Sygn. akt: KIO 210/23

WYROK

z 6 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 6 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 stycznia 2023 r. przez odwołującego: City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy przy udziale wykonawcy PM3D S.A. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr I lit. a) i b), II i III lit. a) odwołania.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu i 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.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 210/23

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Utrzymanie w stałej sprawności technicznej urządzeń poboru opłat w Strefie Płatnego Parkowania w Bydgoszczy w 2023 r.”, numer referencyjny: 074/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00512051/01.

23 stycznia 2023 r. wykonawca City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

I. art. 239 Pzp przez przedwczesny wybór oferty wykonawcy PM3D S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Przystępujący) jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający zaniechał wyjaśnienia okoliczności istotnych dla oceny, czy oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu, w szczególności w zakresie:

a) możliwości wystąpienia rażąco niskiej istotnej części składowej ceny, odnoszącej się do dzierżawy i utrzymania w stałej sprawności technicznej 1 sztuki urządzenia poboru opłat,

b) wystąpienia znamion złożenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny,

c) możliwości wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przez Przystępującego, w szczególności w zakresie realnej możliwości serwisu urządzeń starszego typu, w których posiadaniu jest Zamawiający, w sytuacji wykazania przez Przystępującego doświadczenia wyłącznie w obsłudze parkomatów nowego typu, które w porównaniu do parkomatów Siemens Sity 5 oraz KZŁ Locomat p700 można uznać za „bezobsługowe”;

II. art. 224 ust. 1 Pzp, przez bezpodstawne przyjęcie, że istotna część składowa ceny w postaci kosztu dzierżawy i utrzymania 1 szt. urządzenia do poboru opłat nie została określona w sposób rażąco niski i nie budzi wątpliwości, w sytuacji gdy była ona taka

sama jak przyjęta dla zakresu samego utrzymania urządzeń będących w posiadaniu Zamawiającego i jednocześnie niższa o niemal 80% od wartości szacunkowej ustalonej w tej części przez Zamawiającego i niemal 65% od średniej

arytmetycznej cen złożonych ofert, czego skutkiem było zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowości ceny oferty,

III. art. 223 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących:

a) możliwości złożenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy cena zaoferowana za zakres obejmujący dzierżawę i utrzymanie w stałej sprawności technicznej 1 sztuki urządzenia poboru opłat była równa cenie za zakres obejmujący wyłącznie samo utrzymanie urządzeń będących w posiadaniu Zamawiającego,

b) możliwości wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie faktycznej możliwości utrzymania sprawności urządzeń będących w posiadaniu Zamawiającego, gdy z przedstawionych na wezwanie podmiotowych środków dowodowych wynikało, że doświadczenie Przystępującego opierało się o urządzenia nowszego typu, dla których nie jest konieczne wykonywanie skomplikowanych czynności serwisowych obligatoryjnych dla parkomatów produkcji KZŁ i Siemens, które posiada Zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

b) ponowienia procedury badania i oceny ofert, w tym przeprowadzenia czynności wyjaśniających względem oferty Przystępującego w postaci:

- wezwania w trybie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny oferty w postaci kosztu dzierżawy i utrzymania 1 szt. urządzenia do poboru opłat,

- wezwania w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowości określenia ceny oferty w zakresie obejmującym dzierżawę i utrzymanie urządzeń,

- wezwania w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia i Projektem umowy.

30 stycznia 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że:

1) „uznaje zarzuty odwołującego się do zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 i 224 Pzp odnośnie części składowych oferowanej ceny i wnosi o umorzenie w tym zakresie postępowania odwoławczego,

2) wnosi o oddalenia zarzutu odwołującego się do braku po stronie wykonawcy PM3D S.A. doświadczenia pozwalającego na realną możliwość serwisowania parkomatów, będących przedmiotem zamówienia.

W następstwie uznania zarzutów zgodnie z pkt 1 niniejszej odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający zobowiązany będzie unieważnić czynność wyboru oferty, wezwać wykonawcę PM3D S.A. do założenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp (możliwość błędu w obliczeniu ceny) oraz w trybie art. 224 ust. 1 (możliwość zaoferowania rażąco niskiej ceny). Wszystko to oznacza uznanie odwołania we wskazanej części i wyczerpuje w tej części wnioski Odwołującego się”.

6 lutego 2023 r. na posiedzeniu niejawnym Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego we wskazanym wyżej zakresie.

W uzasadnieniu nieuwzględnionych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Przedmiotem postępowania jest:

1) usługa utrzymania w stałej sprawności technicznej 101 szt. parkomatów typu Locomat P700 oraz 101 parkomatów typu Simens - Sity 5 z funkcją poboru opłat w Strefie Płatnego Parkowania w Bydgoszczy będących własnością Zamawiającego;

2) dzierżawa Zamawiającemu wraz z utrzymaniem 19 szt. parkomatów z funkcją poboru opłat.

Obecnie usługa świadczona jest przez Odwołującego. Sposób świadczenia usługi opisany został przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia oraz w Projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ.

Opis przedmiotu zamówienia różnicuje obowiązki wykonawcy w zakresie utrzymania sprawności urządzeń będących w posiadaniu Zamawiającego i urządzeń, które mają zostać przez wykonawcę wydzierżawione. Obowiązki te z oczywistych względów są różne – szersze w zakresie urządzeń wydzierżawianych, które muszą zostać do Zamawiającego

dostarczone i w odpowiedni sposób zamontowane i dla których Wykonawca musi uruchomić system nadzoru lub włączyć te parkomaty do systemu obecnie użytkowanego przez Zamawiającego, a następnie przeprowadzić szkolenie pracowników Zamawiającego w zakresie obsługi dostarczonego systemu lub integracji z systemem obecnie użytkowanym przez Zamawiającego.

Dostarczenie urządzeń do poboru opłat, a następnie utrzymywanie urządzeń, które były przedmiotem dostawy nie będzie

stanowiło problemu. Serwisowanie i obsługa urządzeń firm trzecich, nie zawsze jest możliwa przez każdego Wykonawcę. Z treści złożonych podmiotowych środków dowodowych wynikało, że Przystępujący opierał się na parkomatach nowego typu, których obsługa i wymagane czynności serwisowe stanowią katalog znacznie węższy od stawianego w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. Powinno budzić to poważne wątpliwości co do fizycznej możliwości wykonania zamówienia przez Przystępującego.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp Zamawiający ma prawo do żądania od wykonawców w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Mimo, że przepis ten ma charakter uprawnienia, to jednak podłożem jego istnienia jest obowiązek Zamawiającego w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania.

W ocenie Odwołującego Przystępujący nie posiada technicznych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest aktualnie właścicielem 101 sztuk parkomatów Siemens Sity 5 oraz 101 szt. parkomatów KZŁ Locomat p700. Są to parkomaty starszej generacji, które wymagają prowadzenia innych czynności serwisowych niż parkomaty nowej generacji, na których - wedle wiedzy Odwołującego - pracuje Przystępujący.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postepowaniu w zakresie doświadczenia Przystępujący wskazał inwestycję i dołączył referencje oraz umowę, wskazujące, że wykonawca świadczy serwis parkomatów o modelu Parkeon Strada Evo I oraz Parkeon Strada Evo II, a więc parkomatów nowszej generacji niż będące w posiadaniu Zamawiającego. W formularzu ofertowym Przystępujący wskazał, że nie będzie korzystał z usług podwykonawców, a więc należało przyjąć, że zamierza samodzielnie wykonać cały zakres zadania.

Przystępujący z uwagi na brak doświadczenia nie będzie jednak w stanie prawidłowo zrealizować serwis parkomatów starszego typu, które są w posiadaniu Zamawiającego.

Parkomary Siemens nie zostały wyposażone w ładowanie za pomocą solarów, natomiast parkomaty KZŁ posiadają solary ale nie doładowują one akumulatorów - jedynie podtrzymują zasilanie co w efekcie działa tak jakby ich nie było. Powyższe wiąże się z koniecznością systematycznej wymiany akumulatorów na nowe – naładowane. Natomiast parkomaty Parkeon, wykorzystywane na inwestycji wskazanej w wykazie usług, wyposażone są w solary, dzięki którym brak jest konieczności wymiany akumulatorów. Jest to istotna zmiana

zakresu serwisu, względem wymagań które będzie musiał spełnić Wykonawca inwestycji będącej przedmiotem odwołania. Zamawiający mając takie informacje nie zweryfikował, czy Przystępujący dysponuje odpowiednimi umiejętnościami oraz zapleczem technicznym celem każdorazowego ładowania akumulatorów.

Każdy model parkomatu różni się sposobem wykonywania kolekcji monet. W parkomatach KZŁ kolekcja monet wykonywana jest przy użyciu logowania się kartą kasjera. W przypadku parkomatów Siemens kasetka kolekcyjna wymontowywana jest z urządzenia i kolekcja bilonu odbywa się przez fizyczna wymianę kasetki kolekcyjnej. W przypadku parkomatów Parkeon, do parkomatu podpinana jest zewnętrzna kaseta kolekcyjna do przedziału skarbca zamontowanego na stałe w urządzeniu.

Kolejna różnica występuje w zakresie podzespołów poszczególnych parkomatów. Szereg podzespołów parkomatów KZŁ wymaga specjalistycznej wiedzy odnośnie usterek m.in. z uwagi na fakt, że sam producent tych urządzeń zaniechał szeregu napraw/wymian ze względu na brak dostępności bądź brak części zamiennych. Drukarki producenta parkomatów KZŁ mają inną budowę niż drukarki Parkeon –model ten nie występuje nawet w parkomacie Siemens. Dodatkowo selektory jak i szczeliny monet, mimo że podobne budową i możliwością wykorzystania ich miedzy sobą – w parkomatach Siemens i KZŁ - to nie są kompatybilne z parkomatami Parkeon.

Każdy parkomat ma inne technologiczne rozwiązanie logowania się do urządzeń. W przypadku parkomatów KZŁ logowanie do menu parkomatu odbywa się za pomocą karty serwisowej. W przypadku parkomatów Siemens również za pomocą karty serwisowej należy zalogować się do menu, w którym dokonuje się zmian m.in. czasu oraz daty, które ze względu na brak stałej zdalnej łączności nie są zsynchronizowane, a potrafią się rozsynchronizować.

Powyższe różnice wskazują, że o ile usługa wskazana literalnie w wykazie usług potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, czego Odwołujący nie kwestionuje, to budzi wątpliwości co faktycznej możliwości wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Obsługa parkomatów Parkeon obejmuje znacznie węższy zakres czynności, które muszą zostać manualnie wykonane przez podmiot je obsługujący. Urządzenia wykorzystywane przez Zamawiającego wymagają nie tylko znacznie większego zaangażowania, ale również odpowiednej bazy sprzętowej, która pozwoli m.in. na ładowanie pustych akumulatorów i zapewnienie sprawnej ich wymiany tak, aby praca urządzeń nie doznawała przestojów.

Z tego względu w ocenie Odwołującego konieczne wydaje się zbadanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp przez Zamawiającego możliwości wykonania zamówienia przez Przystępującego. Tryb ten m.in. do takich celów został w ustawie uwzględniony. Zaniechanie podjęcia

czynności wyjaśniających może skutkować udzieleniem zamówienia, które nie będzie mogło zostać zrealizowane zgodnie z jego celem.

W odpowiedzi na odwołanie z 30 stycznia 2023 r. Zamawiający w zakresie zarzutów nieuwzględnionych wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Parkomaty są jednym z popularnych i powszechnie używanych w Polsce przykładów biletomatów - automatycznych urządzeń służących do bezobsługowego pobierania opłat za postój pojazdów na płatnych, wydzielonych parkingach lub w strefach płatnego parkowania.

Opis Przedmiotu Zamówienia, szczegółowo określa wymagania Zamawiającego oraz urządzenia wymagające stałego utrzymania w sprawności technicznej. Przystępujący, który wykazał, że posiada doświadczenie w zakresie wymaganym SWZ, składając ofertę oferuje wykonywanie zamówienia zgodnie z wymogami i potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący miał możliwość wniesienia odwołania przeciwko treści warunków udziału w postępowaniu, ale z niej nie skorzystał w przysługującym mu, ustawowym terminie co znaczy, że nie znając wyniku przetargu uznał opis warunku doświadczenia wykonawcy za właściwy. Spełnienie warunku przez Przystępującego skutkowało wyborem oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W zakresie zarzutów nr I lit. a) i b), II i III lit. a) odwołania Izba stwierdziła, że spełnione zostały przesłanki obligujące Izbę do umorzenia postępowania w ich zakresie. Zamawiający uwzględnił wskazane zarzuty, a Przystępujący nie skorzystał z możliwości wniesienia sprzeciwu, co do uwzględnienia.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ,

2. oferty Przystępującego,

3. dokumentów złożonych przez Przystępującego na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Między stronami nie było sporu, co do faktu, że Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią SWZ: (Rozdział XVIII. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu) Zamawiający ustanowił następujące wymogi dotyczące sposobu wykazania się przez wykonawców dysponowaniem niezbędnym doświadczeniem na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia:

1. „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

1) doświadczenia wykonawcy

Wykonawca zobowiązany jest wykazać się wykonaniem a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi świadczonej przez kolejne 6 miesięcy, w zakresie dotyczącym utrzymania w stałej sprawności technicznej min. 100 parkomatów z funkcją poboru opłat , wykonanej w ramach jednego zamówienia. W przypadku wskazania usługi (trwającej), należy wskazać część usługi faktycznie zrealizowanej w celu potwierdzenia spełnienia warunku.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 58 UPZP (np. konsorcjum, spółka cywilna) ww. warunek udziału w postępowaniu spełniają następująco: przynajmniej jeden z tych wykonawców musi posiadać doświadczenie

w w/w zakresie, z tym, że wymóg posiadania tego doświadczenia dotyczy wykonawców zamierzających bezpośrednio realizować zamówienie.

2. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach opisanych

w art. 118–123 Pzp. (…).

3. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania

przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

4. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert

nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

5. W odniesieniu do warunku doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (…).

6. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia".

W SWZ brak jest innych postanowień, z których można wywodzić dodatkowe obowiązki wykonawców w zakresie wykazania się zdolnościami technicznymi, doświadczeniem czy faktycznymi umiejętnościami pracy przy parkomatach, których dotyczy zamówienia.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że nieuwzględnione przez Zamawiającego zarzuty odwołania są niezasadne.

Źródłem obowiązków wykonawców biorących udział w postępowaniu oprócz przepisów prawa powszechnie obowiązującego są oczywiście postanowienia SWZ wraz z załącznikami.

Co za tym idzie nie ma podstawy oczekiwać, że wykonawca wykaże, że dysponuje

określonymi cechami czy zdolnościami w sytuacji, gdy obowiązek takiego wykazania nie został określony w treści SWZ. Przystępujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu

i było to wystarczające do uznania, że dysponuje on niezbędnymi umiejętnościami do realizacji przedmiotu zamówienia. Rzeczywiste umiejętności wykonawcy podlegać będą weryfikacji

w toku realizacji przedmiotu zamówienia jeżeli Zamawiający zawrze z nim umowę. Zamawiający nie mógłby jednak wezwać Przystępującego do wyjaśnień treści oferty w sposób oczekiwany przez Odwołującego – Przystępujący musiałby wykazać, że spełnia wymogi, których nie ma w SWZ. Oznaczałoby to w praktyce doprecyzowanie i zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia na etapie po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: …….....……..……