

Sygn. akt: KIO 2151/21

WYROK
z dnia 2 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę: **SMART FACTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Kętrzyński z siedzibą w Kętrzynie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o., Lehmann + Partner GmbH, Aspello Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Koninie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **SMART FACTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 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 wykonawcy **SMART FACTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** rzecz zamawiającego: Powiatu Kętrzyńskiego z siedzibą w Kętrzynie kwotę 4 017 zł 90 gr (słownie: cztery tysiące siedemnaście złotych dziewięćdziesiąt groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę;

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2151/21

UZASADNIENIE

Powiat Kętrzyński z siedzibą w Kętrzynie (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie Systemu E-zarządzanie infrastrukturą drogową w Zarządzie Dróg Powiatowych w Kętrzynie wraz z uruchomieniem e-usług; nr referencyjny sprawy: CUW.PK.343.12.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 maja 2021 r. pod nr 2021/BZP 00053320/01.

W dniu 14 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o., Lehmann + Partner GmbH, Aspello Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Koninie** (dalej „Konsorcjum Lehmann” lub „przystępujący”).

W dniu 19 lipca 2021 r. wykonawca: **SMART FACTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego oraz zaniechań tego ostatniego, mających miejsce w ramach prowadzonego postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Lehmann i dokonanie wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę pomimo, że ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum Lehmann oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2021 r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o., Lehmann + Partner GmbH, Aspello Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Koninie**, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp, w dniu 27 sierpnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący, w dniu 30 sierpnia 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po zapoznaniu się z treścią złożonego odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym złożonym przez Konsorcjum Lehmann, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Lehmann, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i którego oferta w ocenie odwołującego winna zostać odrzucona. Tym samym, gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, wykonałby je i osiągnął zysk ekonomiczny z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika postępowania, załączone do pism procesowych, jak też składane na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu w postaci testu, polegającego na weryfikacji poprzez komputer z dostępem do internetu, funkcjonalności systemu dostarczonego przez przystępującego na rzecz Urzędu Miejskiego w Miliczu, jak też na rzecz Urzędu Gminy Oborniki Śląskie na okoliczność udowodnienia, iż systemy przez niego dostarczone, posiadają wszystkie funkcjonalności przez niego deklarowane i są systemami w pełni działającymi przez przeglądarkę. Izba zwraca uwagę, że wprawdzie przepisy ustawy Pzp w art. 528 wymieniają otwarty katalog środków dowodowych w postępowaniu odwoławczym, to jednak przeprowadzenie określonego dowodu ma mieć na celu rozstrzygnięcie wątpliwości, które pojawiły się w toku postępowania odwoławczego, celem prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy. Za jego powołaniem powinny zatem przemawiać racjonalne argumenty, takie jak na przykład rozbieżności pojawiające się w dokumentach, nie zaś wyłącznie chęć zweryfikowania przez podmiot zewnętrzny (w tym przypadku odwołującego) spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stawianych przez zamawiającego.

Nie ma także podstawy do przeprowadzenia takiego dowodu w sytuacji, kiedy odwołujący miał możliwość zastąpienia go innym dowodem - w postaci dowodu z dokumentu. Jeśli bowiem kwestionował treść referencji wystawionych przez Urząd Miasta i Gminy Milicz oraz Urząd Miasta i Gminy Oborniki Śląskie, jak też odpowiedzi udzielone przez te podmioty na pytanie zamawiającego podnosząc, że ich treść nie przesądza czy dostarczone w ramach udzielonych zamówień systemy działają w całości poprzez przeglądarkę - nic nie stało na przeszkodzie aby zwrócić się do tych zamawiających celem wyjaśnienia powstałych u odwołującego wątpliwości i doprecyzowania co wchodziło w zakres przedmiotowych zamówień. Jako niedopuszczalne należy uznać przeprowadzanie na rozprawie dowodów, które mają na celu wyłącznie sanowanie braku dowodu, który strona winna była przedstawić na rozprawie przed Izbą, celem udowodnienia zasadności stawianego zarzutu.

Ponadto Izba zgadza się ze stanowiskiem przystępującego, który zwrócił uwagę, że odwołujący wnioskował o przeprowadzenie testów systemu według sobie tylko znanego scenariusza, w którym rola przystępującego sprowadzałaby się do wykonywania poleceń odwołującego. W takiej sytuacji skład orzekający nie miałby możliwości dokonania rzetelnej i obiektywnej oceny wyników tak przeprowadzonych testów. Nie ulega wątpliwości bowiem, że każdy z uczestników tego eksperymentu przedstawiłby swoją własną interpretację wyników testu, zaś Izba nie posiadając wiadomości specjalnych w tym zakresie - nie miałaby możliwości ich oceny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale IV specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest wdrożenie systemu „E-zarządzanie infrastrukturą drogową w Zarządzie Dróg Powiatowych w Kętrzynie wraz z uruchomieniem e-usług”. Zakres zamówienia obejmuje: (a) wdrożenie systemu zarządzania infrastrukturą drogową, pasem drogi oraz organizacją ruchu na drogach powiatowych podlegających Zarządowi Dróg Powiatowych w Kętrzynie wraz z wykonaniem inwentaryzacji pasa drogowego w ramach projektu „E-zarządzanie infrastrukturą drogową w Zarządzie Dróg Powiatowych w Kętrzynie wraz z uruchomieniem e-usług”; (b) opracowanie i wdrożenie rozwiązań informatycznych z zakresu elektronicznej administracji oraz geoinformacji; (c) cyfryzację baz danych, niezbędną w celu osiągnięcia elektronicznej realizacji e-usług; (d) zakup sprzętu komputerowego oraz oprogramowania systemowego, narzędziowego i dziedzinowego.

Z kolei w Rozdziale VIII zamawiający przewidział jakie warunki musi spełnić wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym w Rozdziale VIII 2.4.1 a) SWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający określił wymóg posiadania przez wykonawcę doświadczenia we wdrożeniu systemu zarządzania infrastrukturą drogową działającego w przeglądarce internetowej. Zgodnie z opisem zamawiający postawił wykonawcy następujące wymagania: (1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał łącznie należycie co najmniej: (a) dwie usługi obejmujące wdrożenie systemu zarządzania infrastrukturą drogową (pozwalającego w szczególności: na automatyczne generowanie książek drogi na podstawie istniejącej ewidencji dróg, przeglądanie fotorejestracji, przeglądanie ewidencji pasa drogowego w formie mapy, zarządzanie zajęciem pasa drogowego, świadczenie e-usług publicznych zintegrowanych e-PUAP) działającego w przeglądarce internetowej (bez konieczności instalowania oprogramowania na komputerach użytkowników, w tym pluginów) w zarządach dróg powiatowych lub u zarządców innych dróg publicznych. Ponadto, w Rozdziale X zamawiający wskazał jakie oświadczenia i dokumenty zobowiązani będą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe), w tym między innymi wymienił wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez

podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - załącznik nr 6 do SWZ (potwierdzenie spełnienia warunku udziału z rozdziału: VIII pkt 2 ppkt 4) 1.) SWZ

Skład orzekający ustalił także, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z których jako najkorzystniejsza, zgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w SWZ, była oferta przystępującego. Tym samym, zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp pismem z 9 czerwca 2021 r. wezwał Lidera Konsorcjum Lehmann do złożenia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 273 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), w tym między innymi zażądał, aby ten przedłożył wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - załącznik nr 6 do SWZ. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedłożył wykaz zrealizowanych przez niego usług, w którym wykazał, na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt 4.1. litera a) SWZ że zrealizował następujące usługi: (1) „Rozwój e-usług wewnątrzadministracyjnych Gminy Milicz. Zakres wykonanych prac obejmuje m.in. wdrożenie systemu zarządzania infrastrukturą drogową (Moduł EDIOM), świadczenie e-usług publicznych zintegrowanych z e-PUAP - działającego w przeglądarce internetowej, Urząd Miasta i Gminy Milicz, termin 05.06.2018 - 07.09.2018; (2) Budowa i wdrożenie Geoportalu Miasta Chorzów wraz z oprogramowaniem dziedzinowym w ramach projektu pn. „Wirtualny Chorzów - internetowa platforma informacji przestrzennej”; usługa zawierała m.in. moduł EDIOM oraz portal e-usług publicznych zintegrowanych z platformą e-puap Urząd Miasta Chorzów; termin realizacji 23.01.2018 - 11.06.2018. Do powyższego Konsorcjum Lehmann załączyło dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówień: referencje wystawione przez Urząd Miasta i Gminy Milicz oraz protokół odbioru, wystawiony przez Miasto Chorzów.

Izba ustaliła także, że zamawiający pismem z 16 czerwca 2021 r. wezwał przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia/ poprawienia przedmiotowego wykazu. Zamawiający uzasadniał, że w przesłanym przez wykonawcę wykazie usług pozytywnie zweryfikowano usługi wykazane w wierszach 1, 2 i 3, wraz z załączonymi dowodami należytego wykonania, jako te które potwierdzają spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie: dwóch usług jako dowód do warunku udziału opisanego w rozdz. VIII pkt 2 ppkt 4.1.b oraz jednej usługi jako dowód do warunku udziału opisanego w rozdz. VIII pkt 2 ppkt 4.1.a SWZ. Z kolei odnośnie usługi wskazanej w wierszu 4 wykazu i opisaną jako: Budowa i wdrożenie Geoportalu Miasta Chorzów wraz z oprogramowaniem dziedzinowym w ramach projektu pn. „Wirtualny Chorzów - internetowa platforma informacji przestrzennej” zamawiający sformułował wątpliwości. Wskazał, że usługa została zweryfikowana negatywnie, bowiem z zapisów wykazu (w kolumnie 2 zamawiający żądał informacji: „Przedmiot usługi z dokładnym opisem potwierdzającym spełnianie warunku opisanego w rozdz. VIII 2 pkt 2 ppkt 4.1. SWZ”) ani też z załączonego przez wykonawcę „Protokołu odbioru końcowego” nie wynika wprost, że wskazana usługa została wykonana w zakresie wskazanym w rozdz. VIII pkt. 2 ppkt. 4.1.a SWZ. Poza tym, zgodnie z postanowieniami rozporządzenia ministra rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy § 9 ust. 1 pkt 2 usługa ta jest sprzed dłuższego okresu niż żądane trzy lata. W wykazie usług wykonawca jednoznacznie wpisał, że daty wykonania zamówienia (początkowa i końcowa) to 23.01.2018 r. - 11.06.2018 r. i potwierdził to dowodem - protokołem odbioru końcowego z dnia 11.06.2018 r., zatem usługa z dotyczącymi jej dowodami przesłanymi 15.06.2021 r. nie spełnia warunku art. 274 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego aktualności na dzień złożenia. W tej sytuacji zamawiający uznał, że nie można wziąć pod uwagę wyżej omówionej usługi jako potwierdzającej spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Konsorcjum Lehmann uzupełniło, pismem z 18 czerwca 2021 r. przedmiotowy wykaz usług o następujące usługi, na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt 4.1. SWZ litera a): (1) Budowa i wdrożenie Geoportalu Miasta Chorzów wraz z oprogramowaniem dziedzinowym w ramach projektu pn. „Wirtualny Chorzów - internetowa platforma informacji przestrzennej”. Usługa zawierała m.in. moduł EDIOM oraz portal e-usług publicznych zintegrowanych z platformą e-puap, termin realizacji 23.01.2018 r. - 11.06.2018 r. Urząd Miasta Chorzów; (2) Dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania komputerowego oraz zorganizowanie szkoleń w ramach projektu pn. Rozwój elektronicznych usług publicznych w gminie Oborniki Śląskie”. Zakres wykonany prac obejmuje m.in. wdrożenie systemu zarządzania infrastrukturą drogową (Moduł EDIOM), świadczenie e-usług publicznych zintegrowanych z e-PUAP - działającego w przeglądarce internetowej, Gmina Oborniki Śląskie, termin realizacji usług 12.07.2019 r.- 31.10.2019 r. Jako potwierdzenie, że usługi zamieszczone w wykazie zostały zrealizowane należycie przystępujący załączył: referencje wystawione przez Urząd Miasta i Gminy Milicz, protokół odbioru, wystawiony przez Miasto Chorzów oraz referencje wystawione przez Urząd Miasta i Gminy Oborniki Śląskie.

Ponadto z akt sprawy wynika, że odwołujący w piśmie z 23 czerwca 2021 r. sformułował zarzuty i wątpliwości dotyczące spełnienia przez Konsorcjum Lehmann warunku udziału w postępowaniu, zawartego w SWZ pkt. VIII 2.4.1 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. posiadania doświadczenia we wdrożeniu systemu zarządzania infrastrukturą drogową działającego wyłącznie w przeglądarce internetowej. Jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, celem wyjaśnienia powstałych wątpliwości, działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zwrócił się pismem z 29 czerwca 2021 r.

do podmiotów wystawiających referencje, celem rozwiania wyżej sformułowanych wątpliwości. W odpowiedzi na powyższe Urząd Miejski w Miliczu, w odpowiedzi udzielonej drogą mailową w dniu 5 lipca 2021 r. potwierdził, że w ramach umowy IF.272.9.2018 zawartej dnia 5 czerwca 2018 r. na „Rozwój e-usług wewnątrzadministracyjnych Gminy Milicz” wykonano i wdrożono system informatyczny, który działa w przeglądarce internetowej, bez konieczności

instalowania oprogramowania na komputerach użytkowników, w tym pluginów. Warunek ten zawarty był w zapisach SIWZ: "Wszystkie moduły systemu powinny być dostępne przez sieć web bez potrzeby instalowania dodatkowych wtyczek" - Punkt 3 "Wymogi w zakresie architektury rozwiązania systemowego" podpunkt 5. (str. 5). Z kolei Urząd Miejski w Obornikach Śląskich, odpowiadając na pismo zamawiającego, w mailu z 5 lipca 2021 r. poinformował, że firma Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. realizowała na podstawie umowy nr 126/ 2019 z dnia 12 lipca 2019 r. zadanie pn. „Dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania komputerowego oraz zorganizowanie szkoleń w ramach projektu pn. Rozwój elektronicznych usług publicznych w Gminie Oborniki Śląskie, w związku z czym wdrożyła system informatyczny ewidencji dróg, który działa w przeglądarce internetowej (bez konieczności instalowania oprogramowania na komputerach użytkowników, w tym pluginów).

Niezależnie od powyższego zamawiający zwrócił się także w piśmie z 1 lipca 2021 r. do przystępującego, powołując się na przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wzywając go do wyjaśnienia wątpliwości odnośnie zrealizowanych przez niego zamówień tj. czy wdrożone przez niego w wykazanych zamówieniach rozwiązania w całości (rozd. VIII pkt 2 ppkt 4.1a SWZ: automatyczne generowanie książek drogi na podstawie istniejącej ewidencji dróg, przeglądanie fotorejestracji, przeglądanie ewidencji pasa drogowego w formie mapy, zarządzanie zajęciem pasa drogowego, świadczenie e-usług publicznych zintegrowanych z e-PUAP) działają wyłącznie w przeglądarce internetowej, bez konieczności instalowania oprogramowania na komputerach użytkowników, w tym pluginów, w zarządach dróg powiatowych lub u zarządców innych dróg publicznych, co mogą potwierdzić użytkownicy tego rozwiązania. W piśmie z 6 lipca 2021 r. Konsorcjum Lehmann oświadczyło, że systemy do zarządzania infrastrukturą drogową wdrożone w Urzędzie Miasta i Gminy w Miliczu oraz Gminie Oborniki Śląskie działają wyłącznie w przeglądarce internetowej, bez konieczności dodatkowego instalowania oprogramowania na komputerach użytkowników, w tym pluginów. Jednocześnie przystępujący wskazał, że w celu potwierdzenia składanych powyżej wyjaśnień niezwłocznie po otrzymaniu wezwania, wystąpił do zamawiających/ użytkowników tego rozwiązania o wystawienie stosownych poświadczeń. W konsekwencji kopię poświadczenia wystawionego przez Urząd Miasta i Gminy Milicz złożył w załączeniu do pisma, natomiast w odpowiedzi na wniosek dotyczący ww. poświadczenia skierowany do Gminy Oborniki Śląskie uzyskał informację, iż odpowiedź w przedmiotowym zakresie została udzielona bezpośrednio do zamawiającego.

Izba, mając na uwadze powyższe ustalenia, jak też uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę okoliczności i zarzuty podniesione w odwołaniu stwierdziła, że ustalony stan rzeczy powoduje, że odwołanie należało oddalić ze względu na dyspozycję art. 554 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie wtedy, kiedy stwierdzi takie naruszenia przepisów ustawy które mają lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący sformułował zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b stwierdzając, że ten w sposób nieuzasadniony dokonał wyboru oferty Konsorcjum Lehmann pomimo, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu. Zdaniem odwołującego, co wynika z podmiotowych środków dowodowych, przystępujący nie spełnia warunku postawionego przez zamawiającego w postępowaniu, zawartego w SWZ pkt. VIII 2.4.1 a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. posiadania doświadczenia we wdrożeniu systemu zarządzania infrastrukturą drogową działającego wyłącznie w przeglądarce internetowej. Warunek ten został postawiony w SWZ a następnie potwierdzony przez zamawiającego w odpowiedzi nr 1 na wniosek w sprawie wyjaśnienia SWZ z dnia 18 maja 2021 r., w którym zamawiający jednoznacznie przesądził, że nie dopuszcza rozwiązań typu desktop.

Co istotne, odwołujący swoje zarzuty w zakresie dotyczącym tego jakim systemem dysponuje Konsorcjum, a w konsekwencji jakiego rozwiązania dotyczyły referencje wystawione przez zamawiających: Gminę Oborniki Śląskie oraz Gminę Milicz opierał na informacjach, które pozyskał w oparciu o powszechnie dostępne źródła tj. analizę innych postępowań, w których uczestniczyli Lider Konsorcjum lub Partnerzy Konsorcjum, a także poprzez weryfikację oferowanych przez członków Konsorcjum usług na ich stronach internetowych (wydruki ze stron internetowych przedłożył jako dowód w sprawie). Powyższe, w ocenie Izby, nie przesądza jaki system został zaoferowany i wdrożony w gminach Milicz i Oborniki Śląskie a to jest kluczowe do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W konsekwencji stwierdzić należy, że wywody odwołującego dotyczące tego, że oferta Lidera Konsorcjum (Lehman + Partner Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie) opiera się o rozwiązanie desktopowe pn. „Roadman” a tylko część jego zasobów prezentowana jest za pomocą przeglądarki internetowej poprzez aplikację LP - Portal, nie mogą być uznane za istotne w niniejszej sprawie.

Jak wyjaśnił przystępujący, a odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodów przeciwnych, rozwiązania wdrożone w tych gminach, których referencje przystępujący przedłożył, opierały się na programie Netgis, a ten w całości działa w przeglądarce internetowej, bez konieczności instalowania oprogramowania na komputerach użytkowników. Z kolei oprogramowanie Rodman i LP-Portal, na które wskazywał odwołujący stanowiły w tym zamówieniu dodatek w tym znaczeniu, że były nakierowane głównie na prezentację danych użytkownikom zewnętrznym, zaś w zakresie użytkowników wewnętrznych miały na celu zwiększenie bezpieczeństwa danych oraz zapewnienie dostępu do nich w sytuacjach awaryjnych oraz utrzymanie ciągłości zarządzania infrastrukturą drogową.

Podobnie dowód odwołującego w postaci informacji z dnia 18 marca 2021 r. z „Zawiadomienia o odrzuceniu oferty” wykonawcy Lehman + Partner Polska Sp. z o.o. z postępowania prowadzonego przez Powiat Wrocławski wraz z przyczynami odrzucenia oferty, z treści którego wynika, że w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Wrocławski oferta złożona przez Lehman + Partner Polska Sp. z o.o. została odrzucona w wyniku weryfikacji funkcjonalności oferowanego systemu, przeprowadzonej przez zamawiającego poprzez przeprowadzenie testu oferowanego rozwiązania - nie może być uznana jako dowód na okoliczność, że warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu nie został przez przystępującego spełniony. Jak sam wskazał odwołujący Powiat Wrocławski, w uzasadnieniu do odrzucenia oferty wskazał w pkt. 3 - Scenariusz 3: Zajęcie pasa oraz Scenariusz 8: Zarządzanie szablonami pism, iż scenariusz prezentowany był przez Lehman + Partner Polska Sp. z o.o. przy wykorzystaniu odrębnego oprogramowania desktopowego pn. „Roadman”. Ponadto Scenariusz 9: Zarządzanie objazdami dróg wykazał, że System nie umożliwia definiowania tras i harmonogramów poprzez oprogramowanie

działające przez przeglądarkę internetową. Przedmiotem badania była zatem próbka oprogramowania, zaferowanego w postępowaniu, która nie spełniała wymagań zamawiającego w nim opisywanych. Nie sposób jednak wywodzić na tej podstawie, że takie samo rozwiązanie, oparte na tych samych narzędziach i systemach było przedmiotem oferty i wdrożone w gminach Milicz i Oborniki Śląskie.

Ponadto, jak słusznie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie członkami konsorcjum, które brało udział w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Wrocławski, były inne podmioty niż członkowie konsorcjum biorący udział w przedmiotowym postępowaniu. Trafnie dostrzegł także, że w formularzu oferty przystępujący nie zadeklarował jakie konkretnie rozwiązanie oferuje, gdyż zamawiający takich wymagań w tym zamówieniu nie postawił, nie sposób zatem stwierdzić, że jest to rozwiązanie tożsame do oferowanego przez przystępującego w postępowaniu dla Powiatu Wrocławskiego. W konsekwencji odnoszenie rozwiązania oferowanego w postępowaniu dla Powiatu Wrocławskiego do rozwiązania zaferowanego w tym postępowaniu i wywodzenie dodatkowo na tej podstawie, że każde dostarczane rozwiązanie oparte jest na tych samych narzędziach - jest nieuprawnione.

W tym miejscu przypomnieć należy, na co Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. W myśl zaś art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16 - wydany na gruncie dawnego przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08), w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem, obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W niniejszej sprawie zamawiający dokonał oceny czy przystępujący spełnia warunki postawione przez zamawiającego, zawarte w SWZ pkt. VIII 2.4.1 a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. posiadania doświadczenia we wdrożeniu systemu zarządzania infrastrukturą drogową działającego wyłącznie w przeglądarce internetowej, opierając się o treść następujących dokumentów zgromadzonych w postępowaniu: wykaz usług (złożony przez przystępującego z 18 czerwca 2021 r.); referencji Gminy Oborniki Śląskie z 11 czerwca 2021 r.; referencji Gminy Milicz z 11 czerwca 2021 r.; pisma Gminy Oborniki Śląskie skierowanego do zamawiającego z 28 czerwca 2021 r. (znak IR.7021.127.2021); pisma Gminy Milicz z 5 lipca 2021 r. do Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. (znak IFE.7010.2021). W świetle tych dokumentów nie ulega wątpliwości, że potwierdziło się, że warunek w brzmieniu wynikającym z treści SWZ - został spełniony.

Odwołujący z kolei ograniczył się jedynie do ogólnikowego i lakonicznego twierdzenia, że oferowane przez przystępującego rozwiązanie nie działa wyłącznie w przeglądarce internetowej, ale wymaga w części stosowania rozwiązania typu desktop, czego zamawiający nie dopuścił. Nie odnosił się jednak w szczególności do zamówień wymienionych w treści wykazu, ale prezentował rozwiązania, które oferuje na rynku przystępujący. Nie przedstawił też żadnych dowodów, które potwierdzałyby zasadność postawionych zarzutów, koncentrując się jedynie na kwestionowaniu prawidłowości działań zamawiającego, który dokonał szczegółowej weryfikacji pod kątem spełnienia przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu, w tym zwracając się bezpośrednio do podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane. Co istotne odwołujący nie kwestionował również wiarygodności i prawdziwości oświadczeń zawartych w pismach: Gminy Oborniki Śląskie skierowanego do zamawiającego z 28 czerwca 2021 r. oraz Gminy Milicz z 5 lipca 2021 r. do Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o., które potwierdzały, że warunek opisany w SWZ - został przez przystępującego spełniony.

Mając na uwadze powyższe - Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....