Sygn. akt KIO 1204/23

WYROK

z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę GMV INNOVATING SOLUTIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Stowarzyszenie Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie,

przy udziale wykonawcy MERA-SERWIS SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania i nakazuje zamawiającemu – Stowarzyszeniu Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie:

   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim.

   1.2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) wezwanie wykonawcy MERA-SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalności oferowanego urządzenia określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Stowarzyszenie Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie i:

   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę GMV INNOVATING SOLUTIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

   3.2. Zasądza od zamawiającego – Stowarzyszenia Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie na rzecz odwołującego – wykonawcy GMV INNOVATING SOLUTIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) 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: ……..……..

Uzasadnienie

Szczecińskie Centrum Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż urządzeń związanych z integracją transportu w projekcie Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273, 351”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lutego 2023 r., pod numerem 2023/S 040-115907.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca GMV INNOVATING

SOLUTIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej jako „wykonawca MERA-SERWIS").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS mimo, iż wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niska cenę (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który polegał na sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co także stanowi naruszenie interesu innych wykonawców oraz Zamawiającego (zarzut nr 2),

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS mimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia polegającą na tym, że wykonawca MERA-SERWIS nie złożył Specyfikacji technicznej potwierdzającej właściwości i funkcjonalności w zakresie wymagań szczególnych zgodnie z warunkami określonymi w Opisie

Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ"), podczas gdy wszelkie wskazane w OPZ funkcjonalności są funkcjonalnościami minimalnymi – zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, pytanie nr 20 (zarzut nr 3),

4) art. 16 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS pomimo zaistnienia okoliczności, w skutek których oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona przez Zamawiającego (zarzut nr 4).

Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę powyższych zarzutów Odwołujący sformułował zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy PZP w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MERA-SERWIS do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z uwagi na fakt, że z Referencji przedstawionych przez wykonawcę MERA-SERWIS nie wynikało, aby zrealizował dostawę biletomatów w przeszłości, podczas gdy posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w tym zakresie warunkowało udział w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie skierowania do wykonawcy MERA-SERWIS wezwania do wykazania się inną realizacją w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia innych referencji, z których wynikałoby, że wykonawca ten zrealizował dostawę biletomatów w okresie ostatnich 5 lat (zarzut ewentualny).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania,

3) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Następnie w dniu 15 maja 2023 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Odwołujący wycofał swoje odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2, natomiast podtrzymane zostały zarzuty nr 3 i 4 i zarzut ewentualny odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego niezgodności z warunkami zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS Odwołujący wskazał, że według Rozdziału IX ust. 2 pkt. 7 SWZ w celu potwierdzenia, że oferowane biletomaty spełniają określone przez

Zamawiającego wymagania, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych, potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalność określone w OPZ. Odwołujący zauważył, że skoro rozdział 1 OPZ (str. od 2 do 21) otrzymał tytuł "I. Minimalne parametry techniczne i funkcjonalności Automatów Stacjonarnych", to można wyciągnąć z tego wniosek, iż wszystkie opisane w tym rozdziale parametry techniczne stanowiły elementy minimalne i konieczne do podania w celu weryfikacji zgodności oferty z OPZ, a tym samym z SWZ. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że jeden z wykonawców zadał Zamawiającemu pytanie nr 20 do treści SWZ wnosząc o doprecyzowanie, które z właściwości i funkcjonalności określonych w OPZ Zmawiający uważa za minimalne, które należy wskazać ze składaną wraz z ofertą Specyfikacją techniczną oferowanych biletomatów, jak również czy po wskazaniu przez Zamawiającego katalogu minimalnych właściwości i funkcjonalności należy rozumieć, iż Zamawiający oczekuje od wykonawcy w dostarczanych biletomatach spełniania tylko tych parametrów, a pozostałe wskazane w OPZ, ale będące poza katalogiem właściwości minimalnych wykonawca może zastosować dobrowolnie? Na tak zadane pytanie Zamawiający udzielił wyjaśnień, iż wszelkie wskazane w OPZ funkcjonalności są funkcjonalnościami minimalnymi. Odwołujący zauważył, że przedłożona przez wykonawcę MERA-SERWIS wraz z ofertą Specyfikacja techniczna nie spełnia tak określonych wymogów przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż jest to specyfikacja szczątkowa, określająca jedynie niewielką liczbę parametrów technicznych urządzeń mających

stanowić przedmiot dostawy, a w odniesieniu do elementów wskazanych w specyfikacji nie zawiera precyzyjnych i jednoznacznych informacji, które umożliwiałyby Zamawiającemu zweryfikowanie zgodności oferowanych urządzeń ze wszystkimi wymogami określonymi w OPZ w rozdziale „I. Minimalne parametry techniczne i funkcjonalności Automatów Stacjonarnych".

Niezależnie od tego Odwołujący podniósł, że oprócz tego, że Specyfikacja techniczna nie zawiera wszystkich wymaganych w SWZ elementów i informacji, nie uwzględnia ona przede wszystkim elementów, które są istotne i niezbędne do oceny zgodności z SWZ, a które zarazem stanowią funkcjonalności minimalne biletomatów. Do elementów tych Odwołujący zalicza m. in.:

- możliwość obsługi elektronicznej portmonetki, karty miejskiej, SKA i in.: biletomat musi być przystosowany do doładowań biletów okresowych, środków na e-portmonetkę, zakupu biletu jednorazowego – wykonawca MERA-SERWIS nie wskazał obsługi przez biletomat elektronicznej portmonetki, karty miejskiej SKA funkcjonującej w Szczecinie,

- możliwość samodzielnego generowania przez ZDiTM raportów w dowolnej chwili

z wykorzystaniem dostarczonej przez wykonawcę aplikacji lub w przypadku pełnej integracji z systemem ZDiTM możliwość samodzielnego generowania przez ZDiTM raportów w dowolnej chwili z wykorzystaniem istniejącego systemu – wykonawca MERA-SERWIS nie wskazał które z rozwiązań zamierza zastosować w oferowanym rozwiązaniu,

- odczyt danych z karty mikroprocesorowej w zgodności ze standardem ISO 7816 – wykonawca MERA-SERWIS nie potwierdził obsługi przez biletomat kastr mikroprocesorowych zgodnie z ISO 7816,

- papier podawany z rolki – wykonawca MERA-SERWIS nie potwierdził obsługi przez drukarki biletomatu papieru w rolce,

- kontrola ilości papieru na podajniku i przekazywanie raportu do Centralnego Sytemu Kupującego – wykonawca MERA-SERWIS nie potwierdził wyposażenia biletomat w mechanizm kontroli ilości papieru z przekazywaniem tej informacji do systemu centralnego,

- masa automatu nie przekracza 400 kg – wykonawca MERA-SERWIS nie wskazał maksymalnej masy oferowanego biletomatu,

- automat umożliwia zaprogramowanie co najmniej 100 różnych rodzajów biletów papierowych – wykonawca MERA-SERWIS nie potwierdził funkcjonalności dla oferowanego biletomatu,

- oprogramowanie musi umożliwiać obustronną komunikację (integrację) z posiadanym przez ZDiTM systemem informatycznym w zakresie sprzedanych, skasowanych, zakodowanych biletów jednorazowych i okresowych, ważnych i zastrzeżonych kart SKA oraz umożliwiać jednostronne przekazywanie danych sprzedażowych do systemu finansowo-księgowego ZDiTM – wykonawca MERA-SERWIS nie potwierdził wykonania integracji z systemem informatycznym ZDiTM.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie odniósł się do niekompletności dokumentów przedstawionych przez wykonawcę MERA-SERWIS w zakresie ww. Specyfikacji technicznej, mając zwłaszcza na względzie jego własną odpowiedź na pytanie nr 20. Jednocześnie Odwołujący uważa, że już samo udzielenie odpowiedzi, w szczególności na pytanie nr 20 jest wiążące dla każdego uczestnika przetargu, a na Zamawiającym nie ciążą żadne dodatkowe obowiązki w zakresie modyfikacji treści dokumentacji postępowania, jak np. sporządzenie tekstu jednolitego SWZ i innych załączników odpowiedź tą uwzględniającą. Powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2023 r. w sprawie

o sygn. akt KIO 527/23. W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że skoro Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 20, to zmienił i doprecyzował treść SWZ w sposób wiążący dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, a nawet gdyby Zamawiający wykroczył poza zakres pytania, to nie miałoby to znaczenia, ponieważ treść odpowiedzi jest wiążąca, co wynika również z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1600/21. W momencie, gdy sam Zamawiający określił warunki i wymagał złożenia specyfikacji obejmującej wszystkie funkcjonalności minimalne, to zdaniem Odwołującego na etapie badania ofert winien postępować zgodnie z procedurą, tj. powinien ocenić oferty w oparciu o treść udzielonej przez siebie odpowiedzi i dokonać odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS z uwagi na brak wypełnienia wymogów wynikających z odpowiedzi na pytanie nr 20. Wykonawca MERA-SERWIS nie sprostał zatem obowiązkowi szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji przetargowej, ponieważ w załączniku nr 6 do SWZ Zamawiający wprost określił, jakie funkcjonalności wskazane w OPZ są funkcjonalnościami minimalnymi, w związku z czym wykonawca kierujący ofertę powinien w niej te elementy uwzględnić oraz dokładnie i precyzyjnie wskazać każdy z tych elementów, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Niezależnie od tego Odwołujący podniósł, że szczątkowa specyfikacja techniczna nie pozwala na określenie rodzaju biletomatu oferowanego przez wykonawcę MERA-SERWIS, gdyż wymiary zewnętrzne urządzenia zostały wskazane w przedziale wartości, a nie w sposób jednoznaczny i konkretny, co tym samym powoduje, że nie można zweryfikować zgodności z wymogami SWZ. Odwołujący podniósł, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może okazać się skuteczny w razie wykazania przez odwołującego niezgodności oferty jego konkurenta z warunkami zamówienia, która to niezgodność ma charakter jednoznaczny, co oznacza, że owa niezgodność zachodzi, gdy zawartość

merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. W jego ocenie należy więc uznać, że wszelkie wskazane w OPZ funkcjonalności są funkcjonalnościami minimalnymi, zatem wykonawca MERA-SERWIS powinien załączyć w skierowanej ofercie nie tylko Specyfikację techniczną dotyczącą ogólnych warunków pracy, interfejsu użytkownika, modułu wydruku, monitoringu, modułu płatności bezgotówkowych, komunikacji i obsługi karty miejskiej, ale także Specyfikację techniczną potwierdzającą właściwości i funkcjonalności w zakresie wymagań szczególnych. Odwołujący dodał, że zgodnie z Rozdziałem IX ust. 2 pkt 8 SWZ „Na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający wezwie Wykonawców, którzy nie złożyli przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przez nich przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne do ich złożenia lub uzupełnienia, w wyznaczonym terminie",

jednakże rozdział IX ust. 2 pkt 10 SWZ stanowi, że „Postanowienia ust. 8 powyżej, nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia Postępowania", co w ocenie Odwołującego – z uwagi na fakt, że wykonawca MERA-SERWIS nie złożył Specyfikacji technicznej potwierdzającej właściwości i funkcjonalności w zakresie wymagań szczególnych zgodnie z warunkami określonymi w OPZ – powoduje, że Zamawiający nie mógł i nie może nawet w przypadku uwzględnienia odwołania wezwać wykonawcy MERA-SERWIS do złożenia środka dowodowego w postaci tych wymagań szczególnych, albowiem oferta wykonawcy MERA-SERWIS z uwagi na ten brak powinna podlegać odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołania dotyczącego prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Odwołujący podał, że konsekwencją działania Zamawiającego, przejawiającą się w zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS z przedmiotowego postępowania, było wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. z naruszeniem art. 16 ustawy PZP. Odwołujący wskazał, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Prawie zamówień publicznych zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje Zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. Uzasadniając czwarty zarzut odwołania Odwołujący powołał się na pogląd prawny wyrażony w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt VIII SA/Wa 13/17.

Uzasadniając zarzut ewentualny odwołania dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy MERA-SERWIS do wyjaśnienia złożonych referencji przez tego wykonawcę, a następnie złożenia ewentualnie innego wykazu zrealizowanych dostaw wraz z referencjami, z których

wnikałoby spełnienie warunków określonych w SWZ, Odwołujący wskazał, że z Referencji przedstawionych przez wykonawcę MERA-SERWIS nie wynikało, aby zrealizował dostawę biletomatów w przeszłości, podczas gdy posiadanie przez wykonawcę doświadczenie w tym zakresie warunkowało udział w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 4 SWZ określającym warunki udziału w postępowaniu w kwestii zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, aby ten w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj. dostawy i uruchomienia minimum 40 biletomatów stacjonarnych. Jednocześnie przedmiotem zamówienia zgodnie z punktem III ust. 4 SWZ były „dostawy". Natomiast referencje z dnia 8 lutego 2023 r. udzielone wykonawcy MERA-SERWIS przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie ograniczały się do lakonicznego stwierdzenia, że wykonawca MERA-SERWIS „na podstawie umowy z dnia 18.12.2018 r., z późniejszymi Aneksami, świadczy usługę sprzedaży biletów komunikacyjnych uprawniających do korzystania z lokalnego transportu zbiorowego Miasta Stołecznego Warszawy, za pośrednictwem dostarczonych przez Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. SKA 80 sztuk biletomatów stacjonarnych. Mera-Serwis SGL sp. z o.o. przeprowadziła również instalację i uruchomienie urządzeń". Zdaniem Odwołującego w referencjach brak jest jakiegokolwiek odniesienia się do wykonania dostawy, a nie można utożsamiać świadczenia usługi sprzedaży biletów komunikacyjnych z dostawą biletomatów stacjonarnych. Odwołujący wyjaśnił, że ustawodawca w zamówieniach publicznych odróżnił pojęcia dostawy od świadczenia usług, co znajduje potwierdzenie w art. 7 ustawy PZP, gdzie zgodnie z pkt 4 przez dostawę rozumie się nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację, natomiast zgodnie z art. 7 pkt 28 ustawy PZP usługą są wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Podobne rozumienie pojęcia „dostawy" można znaleźć w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy PZP. Jeśli chodzi o pojęcie „usług" w ujęciu zamówień publicznych, to idąc za komentarzem do ustawy PZP pod red. Andrzeli Gawrońskiej-Baran podstawowe znaczenie w grupie usług ma umowa o dzieło zawierająca zobowiązanie do osiągnięcia oznaczonego rezultatu pracy, który z uwagi na postęp techniczny bywa na ogół możliwy do zagwarantowania (np. usługi naprawcze i konserwacyjne, sprzątania, utrzymania zieleni, odśnieżania, większość leśnych). Jeśli osiągnięcie efektu nie jest potrzebne albo stanowiąc faktyczny cel umowy, nie może być wprost zagwarantowane przez wykonawcę

z góry w umowie – zamówienie łączy się zazwyczaj z umową zlecenia lub na warunkach zlecenia, choć nierzadko zawierane są też umowy przewozu, ubezpieczenia, obsługi bankowej czy przechowania. Poza tym Odwołujący zauważył, że na stronie www Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie zamieszczony został wzór umowy dla

sprzedaży biletów za pomocą automatów – o której to umowie prawdopodobnie mowa w referencjach przedstawionych przez wykonawcę MERA-SWERWIS w przedmiotowym postępowaniu – z którego nie wynika, aby przedmiotem zamówienia była dostawa automatów dla ZTM. We wzorze umowy nie ma bowiem mowy o przeniesienie własności biletomatów czy też nabywaniu produktów w rozumieniu art. 7 pkt 4 ustawy PZP, które byłoby niezbędne do uznania przedmiotowego zamówienia za dostawę w rozumieniu przepisów ustawy PZP. Ponadto z referencji wynika, że usługa jest świadczona za pomocą dostarczonych biletomatów, a tym samym jest to nic innego jak świadczenie usługi przez wykonawcę MERA-SERWIS. Odwołujący wywodzi z powyższego, że wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w postaci dostawy biletomatów w okresie ostatnich 5 lat przez wykonawcę nie można utożsamiać ze świadczeniem usług sprzedaży biletów. Z referencji przesłanych przez wykonawcę MERA-SERWIS nie wynika bowiem, aby spełnił warunek udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie dochował procedury, aby zaistniałą wątpliwość wyjaśnić, tj. nie wezwał wykonawcy MERA-SERWIS do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący wskazał również, że niezależnie od zakresu wykazanej usługi na potrzeby spełnienia warunku udziału w postepowaniu, zgodnie z warunkami SWZ Zamawiający wymagał wykazania się zrealizowaniem co najmniej jednego zamówienia w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, tj. dostawy i uruchomienia minimum 40 biletomatów stacjonarnych. Wynika z tego, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się dostawą, która została zrealizowana, a nie która jest w trakcie realizacji. Przy tym Odwołujący podkreślił, że usługa wykazana przez wykonawcę MERA-SERWIS na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest dalej wykonywana, a więc nie została ona zrealizowana i nie może być uznana przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego w razie złożenia przez wykonawcę MERA-SERWIS wyjaśnień do złożonych referencji, z których nie wynikałoby, że wykonawca ten zrealizował usługę dostawy, Zamawiający powinien w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP wezwać tego wykonawcę do wykazania się realizacją innej dostawy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia innych referencji, z których wynikałoby, że wykonawca ten zrealizował dostawę biletomatów w okresie ostatnich 5 lat.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz

złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały określone w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę MERA-SERWIS, albowiem zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 maja 2023 r. i stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego piśmie z dnia 12 maja 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego jako załączniki do ich pism:

- wzoru umowy ze strony www Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie,
- katalogu biletomatów stacjonarnych Mera,
- załącznika do oferty wstępnej z dnia 15 grudnia 2022 r.,
- korespondencji z grudnia 2022 r. prowadzonej pomiędzy wykonawcą MERA-SERWIS a Zamawiającym,
- oferty wstępnej z grudnia 2022 r. w postaci załączników do wiadomości e-mail z dnia

15 grudnia 2022 r.,

- pisma zawierającego wniosek o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 26 stycznia 2023 r.,
- wyjaśnień z dnia 30 marca 2023 r. dotyczących ceny,

- załącznika nr 6 do SWZ,

- aneksu nr 8 z dnia 31 stycznia 2023 r.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej. Poza dokumentacją postępowania przetargowego, z uwagi na to, że w większości dowody odnosiły się do zarzutu ewentualnego odwołania – a ten został pozostawiony przez Izbę bez rozpoznania, nie miały one jednak większego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Szczecińskie Centrum Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż urządzeń związanych z integracją transportu w projekcie Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273, 351".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lutego 2023 r., pod numerem 2023/S 040-115907.

W rozdziale VII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, gdzie w ust. 3 pkt 4 przewidział, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w celu potwierdzenia spełnienia warunku wykonawca powinien wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, tj. dostawy i uruchomienia minimum 40 biletomatów stacjonarnych.

Celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca MERA-SERWIS przedłożył referencje z dnia 8 lutego 2023 r. wystawione przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, w których treści zostało wskazane, że na podstawie umowy zawartej w dniu 12 października 2018 r. wykonawca ten świadczy usługę sprzedaży biletów komunikacji

miejskiej uprawniających do korzystania z lokalnego transportu zbiorowego Miasta Stołecznego Warszawy za pośrednictwem dostarczonych 80 sztuk biletomatów stacjonarnych. Wykonawca MERA-SERWIS przeprowadził również instalację i uruchomienie urządzeń, a także świadczy usługę utrzymania oraz serwisu na dostarczonych urządzeniach. Umowa obowiązuje od dnia 12 października 2018 r. do dnia 31 grudnia 2024 r., a powierzone zadanie jest realizowane zgodnie z umową, terminowo i z należytą starannością.

Według rozdziału IX ust. 2 pkt 7 SWZ w celu potwierdzenia, że oferowane biletomaty spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci Specyfikacji technicznych potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalność określone w OPZ. Zgodnie z rozdziałem IX ust. 2 pkt 8 SWZ na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający wezwie wykonawców, którzy nie złożyli przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przez nich przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Natomiast w myśl rozdziału IX ust. 2 pkt 10 SWZ postanowienia pkt 8 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W OPZ stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ zostało przewidziane, że Zamawiający planuje zamówienie 44 automatów biletów stacjonarnych wraz z niezbędnym oprogramowaniem, ich dostawę, montaż na terenie gmin: Miasto Szczecin, Miasto Stargard, Stargard, Goleniów, Gryfino, Kobylanka, Police oraz integrację z istniejącym systemem sprzedaży biletów i systemem finansowo-księgowym, będącym w posiadaniu Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie. W dalszej części zostało wskazane, że planowane do zamówienia urządzenia powinny posiadać m. in. następujące minimalne funkcjonalności oraz parametry techniczne:

- możliwość obsługi elektronicznej portmonetki, karty miejskiej, SKA i in.: biletomat

musi być przystosowany do doładowań biletów okresowych, środków na

e-portmonetkę, zakupu biletu jednorazowego (pkt I.2 OPZ),

- prowadzenie statystyki sprzedaży zbiorczo i w podziale na każdy rodzaj biletu,

z uwzględnieniem ich ilości, wartości oraz formy płatności; dane te co najmniej raz dziennie winne być wysyłane do centrum obsługi za pośrednictwem transmisji pakietowej UMTS/LTE/5G (pkt I.4. OPZ):

- możliwość samodzielnego generowania przez ZDiTM raportów w dowolnej chwili z

wykorzystaniem dostarczonej przez Wykonawcę aplikacji (pkt I.4.1. OPZ), lub

- w przypadku pełnej integracji z systemem ZDiTM możliwość samodzielnego

generowania przez ZDiTM raportów w dowolnej chwili z wykorzystaniem istniejącego systemu (pkt I.4.2. OPZ),

- umożliwienie we wszystkich automatach wnoszenia opłat kartami płatniczymi VISA

INTERNATIONAL (w tym VISA ELECTRON) oraz MASTERCARD INTERNATIONAL (w tym MAESTRO i MasterCardElectronic), zarówno stykowymi (chip, pasek magnetyczny) jak i zbliżeniowymi: odczyt danych z karty mikroprocesorowej w zgodności ze standardem ISO 7816 (pkt I.6.4. OPZ),

- dwie drukarki: papier podawany z rolki (pkt I.21.4 OPZ),

- dwie drukarki: kontrola ilości papieru na podajniku i przekazywanie raportu do

Centralnego Sytemu Kupującego (pkt I.21.7 OPZ).

Jeśli chodzi o wymagania szczegółowe w zakresie biletomatów stacjonarnych to Zamawiający wymagał m. in., że:

- w zakresie obudowy i fundamentu – masa automatu nie przekracza 400 kg (pkt II.2.6

OPZ),

- w zakresie interfejsu użytkownika – automat umożliwia zaprogramowanie co

najmniej 100 różnych rodzajów biletów papierowych (pkt II.3.1. OPZ),

- w zakresie pozostałych wymagań – oprogramowanie musi umożliwiać obustronną

komunikację (integrację) z posiadanym przez ZDiTM systemem informatycznym w zakresie sprzedanych, skasowanych, zakodowanych biletów jednorazowych i okresowych, ważnych i zastrzeżonych kart SKA oraz umożliwiać jednostronne przekazywanie danych sprzedażowych do systemu finansowo-księgowego ZDiTM (pkt II.11.1. OPZ).

Wykonawca MERA-SERWIS do swojej oferty załączył Specyfikację techniczną potwierdzającą właściwości i funkcjonalności określone w OPZ w odniesieniu do stacjonarnego automatu biletowego, jednakże z jej treści nie wynikało, aby zaoferowane urządzenie spełniało wymagania określone w pkt I: 2, 4.1., 4.2., 6.4., 21.4. i 21.7. OPZ oraz w pkt II: 2.6., 3.1. i 11.1. OPZ.

Ostatecznie jako najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę MERA-SERWIS, której przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Ze względu na wycofanie przez Odwołującego na posiedzeniu Izby w dniu 15 maja 2023 r. zarzutów nr 1 i nr 2 odwołania postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone. Natomiast w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 oraz zarzutu ewentualnego odwołania zostały one skierowane przez Izbę do rozpoznania na rozprawie. Po przeprowadzeniu rozprawy Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie i – zapoznawszy się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego – Izba stwierdziła, że zarzucane w odwołaniu uchybienia w procedowaniu przez Zamawiającego znalazły potwierdzenie w dokumentacji sprawy odwoławczej. Wobec tego odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania. Izba nie rozpoznawała zatem zarzutu ewentualnego odwołania, który został sformułowany przez Odwołującego jedynie na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów pierwszoplanowych.

Według regulacji art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Natomiast art. 16 ustawy PZP wymienia podstawowe zasady zamówień publicznych stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W literaturze prawa zamówień publicznych przyjmuje się zatem, że do najczęściej spotykanych okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na tej podstawie prawnej należą m. in. zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach

zamówienia, zakres świadczenia wykonawcy lub sposób spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia, czy także równoważność zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazanie równoważności.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 7 SWZ celem potwierdzenia, że oferowane przez wykonawców biletomaty stacjonarne spełniają określone przez niego w OPZ wymagania, oczekiwał złożenia razem z ofertą Specyfikacji technicznych, które potwierdzałyby minimalne właściwości i funkcjonalność tych urządzeń. Także z tytułu rozdziału I OPZ jasno wynika, że chodzi o minimalne parametry techniczne i funkcjonalności biletomatów, które to Zamawiający bardzo drobiazgowo wymienił aż na 10 stronach. Tymczasem już zwykła analiza treści OPZ i Specyfikacji technicznej złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS jednoznacznie wskazuje na to, że wszystkie zarzucane w odwołaniu braki przedłożonej Specyfikacji technicznej potwierdziły się. Dokument złożony przez wykonawcę MERA-SERWIS nie jest kompletny, jeśli chodzi o wymaganą przez Zamawiającego treść w zakresie wymagań opisanych w pkt I: 2, 4.1., 4.2., 6.4., 21.4. i 21.7. OPZ oraz w pkt II: 2.6., 3.1. i 11.1. OPZ. Jednocześnie nie ma podstaw do wywodzenia, że posiadanie określonych parametrów i funkcjonalności biletomatów można wywodzić z innych okoliczności lub z jakichś innych dokumentów – odrębnych od wymaganej Specyfikacji technicznej. Niezależnie od tego, że takie pojmowanie dokumentacji postępowania nie wynika z literalnego brzmienia rozdziału IX ust. 2 pkt 7 SWZ, to Zamawiający poza swoimi twierdzeniami nie dał żadnych dowodów na to, że zaoferowany biletomat w rzeczywistości posiadania wszystkie wymagane w OPZ cechy i funkcjonalności. Z dokumentacji postępowania nie wynika też, że samo złożenie pisemnego oświadczenia przez wykonawcę, że oferowane urządzenie posiada wymagane funkcjonalności, miałoby być wystarczające.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana zbyt pochopnie i należy ją powtórzyć, po uprzednim ponownym badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu, w tym wezwaniu wykonawcy MERA-SERWIS na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy PZP do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Mając powyższe na uwadze zarzut odnoszący się do niezgodności oferty wykonawcy MERA-SERWIS z warunkami zamówienia potwierdził się. Biorąc jednak pod uwagę, że odrzucenie oferty na tej podstawie byłoby przedwczesne, Izba nie mogła uwzględnić tak daleko idącego żądania Odwołującego, tylko nakazała Zamawiającemu wezwać wykonawcę MERA-SERWIS do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych celem potwierdzenia, że zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenie spełnia wszystkie minimalne właściwości i funkcjonalności określone w OPZ. Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska

Odwołującego, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie miał żadnych podstaw do zastosowania procedury określonej w rozdziale IX ust. 2 pkt 8 SWZ. Postanowienie SWZ, które zabrania zastosowania tej procedury nie odnosi się w ogóle do tej sytuacji, tylko znajduje zastosowanie w zupełnie odmiennych stanach faktycznych (tj. wtedy, gdy przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub gdy pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta i tak podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania), które w niniejszej sprawie rzecz jasna nie zaistniały.

Ponadto Izba uznała także za uzasadniony zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP, albowiem niewątpliwie Zamawiający w ramach czynności badania i oceny ofert zaniechał należytej weryfikacji dokumentów złożonych przez wykonawców w tym przetargu, co w tym przypadku należy odnieść do przedmiotowego środka dowodowego złożonego przez wykonawcę MERA-SERWIS, który nie był zgodny z wymaganiami rozdziału IX ust. 2 pkt 7 SWZ, a tym samym trzeba uznać, że prowadził to postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł 00 gr, które obejmowały wniesiony wpis od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości nieprzekraczającej kwoty wynikającej z § 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia. Izba nie uwzględniła żądania zasądzenia zwrotu kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę, albowiem – choć co do zasady koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę stanowią uzasadnione koszty strony podlegające zwrotowi – w ocenie Izby w przedmiotowej sprawie wydatek ten nie został należycie udokumentowany przez Odwołującego. Nie tylko brakuje jakiegokolwiek dokumentu źródłowego potwierdzającego poniesiony wydatek na dojazd na rozprawę, ale również brak jest zwykłego pisemnego oświadczenia o przebytym dystansie i rodzaju środku lokomocji. Samo ujęcie w treści faktury VAT wystawionej przez Kancelarię pełnomocnika Odwołującemu pozycji o nazwie „koszty przejazdu na rozprawę” ze zryczałtowaną kwotą netto w wysokości 600 zł 00 gr, bez podania bardziej szczegółowych danych z czego kwota wskazana w tej pozycji wynika, jest zdaniem Izby niewystarczające.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..