykonywał sporą część obowiązków wynikających z kontraktu.

Już zatem w tym twierdzeniu KBU mija się z prawdą i oświadcza nieprawdziwe informacje, gdyż nigdy nie realizowało samodzielnie zakresu, co do którego oświadczyło.

Zderzając zatem oświadczenie KBU z oświadczeniem Dropel należy wskazać na następujące

Lp	Oświadczenie KBU	Oświadczenie Dropel	Uwagi
1	Dostawa i montaż parkomatów	Produkcja i Instalacja fundamentów pod parkomaty	zakres Dropel jest ewidentnie częścią dostawy
2	Dostawa i montaż parkomatów	Montaż na fundamencie (instalacje) wszystkich parkomatów	Zakres Dropel jest ewidentnie częścią montażu
3	Dostawa i instalacja systemu do zarządzania zainstalowanymi parkomatami	Dostosowanie do użytkowania na potrzeby uruchomienia SPP jak i aplikacji webowej, dostarczonej przez zewnętrznego dostawcę	Zakres Dropel jest częścią instalacji systemu do zarządzania, Dostarczenie aplikacji przez zewnętrznego dostawcę wchodzi w zakres współzarządzania
4	Dostawa sprzętu	Współzarządzanie	Dostawa sprzętu wchodzi • w zakres współzarządzania
5	Serwis i naprawy wspólnie z Dropel	Koordynacja i nadzór w zakresie dotyczącym serwisu i napraw	Serwis i nadzór sprawował sam Dropel
6	Serwis i naprawy wspólnie z Dropel	Samodzielne serwisowanie w ramach dodatkowej umowy podwykonawczej	Serwis sprawował tylko i wyłącznie sam Dropel w ramach umowy podwykonawczej, ponadto samodzielnie sprawował nadzór i koordynację
7	Dostawa i montaż parkomatów	Produkcyjne uruchomienie do poboru opłat	Zakres Dropel wchodzi w zakres dostawy i montażu

Z tej prostej tabeli wynika jednoznaczny wniosek o przedstawieniu nieprawdziwych informacji. Nie da się w sposób bardziej wyraźny pokazać jak bardzo KBU mija się z prawdą oraz jak bardzo ma do czynienia z niezgodnością oświadczenia KBU a stanem rzeczywistym.

Podsumowując należy zacytować powyższe i wskazać dalszą część oświadczenia Dropel, który wręcz protestuje w swoim oświadczeniu („niezrozumiałe jest"), że KBU w żaden sposób nie zrealizowała samodzielnie zakresu będącego przedmiotem umowy na rzecz GMK-ZIKIT.

Wobec faktu, że to DROPEL Sp. z o.o. (zgodnie z ustaleniami poczynionymi miedzy członkami konsorcjum) wykonywał produkcję i instalację fundamentów pod parkomaty, przygotowanie parkomatów do pracy w SPP w magazynie Dropel Sp. z o.o., konfigurację urządzeń i przystosowanie do pracy w sieci, a także montaż na fundamencie (instalację) wszystkich parkomatów i ich produkcyjne uruchomienie do poboru opłat na ulicach miasta Krakowa wg parametrów będących przedmiotem umowy z GMK-ZIKIT, niezrozumiałe jest dlaczego firma KBU Sp z o.o. twierdzi, że samodzielnie wykonywała te prace (tj. w treści przesłanego oświadczenia KBU Sp. z o.o. znajduje się zapis, iż: „1) KBU Sp. z o.o. wykonywało samodzielnie (lub poprzez własnych podwykonawców) wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu, z wyłączeniem prac serwisowych przy parkomatach, tj.: KBU samodzielnie wykonało: dostawę i montaż parkomatów na obszarze SPP - w ilości 281 sztuk,(...)".

Jeszcze raz zatem wyraźnymi słowy należy podkreślić, iż KBU poświadczyła nieprawdę. Mało tego, w opinii Odwołującego jest to tzw. kwalifikowane poświadczenie nieprawdy, poświadczenie zawinione, złożone z pełną premedytacją poświadczenia nieprawdy i spełniające dyspozycję przepisu art. 24 ust.1 pkt 16) ustawy Pzp. W myśl tego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Mając zatem na uwadze powyższy przepis należy wskazać, iż KBU przedstawiło nieprawdziwe informacje, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku zamierzonego działania, co potwierdza wspomniane wyżej oświadczenie KBU, które zostało złożone w imieniu Konsorcjum przez Panią E. T.

Po pierwsze, co podkreśla Dropel w swoim oświadczeniu Pani T. nie miała prawa złożyć takiego oświadczenia w imieniu Konsorcjum, po drugie złożyła je w imieniu Konsorcjum, żeby niejako podkreślić wagę tego oświadczenia, a mianowicie tego, że nie zostało złożone tylko w imieniu KBU, a w imieniu całego Konsorcjum. Nie tylko przekroczyła zakres swoich uprawnień, ale niejako wykorzystała swoje „stare" pełnomocnictwo, aby wygrać przedmiotowe postępowanie.
W konsekwencji art. 104 kc takie oświadczenie jest nieważne.

Umowa zawarta w postępowaniu nr 45/IX/2013 została wykonana w dniu 31.01.2019 i świadczenia z niej wynikające wygasły najpóźniej w tym dniu. Złożenie oświadczenia jak w piśmie z dnia 1 kwietnia 2020 nie mogło mieć i nie miało na celu wykonania Umowy zawartej w postępowaniu 45/IX/2013. Dlatego, Pani E. T. nie była upoważniona do składania oświadczeń w imieniu Konsorcjum na mocy powołanego pełnomocnictwa.

Miała świadomość, iż żaden z Konsorcjantów nie poświadczy jej stanu niezgodnego z rzeczywistością, zatem postanowiła wykorzystać pełnomocnictwo z czasów Konsorcjum i nadać mocy temu oświadczeniu poprzez insynuację, że składa je w imieniu Konsorcjum. Tym samym działania te ewidentnie wskazują na pewien zamiar KBU od samego początku, a zatem na zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd, iż KBU spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, iż Pani E. T. jest Członkiem Zarządu KBU Sp. z o.o.

Takie działanie KBU nie zasługuje w żaden sposób na ochronę, jest to ewidentne działanie w celu wymuszenia na Zamawiającym wyboru KBU jako wykonawcy wygrywającego przedmiotowe postępowanie.

W opinii Odwołującego oświadczenie złożone w imieniu Konsorcjum bezsprzecznie wskazuje na wypełnienie znamion z przepisu art. 24 ust.1 pkt 16) ustawy Pzp, ale Odwołujący jedynie z ostrożności procesowej wskazuje także na zarzut art. 24 ust.1 pkt 17) ustawy Pzp. Niezależnie jednak od tego, pod który przepis należy zakwalifikować działanie KBU i na podstawie którego przepisu dokonać jego wykluczenia - należy jeszcze raz wskazać, że KBU oświadczyło nieprawdę.

W tym miejscu wskazuję na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2019 roku, sygn. akt: KIO 1160/19, w którym Izba wskazała cyt: „Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem."

Przenosząc powyższy wyrok na stan faktyczny dotyczący przedmiotowego postępowania należy wskazać, iż KBU działało w zamiarze bezpośrednim - ewidentnie chciało wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje na jeszcze jeden wyrok Krajowej izby Odwoławczej, a mianowicie wyrok z dnia 27 czerwca 2019 roku, sygn. akt: KIO 1067/19, w którym Izba wskazała cyt: „Mając na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. to przepisy o charakterze sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd."

I znów odnosząc ten wyrok Izby do stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wskazuje, iż okoliczności niniejszego stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie, którego skutkiem jest wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie normy wskazanej w przepisie art. 24 ust.1 pkt 16) ustawy Pzp. Ewentualnie na podstawie normy wskazanej w przepisie art. 24 ust.1 pkt 17) ustawy Pzp, przy czym normę tą Odwołujący wskazuje jedynie z ostrożności, gdyż jego zdaniem KBU podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16) ustawy Pzp. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż w przypadku zaistnienia nieprawdziwych informacji, złożenia nieprawdziwego oświadczenia przez Wykonawcę ustawa Pzp nie przewiduje żadnych możliwości „naprawy" takiego stanu faktycznego, Wykonawca winien być bezsprzecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak chociażby wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2019 roku, sygn. akt: KIO 1938/19, w którym Izba wskazała cyt: „W przypadku zaistnienia przesłanek

z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. nie ma zastosowania.”

Zatem, Zamawiający nie może teraz wzywać Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, ale musi wykluczyć KBU z postępowania. Intencją bowiem Ustawodawcy była eliminacja nieuczciwych Wykonawców, stąd wobec takiego zachowania ustawa Pzp nie przewiduje działań naprawczych (vide: KIO 1773/19).

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazuje jeszcze, ale z bardzo posuniętej ostrożności procesowej, że nawet gdyby Izba uznała, że KBU nie przedstawił nieprawdziwych informacji to Odwołujący wskazuje, że KBU nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie wskazuje, co poświadcza oświadczenie Dropel, iż KBU nie wykonywało samodzielnie przedmiotowego postępowania, stąd nie może legitymować się całością doświadczenia, a tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Nawet jeśli przyjąć, iż zarządzanie było podzielone na 2 lub 3 podmioty to żaden z tych podmiotów nie zarządzał całością, żaden z tych podmiotów nie nabył doświadczenia w zarządzaniu całością. Każdy z nich zdobył tylko częściowe zarządzanie, co powoduje, że może legitymować się doświadczeniem tylko w części. Nie ma zatem pewności, czy poradziłby sobie z zarządzaniem całością takiego przedsięwzięcia, gdyż de facto nie ma doświadczenia w całości z uwagi na to, że był wspierany przez innych konsorcjantów. Wobec tego nie może legitymować się doświadczeniem w całości danego przedsięwzięcia, skoro realizował (współzarządzał) tylko częścią.

Natomiast wracając i podkreślając jeszcze raz do kwestii oświadczenia Dropel należy wskazać, iż KBU nie może się legitymować całością doświadczenia w tym postępowaniu, bowiem część zakresu realizował samodzielnie Dropel, co do dostawy i montażu, natomiast samodzielnie Dropel realizował i nadzorował serwis. Nie dość, że jak oświadczył usługi serwisowania realizował samodzielnie, to jeszcze sam je nadzorował i koordynował. Wobec takiego oświadczenia Dropel z powołaniem się przecież na konkretne podstawy (Aneks nr 1) nie sposób nie zauważyć, że KBU po prostu nie posiada całego doświadczenia w zakresie tego wykazywanego przedsięwzięcia, zatem nie może legitymować się doświadczeniem co do całości oraz tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Nie nabyło bowiem samodzielnie doświadczenia co do realizacji tak dużego przedsięwzięcia, nie ma doświadczenia w jego samodzielnym zarządzaniu, nie ma w ogóle doświadczenia w serwisowaniu i wreszcie nie ma samodzielnego doświadczenia co do realizacji niektórych zakresów, które wykonywał Dropel. W tym miejscu podkreślić należy, że Zamawiający musi wybrać wykonawcę, który daje rękojmię należytego i prawidłowego wykonywania zamówienia, a zatem który zapewni Zamawiającemu, że poradzi sobie z realizacją zamówienia, bo ma doświadczenie, bo wykonywał już podobne realizację itd. KBU nie zapewnia rękojmi należytego wykonania zamówienia, bo KBU nie ma samodzielnego doświadczenia w realizowaniu tak dużej inwestycji, jakiego to doświadczenia oczekuje Zamawiający. Ma 1/3 udziału w zarządzaniu, ma samodzielne realizowanie ale tylko i wyłącznie pewnych zakresów oraz nie ma w ogóle doświadczenia w serwisowaniu, koordynacji i nadzorze tego serwisowania. Jednoznaczny zatem jest wniosek, że nie spełnia warunków udziału w niniejszym postępowaniu - warunków postawionych przez Zamawiającego.

Podkreślić należy, iż orzecznictwo i doktryna wypracowały stanowisko, zgodnie z którym przyjmuje się, że wykonawca nie nabywa doświadczenia „merytorycznego” przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców. Realne doświadczenie nabywa wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji chociażby jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana była grupa wykonawców. Gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Takie stanowisko jest pokłosiem opinii wyrażonej w wyroku TSUE z 4 maja 2017 w sprawie C-387/14 Esaprojekt:

62) [...], gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

63) [...], wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

64) Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

65) W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji."

Mając na względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej należy wskazać, że dominuje pogląd wedle którego „doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego" (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 grudnia 2018, KIO 2534/18, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 sierpnia 2018, KIO 1607/18).

W kolejnym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, iż „niewystarczające jest w ocenie Izby powoływanie się na potencjał całego konsorcjum - bez wyraźnego wskazania jaką część - i o jakiej wartości - realizował Odwołujący (występujący poprzednio w konsorcjum) (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 października 2017, KIO 1987/17).

Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z 1 lutego 2018, sygn. akt II GSK 4133/17 stwierdził, że „w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę. Nie można wykluczyć, że w określnym stanie faktycznym konsorcjant wykonujący określoną część zamówienia nabędzie istotnie doświadczenie takie jak przy realizacji całości zamówienia. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z jego uczestników. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców."

W świetle powyższych wyroków należy jednoznacznie wskazać, iż Wykonawca KBU nabył doświadczenie poprzez realizację przypisanego mu zadania, nie nabył zatem zadania realizowanego przez innych Wykonawców, w tym przez Dropel. Tym samym nie nabył doświadczenia, co do realizacji całości zadania realizowanego na rzecz GMK- ZIKIT, ale jedynie jego część.

Zarzut nr 3

Wykonawca nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego. Wynika to z zupełnie odmiennego przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu od tego które zostało zrealizowane na podstawie Umowy nr 28/ZIKiT/2014. Przedmiot zmówienia wykonany na podstawie Umowy nr 28/ZIKiT/2014 nie pozwala na wykazanie się dostatecznym doświadczeniem w niniejszym postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w postaci wykonania należycie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, dostawy, montażu i serwisowaniu systemu składającego się z minimum 200 automatów parkingowych współpracujących z centrum (systemem) kontroli/ nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym (online), obsługujących monety lub elektroniczne instrumenty płatnicze (pkt. IX. 1.1).- 2).a).a1) SIWZ).

System to nie tylko urządzenia do poboru opłaty ale przede wszystkim system informatyczny, który pozwala na zarządzanie parkomatami online. Zamawiający wyraźnie wskazał na wymóg sprawowania przez system nie tylko monitoringu i kontroli nad parkomatami ale także nadzoru. Natomiast w definicji „nadzoru” mieści się ‘kontrola' + ‘ingerencja' czyli wydawanie wiążących poleceń, tj. zdalne sterowanie i zarządzanie systemem.

Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w zakresie dostawy i serwisowania systemu gdyż istotną częścią niniejszego zamówienia jest dostawa całego oprogramowania

wraz z integracją, serwisowanie oprogramowania do zarządzania systemem i szkolenie

z obsługi tego oprogramowania (w tym usuwaniem wad oprogramowania), udzielenie Zamawiającemu 12 letniej licencji na System/oprogramowanie m.in. w celu obsługi, zarządzania parkomatami uwzględniającej rozbudowę/zmianę System/oprogramowanie jako całości

oraz oprogramowania w poszczególnych parkomatach wraz z przekazaniem Zamawiającemu odpowiednich kodów, aplikacji, danych, oprogramowania, itd. (patrz pkt. III. 2.5.31, 2.13-2.17, pkt. VII.

2. SIWZ). Wykonawca jest zobowiązany dokonać integracji i zmiany dostarczonego oprogramowania celem połączenia z innymi systemami Zamawiającego, m.in. z serwerami bazodanymi, systemem obsługi biura strefy parkowania, systemem windykacyjnym, systemem kontroli i urządzeń mobilnych oraz systemami bankowymi.

Zamawiający zapewnia sobie sprawowanie kontroli technicznej nad centrum danych systemu nadzorującego pracę automatów parkingowych, realizację audytu bezpieczeństwa systemu a także możliwość dalszej samodzielnej zmiany/rozbudowy oprogramowania, wprowadzanie i testowanie nowych funkcjonalności.

Czynności ww. nie wchodziły natomiast w zakres zamówienia wykonanego na mocy Umowy nr 28/ZIKiT/2014. Wykonawca KBU Sp. z o.o. nie tylko nie zrealizował serwisowania systemu/oprogramowania ale nawet nie miała miejsca żadna dostawa systemu/oprogramowania. Należy podkreślić, iż w ogóle przedmiotem zamówienia wykonanego na mocy Umowy nr 28/ZIKiT/2014 nie była dostawa ale wyłącznie usługa w rozumieniu art. 2 pkt 10 Ustawy.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest ‘dostawa' parkomatów i systemu a nie ‘usługa' dotycząca parkomatów i systemu. (Jedyną zamawianą usługą w niniejszym postępowaniu jest usługa serwisowania urządzeń oraz systemu.) W ramach realizacji niniejszego zamówienia ma nastąpić bowiem wydanie Zamawiającemu rzeczy, środków, dokumentów, praw, zapewniających Zamawiającemu przeniesienie posiadania na Zamawiającego, w tym faktyczne władztwo nad parkomatami oraz systemem / oprogramowaniem (możliwość rozporządzania). Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia nabywa własność parkomatów wraz z rękojmią na urządzenia. Zamawiający nabywa licencję do oprogramowania pozwalającą na wprowadzanie zmian do oprogramowania. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający ma możliwość aktywnej ingerencji, zdalnego wprowadzenie zmian w parkomatach i ich oprogramowaniu a nie tylko biernego monitoringu funkcjonowania parkomatów. Dlatego tak ważna jest odpowiednia wiedza i doświadczenie wykonawcy.

W konsekwencji opisu przedmiotu zamówienia „na dostawę”, Zamawiający adekwatnie, w zakresie warunków udziału w postępowaniu, wymaga od Wykonawcy doświadczenia w realizacji „dostawy” parkomatów i systemu - pkt. IX. 1. 1).- 2).a).a1) SIWZ a nie „usługi” dotyczącej parkomatów i systemu (jedyną wymaganą usługą w niniejszym postępowaniu jest usługa serwisowania urządzeń oraz systemu). Natomiast elementem odróżniającym „dostawę” od „usługi” jest przeniesienia posiadania i władztwa faktycznego.

Zamówienie, które ma być zrealizowane w wyniku postępowania nr DZ.PP.341.03.2020 to dostawa urządzeń do poboru opłat (wraz z dostawą systemu/ oprogramowania do zarządzania oraz jego serwisowaniem).

Natomiast zamówienie zrealizowane na podstawie umowy nr 28/ZIKiT/2014 z dnia 21 stycznia 2014 roku to wyłącznie świadczenie usługi polegającej na poborze opłat od dnia 1.02.2014 do dnia 31.01.2019 (usługi w rozumieniu art. 2 pkt 10 Ustawy) z wyłączeniem serwisowania systemu/oprogramowania. Wnika to m.in. z faktu, iż:

1. Podstawowym obowiązkiem wykonawcy zgodnie z § 5 pkt. 1 Umowy nr 28/ZIKiT/2014 z dnia 21 stycznia 2014 była usługa polegająca na kontroli wnoszenia opłat i poborze opłat za pośrednictwem parkomatów. Potwierdzeniem jest wynagrodzenie w zryczałtowanej wysokości 58,95% wpływów z opłat za parkowanie. Ponadto ZIKiT wymagał zapewnienia 12 zespołów, których zadaniem było wyłącznie ciągłe kontrolowanie pobór opłat (ustalanie pojazdów bez opłaty za parkowanie). ZIKiT nie wymagał zapewnienia zespołów serwisowych (patrz pkt. 3 OPZ postępowania nr 45/IX/2013).

2. Zamawiający nie posiadał w trakcie umowy władztwa faktycznego nad parkomatami ani nad ich oprogramowaniem, nie miało miejsca przeniesienie posiadania (w zakresie parkomatów, systemu/oprogramowania) na Zamawiającego. Zamawiający nie miał możliwości zarządzania, rozporządzania parkomatami ani nie dysponował nimi. Zamawiający nie nabył w trakcie umowy prawa własności do parkomatów ani nie przysługiwała mu rękojmia ani gwarancja jakości.

3. Zamawiającemu nie dostarczono oprogramowania (ani wersji instalacyjnych, ani kodów źródłowych, ani instrukcji instalacji, nie przeszkolono w zakresie serwisowania i administrowania systemem lokalnym/zdalnym zarządzania urządzeniami) ani kodów dostępu pozwalających

na ingerencję w parkomaty.

4. Zamawiającemu nie udzielono ani nie przeniesiono na niego jakichkolwiek praw autorskich do oprogramowania/systemu do zarządzania parkomatami (np. licencji do oprogramowania) ani w trakcie trwania umowy ani po jej zakończeniu (patrz umowa nr 28/ZIKiT/2014 z dnia 21 stycznia 2014 wraz z opisem przedmiotu zamówienia). Zamawiający w ramach zamówienia nie nabył w szczególności:

a. licencji na oprogramowanie Parkfolio (oprogramowanie własności Flowbird SAS 100 Aavenue de Suffren, 75-015 Francja) umożliwiającej zarządzanie parkomatami,

b. licencji pozwalającej na ingerencję w oprogramowanie parkomatów Parkeon modeli Strada PAL i Strada Evolution 2,

c. Certyfikacji PCI-DSS (od PCI Security Standards Council) dotyczącej usługi realizacji transakcji płatniczych bezgotówkowych łub równoważnych.

5. System „do zarządzania" parkomatami pozwalał Zamawiającemu wyłącznie na bierny zdalny podgląd niektórych aspektów funkcjonowania urządzenia (i tylko do dnia 31.01.2019) jednak bez możliwości wprowadzania zmian do oprogramowania oraz do urządzenia. Podgląd ten zapewniany był jako SaaS ('Software as a Service' czyli usługa bez konieczności jakichkolwiek czynności serwisowych). System „do zarządzania" parkomatami zrealizowany był przez firmę FLOWBIRD, która zapewnia podgląd w formie usługi bez wykonania dostawy oprogramowania. W takim stanie faktycznym nie może mieć miejsca serwis systemu.

6. Przedmiotem zamówienia nie było oprogramowanie, ani jego dostawa, ani korzystanie z niego (jak również w ramach realizacji zamówienia nie miała miejsca dostawa systemu/oprogramowania). Bowiem przedmiotem zrealizowanego zamówienia była wyłącznie usługa podglądu niektórych aspektów funkcjonowania parkomatów, usługa przetwarzania lub przechowania danych przez usługodawcę z wyłączeniem elementu korzystania z oprogramowania przez Zamawiającego. W konsekwencji niemożliwe było serwisowanie oprogramowania ani nabycie doświadczenia przez KBU sp. z o. w zakresie serwisowania oprogramowania/systemu.

Wykonawca KBU sp. z o.o. (ani żaden z konsorcjantów) nie mógł zatem nabyć doświadczenia w zakresie dostawy, montażu i serwisowania systemu a w szczególności w zakresie serwisowania systemu/oprogramowania do zarządzania parkomatami. Wykonawca nie spełnia zatem warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Ustawy).

Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu gdyż nie przedstawił dowodów na okoliczność, iż posiada doświadczenie w zakresie należytego wykonania „dostawy, montażu i serwisowaniu systemu" (pkt. IX. 1. 1).- 2).a).a1) SIWZ), w szczególności systemu/oprogramowania do zarządzania parkomatami oraz doświadczenia w zakresie serwisowania systemu/oprogramowania do zarządzania parkomatami (art. 24 ust. 1 pkt. 12 Ustawy).

Takiego dowodu nie może stanowić:

i. oświadczenie Zarządu Dróg Miejskich w Krakowie znak NO.055.88.2019/2 ponieważ:

- W oświadczeniu tym wskazuje się na wykonanie dostawy i instalacji systemu. Oświadczenie to powinno być jednak interpretowane w powiązaniu z treścią Umowy nr 28/ZIKiT/2014 z dnia 21 stycznia 2014 i OPZ. Jak zostało wyżej wykazane, przedmiotem tej Umowy było wyłącznie świadczenie „usług" w rozumieniu art. 2 pkt. 10 Ustawy a nie wykonywanie „dostaw"

w rozumieniu art. 2 pkt. 2 Ustawy i w rozumieniu kodeksu cywilnego. Dlatego

też, oświadczenie to nie potwierdza posiadania doświadczenia w zakresie realizacji 'dostawy'.

- Oświadczenie to nie pozwala na potwierdzenie posiadania doświadczenia w zakresie „serwisowania" systemu/oprogramowania do zarządzania parkomatami ponieważ odnosi się wyłącznie do „dostawy i instalacji systemu" z pominięciem „serwisowania"

systemu/oprogramowania.

- Oświadczenie odnosi się do doświadczenia całego konsorcjum łącznie bez wskazania, iż doświadczenie nabył wykonawca KBU Sp. z o.o.

ii. oświadczenie z dnia 1 kwietnia 2020 ponieważ:

- w oświadczeniu tym poświadczono nieprawdę. W oświadczeniu wskazuje się, iż były wykonywane „naprawy gwarancyjne", co nie jest możliwe, gdyż nie obowiązywała gwarancja jakości (nie została udzielona i nie przywidywała jej umowa). Gwarancja jakości jest zwyczajowo udzielana przy sprzedaży a umowa nr 28/ZI KiT/2014 wyraźnie wykluczała sprzedaż/przeniesienie własności w trakcie realizacji Umowy.

- Umowa nie przewidywała także obowiązku obsługi reklamacji. Nie miała miejsca obsługa reklamacji. W oświadczeniu poświadczono nieprawdę.

- Oświadczenie potwierdza tylko, iż miała miejsce realizacja usługi „pobierania opłat" i „kontroli wnoszenia oraz poboru opłat".

- Oświadczenie to nie pozwala na potwierdzenie posiadania doświadczenia w zakresie

„serwisowania" systemu/oprogramowania do zarządzania parkomatami ponieważ odnosi się wyłącznie do „dostawy i instalacji systemu" z pominięciem doświadczenia w „serwisowaniu" systemu/oprogramowania.

- KBU sp. z o.o. posługuje się sformułowaniem „udostępnienie" parkomatów zamiast „dostawa".

Oznacza to, iż KBU sp. z o.o. nie potwierdza wykonania „dostawy" a potwierdza brak przekazania władztwa faktycznego nad parkomatami z KBU sp. z o.o. na Zamawiającego. Oświadczenie nie potwierdza także wykonania 'dostawy' i montażu parkomatów ani dostawy i instalacji systemu do zarządzania parkomatami zważywszy na treść Umowy nr 28/ZI KiT/2014 i definicję 'dostaw' i 'usług'.

- W oświadczeniu tym poświadczono nieprawdę, gdyż serwis sprzętu świadczony był przez zespół serwisantów, w którego skład nie wchodzili pracownicy firmy KBU sp. z o.o. ani zleceniodawcy KBU sp. z o.o. ale tylko i wyłącznie pracownicy firmy Dropel sp. z o.o. Serwis wykonała tylko i wyłącznie firma Dropel sp. z o.o. (Dropel sp. z o.o. wykonał (bez udziału KBU sp. z o.o.) w celu realizacji zamówienia, którego dotyczyła Umowa nr 28/ZIKiT/2014, m.in.:

1. prowadził podręczny magazyn części zamiennych do realizacji usuwania awarii,

2. usuwał awarię oraz uszkodzenia parkomatów w czasie zadeklarowanym,

3. prowadził czynności związane z czyszczeniem i usuwaniem etykiet, reklam z parkomatów,

4. realizował naprawy w oparciu o powiadamianie z systemu nadrzędnego zarządzającego parkomatami zainstalowanego na serwerach firmy Parkeon we Francji (producent parkomatów), Dropel samodzielnie ustalał zakres i kolejność wykonywanych czynności w ramach serwisowania.

5. zatrudniał do realizacji zadania 3 osoby, które miały za zadanie usunięcie usterek i naprawę parkomatów,

6. wymieniał papier termiczny w parkomatach,

7. posiadał flotę pojazdów do realizacji napraw w ilości 3 aut,

8. nie naprawiał uszkodzonych części, części uszkodzone były przekazywane do firmy KBU.

9. Dropel sp. z o.o. wskazywał KBU jakie i ile części KBU zobowiązana jest dostarczyć firmie Dropel w celu uzupełnienia magazynu podręcznego i w jakim czasie. Dropel sp. z o.o. posiadał wiedzę w tym zakresie i magazyn podręczny części zamiennych sprawnych był uzupełniany na bieżąco przez Dropel. Dropel koordynował serwisowanie i zarządzał nim.

10. Usługa serwisowania parkomatów jest autonomiczna i nie wymaga żadnych innych czynności faktycznych, czynności zarządzania i koordynowania niż te, które wykonał Samodzielnie Dropel. Wydzielenie serwisowania do samodzielnego wykonania przez jednego z konsorcjantów (tutaj Dropel) jest konieczne z uwagi na ponoszenie odpowiedzialności za gotówkę zgromadzoną w parkomatach. Z tego względu nie dopuszcza się wspólnej odpowiedzialności i wspólnego dostępu.

11. Dropel sp. z o.o. nie przekazał KBU Sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia dotyczącego serwisowania parkomatów).

iii. oświadczanie z dnia 10 kwietnia 2020 ponieważ:

- Oświadczenie to nie pozwala na potwierdzenie posiadania doświadczenia w zakresie „serwisowania" systemu/oprogramowania do zarządzania parkomatami ponieważ odnosi się wyłącznie do „dostawy i instalacji systemu" z pominięciem „serwisowania" systemu/oprogramowania.

- KBU sp. z o.o. wyraźnie wskazuje, iż KBU Sp. z o.o. wykonywało samodzielnie (lub poprzez własnych podwykonawców) wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu, z wyłączeniem prac serwisowych przy parkomatach.

- W oświadczeniu tym poświadczono nieprawdę, gdyż KBU sp. z o.o. nie prowadziła koordynacji prac serwisowych ani parkomatów ani systemu/oprogramowania. KBU sp. z o.o. nie zarządzała serwisowaniem parkomatów ani serwisowaniem systemu/oprogramowania ani realizacją dostaw.

- Zastosowanie znajdują także te same zastrzeżenia i okoliczności jakie Odwołujący wniósł odnośnie oświadczenie z dnia 1 kwietnia 2020.

Wykonawca KBU Sp. z o.o. nie posiada doświadczenia w realizacji dostawy ani w zakresie serwisowania systemu/oprogramowania bowiem w ramach Umowy nr 28/ZIKiT/2014 z dnia 21 stycznia 2014 zawartej pomiędzy konsorcjum firm KBU Sp. z o.o., Licuas S.A., Dropel Sp. z o.o. a Zarządem Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (ZIKiT) KBU Sp. z o.o. wykonał tylko usługę ale już nie dostawę oraz nie wykonał serwisowania systemu/oprogramowania.

Wykonawca KBU Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt IX. 1.2 b2) tiret trzecie SIWZ) gdyż nie przedstawił dowodów na okoliczność, iż dysponuje osobą posiadającą doświadczenie w zakresie zrealizowania usługi polegającej na serwisowaniu urządzeń połączonych we wspólny system zarządzający (minimum 250 szt. urządzeń dla jednej wspólnej instalacji) ponieważ w ramach Umowy nr 28/ZIKiT/2014 nie został zapewniony system zarządzający (system ten nie zarządzał systemem ale zapewniał wyłącznie podgląd systemu).

Wykonawca KBU Sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując, iż posiada doświadczenie wymagane w pkt. IX. 1. 1).- 2).a).a1) SIWZ i w pkt. IX. 1.2 b2) tiret trzecie SIWZ oraz poświadczył nieprawdę w oświadczeniach z dnia 1 kwietnia 2020 i z 10 kwietnia 2020 oraz w oświadczeniu zawierającym wykazu osób pn. „Załącznik nr 12 do SIWZ nr ref. DZ.PP.341.03.2020".

Konkludując, Wykonawca KBU winien być wykluczony z przedmiotowego postępowania z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji, jeśli jednak Izba nie potwierdzi tego zarzutu Wykonawca KBU winien być wykluczony z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie niniejsze jest zasadne i konieczne, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego, dnia 5 maja 2020 zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej Przystępujący) wnosząc o oddalenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz pisemnej odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których

mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, w ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Izba, w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu wskazanego w odwołaniu jako zarzut drugi, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy w związku z art. 7 ust.1 Ustawy poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy KBU Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie ma prawa legitymować się doświadczeniem Konsorcjum, gdyż nie wykonywał wszystkich prac w ramach Konsorcjum samodzielnie, a niektórych jak serwisowanie nie wykonywał wcale, uznając iż jego rozpoznanie jest kluczowe dla oceny pozostałych zarzutów.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu ustanowionym w treści SIWZ pkt IX.1.1) 2) a) a1) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże że posiada odpowiednie doświadczenie zawodowe tj. wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie, co najmniej jedną usługę polegającą na dostawie, montażu i serwisowaniu systemu składającego się z minimum 200 automatów parkingowych współpracujących z centrum (systemem) kontroli / nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym (online), obsługujących monety lub elektroniczne instrumenty płatnicze.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, wykonawca winien złożyć wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy usługi zostały wykonane należycie (zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ).

Przystępujący, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, wskazał usługę polegającą na dostawie, montażu i serwisie systemu składającego się z 281 automatów parkingowych współpracujących z systemem kontroli / nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym obsługujących monety, elektroniczne instrumenty płatnicze, realizowaną w okresie 1.02.2014 - 31.01.2019 dla Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, którego zadania następnie realizował Zarząd Dróg Miasta Krakowa. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi, Przystępujący złożył referencję wystawioną przez Zarząd Dróg Miasta Krakowa dla realizacji umowy nr 28/ZIKiT/2014 (dotyczącej powyższej usługi).

Z treści referencji wynika, iż przedmiotowe zadanie zostało zrealizowania przez Konsorcjum firm: KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Licuas S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Dropel Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowicach.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2020 r. Zamawiający wystąpił do Przystępującego zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług w zakresie określenia jaki był rzeczywisty (faktyczny) zakres czynności wykonywanych przez Przystępującego w ramach realizacji przywołanej usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, a w szczególności czy zakres ten obejmował wszystkie, czy też wyłącznie niektóre czynności wykonywane w ramach zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący pismem z dnia 10 kwietnia 2020 roku wyjaśnił, że:

Ww. zamówienie realizowane było w formie konsorcjum, jednakże podział obowiązków pomiędzy konsorcjantami doprowadził do uzyskania przez KBU Sp. z o.o. doświadczenia w zakresie wskazanym w Wykazie usług, tj. w dostawie, montażu oraz serwisie systemu składającego się z 281 automatów parkingowych współpracujących z systemem kontroli/nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym obsługujących monety elektroniczne instrumenty płatnicze. Podział prac pomiędzy konsorcjantami realizującymi to zamówienie został bowiem ukształtowany w taki sposób, że:

1) KBU Sp. z o.o. wykonywało samodzielnie (lub poprzez własnych podwykonawców) wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu, z wyłączeniem prac serwisowych przy parkomatach, tj.: KBU samodzielnie wykonało:

- dostawę i montaż parkomatów na obszarze SPP - w ilości 281 sztuk,
- dostawę i instalację systemu do zarządzania zainstalowanymi parkomatami
- kontrolę wnoszenia oraz poboru opłat za parkowanie we wszystkich ww.

  parkomatach,
- transporcie gotówki gromadzonej przez wszystkie ww. parkomaty,
- dostawie sprzętu.

2) W ramach obsługi strefy parkowania KBU Sp. z o.o., wspólnie z DROPEL Sp. z o.o., wykonywało również naprawy gwarancyjne, usuwanie usterek, obsługę reklamacji i wymiany sprzętu

u producenta we wszystkich ww. parkomatach. Prace serwisowe przy parkomatach, wykonywane były przez zatrudnianych przez KBU Sp. z o.o. i Dropel Sp. z o.o. serwisantów, przy czym koordynacja prac serwisowych oraz zapewnienie części do parkomatów leżała po stronie KBU Sp. z o.o.

3) Wyłącznym udziałem LICUAS S.A. było wniesienie wkładu finansowego w realizację zamówienia. Spółka ta nie brała udziału w wykonywaniu jakichkolwiek prac związanych z realizacją ww. zamówienia.

(...)

Z uwagi na wskazany powyżej zakres obowiązków KBU Sp. z o.o. oraz status Lidera Konsorcjum należy przyjąć, iż KBU Sp. z o.o. faktycznie wykonało całość zakresu wskazanego powyżej zamówienia, a w konsekwencji nabyło doświadczenie w zakresie wskazanym w Wykazie usług i potwierdzającym spełnianie warunku, o którym mowa w punkcie IX.1.2 lit. a1 SIWZ.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2020 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Odnosząc się do powyższego zarzutu, w ocenie Izby zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba wskazuje, że do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji referencyjnej umowy wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.

Analiza przedmiotowego stanu faktycznego, nie pozwala zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie ma prawa legitymować się doświadczeniem Konsorcjum, gdyż nie wykonał wszystkich prac w ramach Konsorcjum samodzielnie, a niektórych jak serwisowanie nie wykonał wcale. Nie jest również uzasadnione twierdzenie, że żaden z konsorcjantów nie zarządzał całością, żaden z nich nie nabył doświadczenia w zarządzaniu całością, oraz że każdy z nich zdobył tylko częściowe zarządzanie, co powoduje że może legitymować się doświadczeniem tylko w części.

Dowód złożony przez Odwołującego na potwierdzenie powyższego zarzutu - oświadczenie

konsorcjanta Dropel Sp. z o.o. z 29 kwietnia 2020 roku, w ocenie Izby nie pozwala na wyprowadzenie wniosków, uzasadniających postawiony zarzut.

Z oświadczenia wyraźnie wynika współudział wszystkich członków konsorcjum w zarządzaniu całością realizacji zamówienia (współzarządzanie realizacją zamówienia odbywało się m.in. podczas cotygodniowych spotkań podsumowujących i comiesięcznych spotkań zarządczych, a na początkowym etapie realizacji zamówienia były to również wspólne ustalenia co do wyboru producenta parkometrów, przygotowanie dokumentów niezbędnych dla uzyskania i zawarcia umowy leasingu umożliwiającego nabycie parkomatów, negocjacje i ustalenia z firmami, które świadczyły na rzecz konsorcjum usługi niezbędne dla realizacji zamówienia).
Dropel Sp. z o.o. wskazał, iż umowy ze wszystkimi zewnętrznymi dostawcami zgodnie z treścią umowy konsorcjum w wersji ustalonej Aneksem nr 1 z dnia 28.01.2014 r. Lider (KBU S. z o.o.) zawierać miał w imieniu i na rzecz całego konsorcjum, a koszty tych umów finansowane były z przychodów całego konsorcjum, które trafiały od Zamawiającego na konto Lidera konsorcjum (i to niezależnie od tego czy w efekcie uzgodnień z podmiotem zewnętrznym taka Umowa została faktycznie zawarta przez Lidera w imieniu całego konsorcjum, czy też formalnie tylko przez Lidera). W związku z tym nie można mówić o tym by któryś z członków konsorcjum samodzielnie dostarczył wszystkie parkomaty, gdyż dostawę tę zrealizowało całe konsorcjum, podobnie jak i inne świadczenia wynikające z umowy z Gminą Miejską Kraków - Zarządem Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie.

Ponadto, Dropel Sp. z o.o. wskazał jako niezrozumiałe dla niego (przy określeniu zakresu prac jakie wykonał przy instalacji i serwisie parkomatów), że Przystępujący w oświadczeniu z dnia 29 kwietnia 2020 r. wskazał, iż wykonał samodzielnie (lub przez własnych podwykonawców) wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu, z wyłączeniem prac serwisowych przy parkomatach, tj. KBU samodzielnie wykonało dostawę i montaż parkomatów na obszarze SPP - w ilości 281 sztuk.

W ocenie Izby, powyższe oświadczenie w żaden sposób nie potwierdza twierdzenia Odwołującego, iż Przystępujący nie uczestniczył w realizacji całego zakresu objętego umową. Wręcz przeciwnie, z treści oświadczenia wyraźnie wybrzmiewa informacja o współdziałaniu wszystkich konsorcjantów w zarządzaniu kontraktem w całościowym zakresie.

Współdziałanie wszystkich członków konsorcjum w zarządzaniu całością realizacji zamówienia zostało potwierdzone również w kolejnym oświadczeniu złożonym przez Dropel Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2020 roku (załączonym przez Przystępującego do pisma procesowego). Ponadto, w oświadczeniu tym Dropel Sp. z o.o. wskazał, iż poprzednio złożone oświadczenie do Tormel Sp. z o.o. było odpowiedzią na treść oświadczenia KBU sp. z o.o. o samodzielnym wykonaniu dostawy i montażu parkomatów na obszarze SPP - w ilości 281 sztuk, i miało na celu przedstawienie stanowiska Dropel Sp. z o.o., tak by nie funkcjonowało przekonanie, że Dropel Sp. z o.o. nie uzyskał wiedzy i doświadczenia w zakresie o którym była mowa w oświadczeniu KBU Sp. z o.o., a to w sytuacji, gdy Dropel Sp. z o.o. takie doświadczenie i wiedzę posiada.

W dalszej części oświadczenia Dropel Sp. z o.o. wskazał:

Informuję, że powyższe oświadczenie kierowane jest zarówno do TORMEL Sp. z o.o., jak i do KBU Sp. z o.o., gdyż od początku od kiedy Dropel Sp. z o.o. uzyskał wiedzę o treści oświadczenie złożonego przez KBU Sp. z o.o. w postępowaniu nr DZ.PP.341.03.2020 celem działania spółki było jedynie wyjaśnienie jaka była rola Dropel Sp. z o.o. w realizacji zamówienia nr 45/IX/2013 dotyczącego dostawy parkomatów do Krakowa, a nie wskazywanie czy KBU Sp. z o.o. posiada czy nie posiada wystarczającej wiedzy i doświadczenia, aby brać udział w postępowaniu dotyczącym zamówienia publicznego nr DZ.PP.341.03.2020.

Jeśli poprzednie oświadczenie Dropel Sp. z o.o. było przedkładanie do Krajowej Izby Odwoławczej to w ocenie Dropel Sp. z o.o. również niniejsze oświadczenie powinno zostać przedłożone tak, aby przedstawione zostało najpełniejsze stanowisko spółki Dropel Sp. z o.o.

Zdaniem Izby, wobec powyższego nie można wyciągnąć wniosku, że jeśli każdy z konsorcjantów współuczestniczył w zarządzaniu umową referencyjną, to żaden nie nabył doświadczenia w zarządzaniu całością. W ocenie Izby należy wyciągnąć odwrotny wniosek, mianowicie jeśli każdy z konsorcjantów ponosił ciężar współodpowiedzialności za zarządzanie umową, to każdy na równi nabył doświadczenie — jeśli odpowiedzialność za poszczególne zakresy prac nie była podzielona, to każdy nabył doświadczenie co do całości objętego zakresem zarządzania. Zgodzić się należy z Przystępującym, iż doświadczenie nabyte w taki sposób jest niepodzielne (podobnie jak np. współwłasność łączna).

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego Umowę konsorcjum z dnia 18 listopada 2013 roku oraz Aneks nr 1 do umowy z dnia 28 stycznia 2014 roku stanowiącą załącznik do odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z treścią Aneksu nr 1 (§ 4 ust. 7. 1) Przystępujący m.in. pełni funkcję Lidera Konsorcjum, koordynuje i sprawuje nadzór nad realizacją kontraktów składających się na zamówienie przez okres ich obowiązywania, nadzoruje Project Managera (PM) oraz Administrative Office Managera (AOM), sprawuje nadzór nad podwykonawcą w zakresie świadczenia obsługi serwisowej nad programem SYSTEMmEGA Mobile, nad podwykonawcą (w tym przypadku firmą Dropel Sp. z o.o.) w zakresie świadczenia obsługi, serwisu i naprawy i utrzymania w czystości parkomatów oraz zapewnia wymagane przetargiem usługi związanych bezpośrednio z parkomatami.

Ponadto, z umowy konsorcjum w brzmieniu ustalonym Aneksem nr 1 wynika (§ 5 ust. 2),

że wszyscy członkowie Konsorcjum będą informowani na bieżąco o realizacji Kontraktów oraz o stosunkach z Zamawiającym, jednak wszystkie decyzje związane z realizacją kontraktu, w tym działania bieżące, które wymagają decyzji niecierpiącej zwłoki, będą podejmowane

przez Lidera, tj. KBU Sp. z o.o.

Z kolei, w § 5 ust. 3 ppkt 1 i ust. 4 Aneksu nr 1 wskazano, iż Project Manager (PM) zostanie wybrany i zatrudniony przez Lidera Konsorcjum i będzie zobowiązany do przygotowywania Liderowi szczegółowych raportów z wykonywanych zadań, będzie odpowiedzialny za realizację kontraktów, za zarządzanie (nadzorowanie, kontrolowanie i koordynowanie) zespołem pracowników i podwykonawców, a ponadto w zakresie kontaktów z Zamawiającym PM będzie realizował wszelkie obowiązki związane z realizacją kontraktów, z tym zastrzeżeniem, że Lider nadzoruje jego działania, a pozostali członkowie Konsorcjum będą na bieżąco informowani. Z kolei 5 § ust. 7 Aneksu nr 1 stanowi, iż uczestnicy Konsorcjum będą uczestniczyli w zyskach i stratach projektu w następujących udziałach procentowych: Dropel Sp. z o.o. 15%, Licuas S.A. 20%, KBU sp. z o.o. 65%.

Izba podziela argumentację Zamawiającego, przywołaną w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą: Na podstawie analizy zapisów ww. umowy konsorcjum wraz z aneksem nr 1 Zamawiający stwierdził, iż nie ulega wątpliwości, iż firma KBU Sp. z o.o., działając jako Lider Konsorcjum, miała czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum przy realizacji umowy nr 28/ZIKiT/2014 z dnia 21.01.2014r., polegający w szczególności na samodzielnym podejmowaniu istotnych decyzji i na nadzorowaniu wszystkich prac wchodzących w zakres. zamówienia — samodzielnie lub poprzez powołanego Project Managera.

Izba oceniając materiał zgromadzony w sprawie uznała, iż Przystępujący ma prawo posługiwać się doświadczeniem zdobytym podczas realizacji usługi wskazanej w wykazie usług, realizowanej dla Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie.

Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku KIO 2534/18 z dnia 21 grudnia 2018 roku, z treścią którego Izba się zgadza Izba w pełni aprobuje tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 Sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, w którym Trybunał wskazał m.in, że „Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji". W innym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślał także, iż „warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum" (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05),

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanym już po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt, przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Z dokumentacji sprawy wynika, że Przystępujący jako lider konsorcjum brał czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum przy realizacji całości zamówienia a udział ten był realny i faktyczny.

Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Przystępującego w zakresie zakupu i dostawy przez niego parkomatów (poparte dowodem w postaci umowy sprzedaży), w zakresie realizacji usług serwisowych poprzez bezpośredni udział realizowany poprzez 2 własnych pracowników oraz wspólnie z konsorcjantem Dropel, a także poprzez nadzór w tym zakresie nad podwykonawcą (poparty wydrukiem korespondencji mailowej), a w zakresie montażu poprzez nadzór nad podwykonawcami oraz współuczestnictwo w wykonywaniu czynności niezbędnych do dokonania montażu i posadowienia parkomatów.

W ocenie Izby, jeżeli Przystępujący współuczestniczył w zarządzaniu całością realizacji zamówienia łącznie z innymi konsorcjantami, to uczestniczył w całości realizacji zamówienia referencyjnego. A to z kolei, uprawnia go do legitymowania się doświadczeniem nabytym przy realizacji całego zamówienia, bowiem jego udział w tym zakresie był aktywny i realny. Nie jest uprawnione wyprowadzenie wnioski przeciwnego, że skoro Przystępujący współuczestniczył w zarządzaniu umową to nie nabył doświadczenia w realizacji całości zamówienia.

Powyższe nie pozostaje w sprzeczności z tezami zawartymi w wyroku KIO 126/20 z 6 lutego 2020 roku, który przywołał Odwołujący na rozprawie, m.in. każdy wykonawca, uczestniczący

w realizacji zamówienia będzie uprawiony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział, bowiem w analizowanym stanie faktycznym Przystępujący brał realny udział w zarzadzaniu i realizacją umowy w pełnym jej zakresie, a zatem był uprawniony do legitymizowania się doświadczeniem nabytym w całości realizacji umowy.

W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie brał czynnego i realnego udziału w realizacji zamówienia wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie objętym warunkiem.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za nieudowodniony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i brak wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy, który poświadczył nieprawdę i wprowadził Zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zakresu posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia, zarzut należy uznać za chybiony.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp:

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
17) 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.

Zgodnie z powyższym, w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający mógłby wykluczyć Przystępującego jedynie w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawca wprowadziłby Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

Z kolei, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Zamawiający mógłby wykluczyć Przystępującego z postępowania gdyby ten, wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wobec powyższego niezbędne jest tu ustalenie, czy Przystępujący wprowadził Zamawiającego

w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, oraz czy zarzucane wprowadzenie w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołując się do wyżej rozpoznawanego zarzutu, w którym Izba za niezasadne uznała twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazać należy, że nie można Przystępującemu zarzucić poświadczenia nieprawdy w zakresie wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Skoro Przystępujący oświadczył, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, co zostało wykazane powyżej, to w tym zakresie nie mógł Zamawiającego wprowadzić w błąd. Nie znajduje zatem potwierdzenia zarzut, iż wprowadzenie w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Przystępujący wykazując, że realnie uczestniczył w całości referencyjnego zamówienia udowodnił, że nabył doświadczenie niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie ma zatem podstawy do wykluczenia Przystępującego z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, bowiem nie nastąpiło wprowadzenie w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W oświadczeniu z dnia 10 kwietnia 2020 roku Przystępujący wskazał, że wykonał samodzielnie (lub przez własnych podwykonawców) wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu, z wyłączeniem prac serwisowych przy parkomatach, tj. samodzielnie wykonał:

- dostawę i montaż parkomatów na obszarze SPP - w ilości 281 sztuk,
- dostawę i instalację systemu do zarządzania zainstalowanymi parkomatami
- kontrolę wnoszenia oraz poboru opłat za parkowanie we wszystkich ww.

parkomatach,

- transporcie gotówki gromadzonej przez wszystkie ww. parkomaty,
- dostawie sprzętu.

Nawet gdyby uznać, że w oświadczeniu tym zakres wskazany przez Przystępującego jako wykonany samodzielnie, został wykonany łącznie z konsorcjantem Dropel Sp. z o.o., to pozostaje to bez wpływu na uznanie, że Przystępujący realizował dany zakres zamówienia, a zatem nabył doświadczenie niezbędne do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. A co za tym idzie, w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie nastąpiło wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a tylko takie wprowadzenie w błąd mogłoby być podstawą wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Zarzut należy zatem uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy oraz art. 22 ust. 1 pkt. 2 Ustawy w związku z art. 7 ust.1 Ustawy w związku z postanowieniami pkt . IX. 1. 1).- 2).a).a1) SIWZ, przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy KBU Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, należycie usługi polegającej na dostawie, montażu i serwisowaniu systemu składającego się z minimum 200 automatów parkingowych współpracujących z centrum (systemem) kontroli/ nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym (online), obsługujących monety lub elektroniczne instrumenty płatnicze, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Co do powyższego zarzutu, Izba przyznała rację Przystępującemu, iż powyższego warunku udziału w postępowaniu nie można odczytywać w ten sposób, ze należało się wykazać doświadczeniem w dostawie oraz serwisowaniu systemu / oprogramowania.

Izba za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: „Stosownie do art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oznacza to m.in., że sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu należy oceniać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności. (...) Nie ulega przy tym wątpliwości, że w odniesieniu do warunku doświadczenia, zasady proporcjonalnego formułowania warunków udziału w postępowaniu nie można rozumieć jako obowiązku wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia.

Czym innym jest natomiast ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, która następuje poprzez porównanie treści warunków z treścią oświadczeń i dokumentów złożonych przez Wykonawcę w celu wykazania ich spełniania. Ocena ta opiera się na literalnej treści warunków, tak jak zostały one zapisane w SIWZ. Na tym etapie nie jest dopuszczalna jakakolwiek rozszerzająca lub zawężająca interpretacja treści warunków udziału w postępowaniu,

w szczególności poprzez próby nadawania treści danego warunku nowego znaczenia poprzez wywodzenie zakresu tej treści z opisu przedmiotu zamówienia.

W punkcie IX. 1.2 lit. a1) SIWZ Zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że posiada odpowiednie doświadczenie zawodowe, tj. wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie, co najmniej jedną usługę polegającą na dostawie, montażu i serwisowaniu systemu składającego się z minimum 200 automatów parkingowych współpracujących z centrum (systemem) kontroli/ nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym (online), obsługujących monety lub elektroniczne instrumenty płatnicze. (...) Z brzmienia ww. warunku wynika jednoznacznie, że:

1) Pod pojęciem „systemu" należy rozumieć minimum 200 automatów parkingowych współpracujących z centrum (systemem) kontroli/ nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym (online), obsługujących monety lub elektroniczne instrumenty płatnicze;

2) Zamawiający wymagał wykazania się usługą obejmującą dostawę, montaż i serwisowanie ww. systemu.

Zamawiający nie określił natomiast żadnych wymogów dotyczących przeniesienia posiadania i władztwa faktycznego nad tak rozumianym systemem, w szczególności zaś sposobu i zakresu dostępu zamawiającego do oprogramowania/systemu.

Odnosząc powyższe do uzasadnienia zarzutu nr 3 przedstawionego w odwołaniu Wykonawcy TORMEL Sp. z o.o., należy stwierdzić, iż Odwołujący dokonuje nieuprawnionej interpretacji treści ww. warunku. Uzasadnienie zarzutu nr 3 Odwołujący opiera bowiem na własnej definicji pojęcia „system", wskazując, że (cyt.): „system to nie tylko urządzenia do poboru opłaty ale przede wszystkim system informatyczny, który pozwala na zarządzanie parkomatami online". Następnie Odwołujący, wychodząc od tak sformułowanej definicji systemu, przedstawia szczegółowe rozważania dotyczące charakteru przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu i zamówienia zrealizowanego w ramach umowy nr 28/ZIKiT/2014, co prowadzi go do wniosku, iż zamówienia te dotyczyły zupełnie innych czynności. Tymczasem zarówno z treści umowy nr 28/ZIKiT/2014 (załącznik nr 3 do odwołania), treści referencji wystawionych przez Zarząd Dróg Miasta Krakowa z dnia 14.01.2020r. sygn. NO.055.88.2019/2, oświadczenia ZDMK z dnia 6 kwietnia 2020r., jak i oświadczeń firm KBU Sp. z o.o. i Dropel Sp. z o.o. wynika, że przedmiotem zamówienia zrealizowanego na podstawie umowy nr 28/ZIKiT/2014 była dostawa i montaż urządzeń do poboru opłat, wraz z dostawą i instalacją systemu do zarządzania tymi urządzeniami, kontrola wnoszenia opłat oraz utrzymywanie urządzeń w ciągłej sprawności.
W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że wykonawca tak ujętego zakresu zamówienia musiał zrealizować (i tym samym nabyć doświadczenie) dostawę, montaż i serwisowanie automatów parkingowych pracujących w systemie umożliwiającym zarządzanie nimi — niezależnie od tego, w jakim zakresie wymagane było przekazanie Zamawiającemu dostępu do oprogramowania.

Tym samym, po ustaleniu zakresu faktycznego udziału Wykonawcy KBU Sp. z o.o. w realizacji umowy nr 28/ZIKiT/2014, Zamawiający miał pełne prawo stwierdzić, że Wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego, w brzmieniu przywołanym powyżej.

Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował również szczegółowego zakresu serwisu, który miał być świadczony w ramach zadania stanowiącego podstawę zdobycia doświadczenia przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stąd niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego wskazujące, że zadanie realizowane przez Wykonawcę KBU Sp. z o.o. nie dotyczyło świadczenia usług serwisowych, jeżeli na wykonywanie tego typu usług wskazuje zarówno Wykonawca KBU Sp. z o.o., jak i drugi konsorcjant- Dropel Sp. z o.o. Ponadto sam Odwołujący informuje, iż w ramach realizacji spornego zadania usuwano awarie oraz uszkodzenia parkomatów, realizowano naprawy, wymieniano papier termiczny itp. (źródło informacji - str. 12 odwołania). Wskazane fakty potwierdza również Zarząd Dróg Miasta Krakowa, oświadczając w piśmie z dnia 06.04.2020r. cyt. „umowa 28/ZIKiT/2014 z dnia 21.01.2014r. w zakresie sprawowania stałego nadzoru technicznego urządzeń oraz utrzymania ich w ciągłej sprawności była świadczona terminowo oraz zgodnie z zakresem rzeczowym kontraktu."

Ponadto analiza przedłożonego przez Odwołującego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik do umowy zawartej 21.01.2014r. przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie jednoznacznie wskazuje, iż cyt. „Wykonawca przez cały czas trwania umowy zobowiązany jest dostarczać i wymieniać, bez dodatkowych opłat, wszystkie części zamienne urządzenia, które uległy uszkodzeniu, są wadliwe lub niesprawne. (...) Wykonawca przez cały czas trwania umowy zobowiązany jest do stałego nadzoru technicznego urządzeń, utrzymując je w ciągłej sprawności tak, aby przerwa w działaniu urządzenia w przypadku awarii lub zniszczenia nie była dłuższa niż 5 h." (źródło - strona nr 2 Opisu przedmiotu zamówienia). Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż zadanie realizowane na rzecz Zarządu Dróg Miasta Krakowa obejmowało swoim

zakresem serwis systemu składającego się z minimum 200 automatów parkingowych współpracujących z centrum (systemem) kontroli/ nadzoru i monitoringu w czasie rzeczywistym

(online), obsługujących monety lub elektroniczne instrumenty płatnicze.

Należy wspomnieć również, iż twierdzenia Odwołującego wskazujące, iż przedmiot zamówienia stanowiący podstawę wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie dotyczył dostawy wobec nieprzeniesienia na Zamawiającego posiadania i władztwa faktycznego, nie mają żadnego znaczenia w sprawie. Nadmienić należy bowiem, iż sama definicja dostawy z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, iż należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy i innych dóbr w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją i bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Przywołana definicja dostawy czyni próbę wykazania przez Odwołującego, iż zakres zadania realizowanego na rzecz Zarządu Dróg Miasta Krakowa nie był tożsamy z zakresem przedmiotowym warunku stawianego przez Zamawiającego, bezprzedmiotową".

Wobec powyższego Izba uznała zarzut za chybiony a całą argumentację Odwołującego, łącznie z dowodami potwierdzającymi stawiane tezy, Izba uznał za niezasadną.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 Ustawy w związku z art. 7 ust.1 Ustawy poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy KBU Sp z o.o., mimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego, która to oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, Izba nie stwierdziła powyższych naruszeń.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba nie stwierdziła aby wybór wykonawcy nastąpił w oparciu o inne kryteria oceny ofert, niż te wskazane w ofercie, a także aby rozpoznawane postępowanie prowadzone było z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

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 ust. 1 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

(Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....