

WYROK

Warszawa, dnia 12 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INDIGO POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku, AUTOMATIKON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jaworznie, SYSTEMEG NET SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACYJNE - LUBLIN - SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Lublinie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego CITY PARKING GROUP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Grudziądzu

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INDIGO POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku, AUTOMATIKON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jaworznie, SYSTEMEG NET SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INDIGO POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku, AUTOMATIKON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jaworznie, SYSTEMEG NET SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu rzecz zamawiającego MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACYJNE - LUBLIN - SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2171/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACYJNE - LUBLIN - SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa w formie dzierżawy parkomatów oraz systemu do obsługi Strefy Płatnego Parkowania w Lublinie”, nr referencyjny: NBZ.4400.1.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2024 r. pod numerem: 132670-2024.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INDIGO POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku, AUTOMATIKON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jaworznie, SYSTEMEG NET SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 21 czerwca 2024r. wniesli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań Zamawiającego związanych z dokonaną czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. w zw. z art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 p.z.p. oraz w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy City Parking Group Spółka Akcyjna („CPG”), pomimo, iż oferta została złożona przez CPG jako wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu, przewidzianych przez Zamawiającego w:

- rozdziale VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), wymagającym, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedno zamówienie obejmujące w swoim zakresie dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku, oraz;
- rozdziale VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.3. SWZ wymagającym, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych, co doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2)art. 112 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 116 ust. 1 p.z.p. oraz w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 p.z.p., poprzez zaniechania uznania, że CPG nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. oraz ppkt. 1.2.4.3 SWZ, tj. że nie wykonało w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jednego zamówienia obejmującego w swoim zakresie dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku oraz jednego zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych, w sytuacji gdy dostawy przedstawione w Wykazie Dostaw CPG zostały zrealizowane przed wymaganym terminem, co doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1)

3)art. 128 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania CPG do uzupełnienia Wykazu dostaw 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 dostawy zostały wykonane lub są wykonywane” („Wykaz Dostaw”) o opisy dostaw zgodnych z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z warunków udziału w Postępowaniu z rozdziału VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. oraz ppkt. 1.2.4.3 SWZ, w tym wymaganiami co do terminu wykonania dostaw, w sytuacji, w której złożony przez CPG Wykaz Dostaw nie potwierdza spełnienia tych warunków.

Odwołujący wnioś o:

- 1)uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2)nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia wyboru oferty CPG jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty CPG; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia wyboru oferty CPG jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu wezwania CPG do uzupełnienia Wykazu Dostaw o dostawy spełniające wymagania wynikające z warunków udziału w Postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. oraz ppkt. 1.2.4.3 SWZ, w tym wymagania co do terminu wykonania dostaw;
- 3)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do Odwołania, wnioskowanych w Odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- 4)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Na wstępie Odwołujący opisał stan faktyczny sprawy.

Odwołujący podniósł, że zamówienia referencyjne CPG nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał m.in., żeby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat wykonał co najmniej jedno zamówienie obejmujące w swoim zakresie dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku (warunek udziału z rozdziału VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. SWZ) oraz co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych (warunek udziału z rozdziału VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.3. SWZ).

W istocie więc takie były zdaniem Zamawiającego minimalne poziomy zdolności, jakimi musiał wykazać się wykonawca, który będzie realizować umowę w sprawie zamówienia publicznego. Analizując powyższe wymagania

Odwołujący zwrócił uwagę zarówno na ich zakres przedmiotowy – wykonanie dostaw odpowiednio oprogramowania oraz parkomatów, a następnie świadczenie usług związanych z utrzymaniem parkomatów, jak również na wymagany okres, w jakim wskazany zakres przedmiotowy powinien być wykonany.

Oba wymienione warunki udziału w Postępowaniu przewidują, że wykonawca chcący złożyć ofertę powinien posiadać odpowiednie doświadczenie w wykonaniu dostaw. Pojęcie dostaw zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 4 p.z.p., który wskazuje przede wszystkim, że należy przez nie rozumieć „nabywanie produktów”. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się natomiast, że dostawą mogą być objęte zarówno zakupy jednorazowe, jak i powtarzające się.

Odwołujący przywołał Opinią Urzędu Zamówień Publicznych „Szacowanie wartości zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo” wskazując na pojęcie „zamówienie na dostawy oraz usługi powtarzające się okresowo”.

Odwołujący wskazał, że w zakresie ww. warunków udziału w postępowaniu mamy do czynienia z dostawami jednorazowymi. Zarówno bowiem w przypadku parkomatów, jak i oprogramowania możliwe jest spełnienie świadczenia w postaci jednorazowego zachowania wykonawcy przy jednoczesnym dostarczeniu skumulowanych części zamówienia.

Z pewnością więc, dostawy 140 parkomatów oraz oprogramowania, o których mowa w warunkach udziału w postępowaniu są świadczeniami, które następują w konkretnym terminie, który wyznacza moment ich wykonania. Moment ten powinien odpowiadać wymaganiom SWZ. Zamawiający dla warunków udziału w Postępowaniu z rozdziału VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. oraz ppkt 1.2.4.3. SWZ przewidział okres 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w jakim zdobyte powinno zostać referencyjne doświadczenie. Termin ten odpowiada regulacji dotyczącej wykazu dostaw oraz okresu ich wykonania z § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Kluczowym jest więc, żeby doświadczenie jakie prezentuje wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu było aktualne i mieściło się w okresie wymaganym przez Zamawiającego. Tymczasem dostawy referencyjne jakie przedstawiło CPG w celu wykazania spełnienia ww. warunków udziału w niniejszym Postępowaniu nie spełniają takiego wymagania, gdyż zostały wykonane we wcześniejszym okresie niż oczekiwany przez Zamawiającego.

CPG w Wykazie Dostaw przedstawiło dwie umowy zawarte z Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi, które miały wykazać spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu wynikających z rozdziału VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. oraz ppkt 1.2.4.3. SWZ. W istocie, zgodnie z wyjaśnieniami CPG z 4 czerwca 2024 r., umowy te dotyczyły jednego zamówienia na usługi związane z obsługą Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi.

W ocenie Odwołującego zamówienie referencyjne, przy pomocy którego CPG podjęło próbę potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu ma charakter mieszany w rozumieniu art. 27 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Zamówienie to obejmowało bowiem swoim zakresem zarówno dostawy (parkometrów oraz oprogramowania), jak i usługi. Wspomniany przepis wyznacza reguły rozstrzygające o zastosowaniu przepisów w przypadku udzielania zamówień mieszanych, tj. takich, w których zamawiający przewiduje wykonanie świadczeń, które na podstawie definicji zawartych w art. 7 p.z.p. zostałyby zakwalifikowane jako co najmniej dwa z trzech rodzajów zamówień (dostawy, usługi, roboty budowlane). Regulacja ta wskazuje zamawiającemu, który zamierza udzielić zamówienia mieszanego, które przepisy – odnoszące się do którego rodzaju zamówień – będzie stosował przy prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego należy przyjąć, iż w ramach wspomnianego zamówienia referencyjnego wykonawca wykonał dwa rodzaje świadczeń zdefiniowanych w art. 7 p.z.p. – dostawę oraz usługę. Świadczenia te mają jednak różny charakter oraz zakres, a tym samym nie mogą być ze sobą utożsamiane – są to odrębne świadczenia nie tylko pod względem funkcjonalnym, ale także prawnym.

Podobnie w sposób odrębny należy ujmować doświadczenia wykonawcy nabyte w związku z realizacją zamówienia o charakterze mieszanym. Ze względu na różny zakres i przedmiot świadczeń, a także inny czas ich realizacji, doświadczenia te powinny być traktowane rozłącznie i indywidualnie. W świetle definicji zamieszczonych w art. 7 p.z.p. nie ma bowiem podstaw do łącznego i niepodzielnego ujmowania świadczeń wchodzących w zakres dostaw i usług, czy też doświadczeń z ich realizacji.

Warto przy tym uwzględnić również, że warunki udziału w Postępowaniu, w których Zamawiający oczekuje wykazaniem się wykonania dostaw powinny być odczytywane literalnie, co przemawia za możliwością wykazania ich spełnienia tylko w zakresie w jakim wykonawca realizował dostawy i tylko za pomocą doświadczenia dotyczącego dostawy rozumianej zgodnie z definicją z art. 7 pkt 4 p.z.p. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wykazywania doświadczenia za pomocą zamówień o mieszanym charakterze, przy których występują różne rodzaje świadczeń. W ramach tego typu zamówień zasadne jest wyklądać warunku udziału w Postępowaniu ściśle oraz w oparciu o

interpretację językową, a przez to wykazywać doświadczenie tylko za pomocą świadczeń rodzajowo odpowiadających treści warunku. Nieuprawnione jest więc wykazywanie doświadczenia w zakresie dostaw, za pomocą innych rodzajowo świadczeń z umowy mieszanej, a tak postąpiło CPG w niniejszym Postępowaniu. CPG wykazywało bowiem wykonanie dostaw w okresie 3 lat przed terminem składania ofert za pomocą umów, które w tym okresie obejmowały jedynie świadczenie usług.

Odejście od wykładni językowej warunków udziału w Postępowaniu na tym jego etapie byłoby całkowicie nieuzasadnione, gdyż inni adresaci dokumentacji Postępowania przy podejmowaniu decyzji o złożeniu oferty mogli postrzegać brzmienie SWZ wyłącznie w sposób literalny. Pogląd ten jednoznacznie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący uzyskał od Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi szczegółowe informacje dotyczące realizacji zamówienia referencyjnego wskazanego przez CPG w Wykazie Dostaw, które potwierdzają, że dostawy parkomatów oraz oprogramowania nastąpiły przed okresem wymaganym przez Zamawiającego w warunkach udziału w Postępowaniu.

W przypadku umowy nr 333.82/DZ/2018 (pozycja 1 Wykazu Dostaw CPG) dostawy parkomatów były realizowane do 18 marca 2019 r. Warto przy tym zauważyć, że dostawy te nie były wykonane w obowiązujących wykonawcę terminach, co doprowadziło do obciążenia CPG karami umownymi za nieoddanie do użytku parkomatów w terminie przewidzianym umową, z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

W przypadku umowy uzupełniającej nr 263.6/DZ/2020 (pozycja 3 Wykazu Dostaw CPG) dostawy parkomatów były realizowane 31 sierpnia 2020 r. oraz 29 września 2020 r. Tym samym w tym przypadku dostawy parkomatów również nastąpiły przed okresem 3 lat przed terminem składania ofert w niniejszym Postępowaniu.

Z kolei dostawa oprogramowania przewidziana w warunku udziału w Postępowaniu z pkt 1.2. ppkt 1.2.4.3. rozdziału VI SWZ, na wykazanie której CPG również powołało omawiane zamówienie, została realizowana w dniu 27 lutego 2019 r.

Warto także zauważyć, że nawet opierając się na oświadczeniach CPG złożonych w niniejszym Postępowaniu jasnym jest, że dostawy zrealizowane w ramach zamówienia „Obsługa i utrzymanie Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi w latach 2019-2022” nie wykazują spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Zgodnie bowiem z informacją ujawnioną przez CPG w wyjaśnieniach z 4 czerwca 2024 r. uruchomienie strefy płatnego parkowania w ramach umowy nr 333.82/DZ/2018 nastąpiło w dniu 01 marca 2019 r. Natomiast uruchomienie strefy płatnego parkowania w ramach umowy nr 263.6/DZ/2020 nastąpiło w dniu 14 kwietnia 2020 r. CPG wskazało ponadto, że okres od dnia podpisania tych umów do daty uruchomienia strefy płatnego parkowania każdorazowo wykorzystany był na „wyposażenie i zorganizowanie SPP – w ramach niniejszej umowy doszło do wyposażenia SPP w 300 parkomatów (zainstalowanie, serwis i utrzymanie parkomatów)”. Niezależnie od tego, że informacja ta w świetle pisma Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z 20 czerwca 2024 r., wydaje się nieprawdziwa. To każdorazowo daty uruchomienia strefy płatnego parkowania deklarowane przez CPG przypadają na termin przed wymaganym przez Zamawiającego okresem 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Do uruchomienia strefy płatnego parkowania mogło dojść tylko w momencie, w którym:

- a) doszło do dostawy i zainstalowania parkomatów służących jako urządzenia do poboru opłat;
- b) doszło do dostawy oprogramowania do obsługi strefy płatnego parkowania.

Nawet więc biorąc pod uwagę wyłącznie deklarowane przez CPG daty uruchomienia stref płatnego parkowania, dostawy parkomatów oraz oprogramowania wykonane przez CPG w ramach umów z Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi musiałyby nastąpić przed 01 marca 2019 r. dla umowy nr 333.82/DZ/2018 oraz przed 14 kwietnia 2020 r. dla umowy nr 263.6/DZ/2020. Już same wyjaśnienia CPG potwierdzają więc, że dostawy podane jako referencyjne nie pozwalają na wykazanie spełnienia warunków udziału w niniejszym Postępowaniu.

Kolejnym potwierdzeniem powyższych wniosków jest treść umowy przewidzianej w zamówieniu referencyjnym, którym posługuje się CPG – „Obsługa i utrzymanie Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi w latach 2019-2022”. Zgodnie z projektem umowy dla tego zamówienia, stanowiącym tom III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zakres zamówienia został podzielony na etapy. W ramach Etapu I wykonawca miał wyposażyć strefę płatnego parkowania w fabrycznie nowe urządzenia w ilości 300 parkomatów wraz z ich skonfigurowaniem i uruchomieniem (§ 2 pkt 1.2 ppkt 1.2.1. projektu umowy), a także wyposażyć zamawiającego w sprzęt i oprogramowanie do sprawowania nadzoru nad funkcjonowaniem strefy płatnego parkowania oraz pobieraniem opłat parkingowych (§ 2 pkt 1.5 projektu umowy). Zgodnie natomiast z § 4 pkt 1 ppkt 1.1.1. projektu umowy Etap I zamówienia miał być zrealizowany w okresie nie dłuższym niż dwa miesiące od daty podpisania umowy. Tym samym w przypadku umowy nr 333.82/DZ/2018 termin na wykonanie dostaw w ramach Etapu I upływał w dniu 28 lutego 2019 r., natomiast jeżeli analogiczny zapis był przewidziany również w umowie uzupełniającej nr 263.6/DZ/2020 to przypadałby on w dniu 07 kwietnia 2020 r. Odwołujący podkreślił, że projekt umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do zasady nie podlega negocjacom, co przemawia za tym, że wyżej opisane postanowienia były wiążące dla CPG. Biorąc pod uwagę datę podpisania umowy wskazaną przez

CPG w wyjaśnieniach z 4 czerwca 2024 r., faktyczna realizacja Etapu I zamówienia, w tym dostawa parkomatów i oprogramowania musiała nastąpić w okresie wcześniejszym niż 3 lata przed terminem składania ofert w niniejszym Postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego na podstawie wyżej przywołanych faktów, nie sposób przyjąć tak jak to zrobił Zamawiający, że umowy referencyjne zawarte przez CPG z Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi potwierdzają spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. W obu przypadkach moment wykonania dostawy nastąpił bowiem przed wymaganym okresem 3 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu, co potwierdzają informacje od samego zamawiającego. Jest to kluczowe dla spełnienia warunków udziału w Postępowaniu z rozdziału VI pkt 1.2. ppkt 1.2.4.1. oraz ppkt 1.2.4.3. SWZ, gdyż to moment wskazanej w warunkach dostawy przesądza o klasyfikacji danego zamówienia jako spełniającego wymagania Zamawiającego. Tylko wtedy bowiem Zamawiający uzyskuje ofertę od wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy ze względu na dysponowanie aktualnym doświadczeniem. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do irracjonalnych wniosków, zgodnie z którymi potencjalny wykonawca mógłby zrealizować dostawę np. 10 lat przed terminem składania ofert, jednak w ramach umowy, w której obsługa strefy płatnego parkowania trwała do wymaganego okresu. W tym przypadku z pewnością wykonawca nie posiadałby aktualnego doświadczenia w zakresie dostaw, odpowiadającego potrzebom Zamawiającego wprost wyrażonym w warunkach udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że co do zasady odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu następuje po wyczerpaniu procedury uzupełniającej, uregulowanej w art. 128 ust. 1 p.z.p. Jednakże jak wskazuje się zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i doktrynie prawa, zasada ta ulega modyfikacji w przypadku, w którym wykonawca podaje informacje nieprawdziwe, które w ramach procedury uzupełniającej miałyby zostać zastąpione informacjami prawdziwymi. W takiej sytuacji uzasadnione jest odrzucenie oferty. W ocenie Odwołującego taki przypadek zachodzi w niniejszej sprawie.

Zgodnie z poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie, skutek odrzucenia oferty obejmuje sytuację, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, a następnie zostanie wezwany do uzupełnienia braków w trybie art. 128 p.z.p. Czynności tej bowiem nie można konwalidować, a zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Taka interpretacja odpowiada też literalnemu brzmieniu art. 128 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który przewiduje, że wzywianie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia nie następuje, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na takie wezwanie.

Odwołujący wskazał, że CPG nie może zastąpić pierwotnie nieprawdziwych informacji zawartych w Wykazie Dostaw prawdziwymi. Z tego powodu tak jak stanowi art. 128 ust. 1 pkt 1 p.z.p. wezwanie do uzupełnienia nie powinno nastąpić. Oferta podlega odrzuceniu bez względu na ewentualne wezwanie, ponieważ na tym etapie wykonawca nie jest uprawniony do uzupełnienia Wykazu Dostaw o informacje prawdziwe, a co za tym idzie nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie doszło do podania przez CPG informacji obiektywnie nieprawdziwych i niezgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym, a nie jedynie informacji nie spełniających wymagań Zamawiającego. Wynika to z treści samego Wykazu Dostaw, który przewidywał podanie m.in. przedmiotu dostawy oraz daty jej wykonania. Tymczasem CPG w pozycjach nr 1 oraz nr 3 Wykazu Dostaw podawało okres trwania usługi bieżącej obsługi oraz utrzymania strefy płatnego parkowania w ramach zamówienia „Obsługa i utrzymanie Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi w latach 2019-2022” – od 1 marca 2019 r. do 30 września 2022 r. Takiej informacji nie sposób utożsamiać z datą wykonania dostaw.

Co więcej, w przypadku pozycji nr 3 Wykazu Dostaw daty wykonania są całkowicie oderwane od dat wskazanych dla tej umowy w Wyjaśnieniach CPG z 4 czerwca 2024 r. Podane w Wykazie Dostaw daty wykonania dostaw są więc obiektywnie nieprawdziwe. Jednocześnie opisane działanie buduje przekonanie, że CPG podało owe daty w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu (okresu w jakim wykonane miały być dostawy zgodnie z rozdziałem VI pkt 1.2. SWZ).

Idąc dalej Odwołujący wskazał, że nieprawdziwe lub co najmniej niepełne są także informacje podane przez CPG w wyjaśnieniach z 4 czerwca 2024 r., gdyż wykonawca podaje w nich, że okres do dat uruchomienia strefy płatnego parkowania (1 marca 2019 r. oraz 14 kwietnia 2020 r.) był wykorzystywany m.in. na wyposażenie strefy w parkomaty, tymczasem jak wynika z informacji od Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi, dostawy parkomatów w zdecydowanej części następowały w całkowicie innych terminach.

W ocenie Odwołującego już w po otrzymaniu wyjaśnień CPG z 4 czerwca 2024 r. Zamawiający powinien był odrzucić ofertę CPG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. bowiem wtedy okazało się, że podane w Wykazie Dostaw pozycje nr 1 oraz nr 3 nie spełniają wymagania dotyczącego wykonania dostaw w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, a informacje dotyczące dat wykonania dostaw są nieprawdziwe i miały stworzyć po stronie Zamawiającego błędne przekonanie o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu, przez co nie mogą być już

zastąpione informacjami prawdziwymi.

Niezależnie od braku w niniejszym Postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia dot. wprowadzenia w błąd, akceptacja takiego rozwiązania stałaby wprost w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych uregulowanymi w art. 16 p.z.p. Dodatkowo umożliwienie zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi promowałoby zachowania szkodliwe dla całego systemu zamówień publicznych. Wykonawcy mogliby bowiem bezkarnie podawać całkowicie nieprawdziwe informacje Zamawiającemu, wiedząc, że w przypadku ich wykrycia i tak będą mogli je konwalidować. Z pewnością nie taki jest cel przepisów art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 p.z.p.

W złożonym piśmie z dnia 8 lipca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający uznał, że wykonawca CPG spełnił warunki udziału w postępowaniu ponieważ wykazał, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania oferty wykonał:

1)co najmniej jedno zamówienie obejmujące w swoim zakresie dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku (pkt. 1.2.4.1. SWZ). W tym zakresie Zamawiający uwzględnił doświadczenie nabyte przez wykonawcę CPG w związku z wykonaniem umowy nr 333.82/DZ/2018 na rzecz Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi. Z referencji wystawionych dnia 18 stycznia 2023 r., pisma Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 28 maja 2024 r., a także z pisma wykonawcy CPG z dnia 4 czerwca 2024 r. wynika bowiem bezspornie, że:

– zamówienie tj. odpłatna umowa nr 333.82/DZ/2018 zawarta pomiędzy Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi a wykonawcą CPG została wykonana należycie w dniu 30 września 2022 r., a zatem w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym Postępowaniu,

– zamówienie tj. odpłatna umowa nr 333.82/DZ/2018 zawarta pomiędzy Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi a wykonawcą CPG obejmowała swoim zakresem dostawę 300 parkomatów wraz ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie od dnia 1 marca 2019 r. do dnia 30 września 2022 r.

2)co najmniej jedno zamówienie obejmujące swoim zakresem dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych (pkt. 1.2.4.3. SWZ). W tym zakresie Zamawiający uwzględnił doświadczenie nabyte przez wykonawcę CPG w związku z wykonaniem umowy nr 333.82/DZ/2018 na rzecz Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi. Z referencji wystawionych dnia 18 stycznia 2023 r., pisma Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 28 maja 2024 r., a także z pisma wykonawcy CPG z dnia 4 czerwca 2024 r. wynika bowiem bezspornie, że:

– zamówienie tj. odpłatna umowa nr 333.82/DZ/2018 zawarta pomiędzy Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi a wykonawcą CPG została wykonana należycie w dniu 30 września 2022 r., a zatem w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym Postępowaniu,

– zamówienie tj. odpłatna umowa nr 333.82/DZ/2018 zawarta pomiędzy Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi a wykonawcą CPG obejmowała swoim zakresem dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania obejmującej 5100 miejsc postojowych. Niezależnie od powyższego, wykonawca CPG w zakresie powyższego warunku wykazał się niezbędnym doświadczeniem także w związku z wykonaniem umowy nr 263.6/DZ/2020 na rzecz Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi. Z referencji wystawionych dnia 18 stycznia 2023 r., pisma Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 28 maja 2024 r., a także z pisma wykonawcy CPG z dnia 4 czerwca 2024r. wynika bowiem bezspornie, że:

– zamówienie tj. odpłatna umowa nr 263.6/DZ/2020 zawarta pomiędzy Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi a wykonawcą CPG została wykonana należycie w dniu 30 września 2022 r., a zatem w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym Postępowaniu,

– zamówienie tj. odpłatna umowa nr 263.6/DZ/2020 zawarta pomiędzy Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi a wykonawcą CPG obejmowała swoim zakresem dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania obejmującej 2400 miejsc postojowych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że umowa nr 333.82/DZ/2018, której stronami były Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi i wykonawca CPG została zawarta w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zakwalifikował zamówienie jako usługę. Z okoliczności faktycznych wynika co prawda, że zamówienie poza usługą obejmowało także dostawę, jednakże z uwagi na dokonaną przez zamawiającego kwalifikację należy przyjąć, że głównym przedmiotem zamówienia była usługa. W konsekwencji, umowę referencyjną nr 333.82/DZ/2018 trzeba więc traktować jako zamówienie, którego głównym przedmiotem była usługa. Zgodnie z treścią przytoczonych wcześniej dokumentów, wykonywanie przez wykonawcę CPG powyższego zamówienia zakończyło się w dniu 30 września 2022 r. Stosownie do brzmienia art. 7 pkt. 32) ustawy Pzp, przez zamówienie należy bowiem rozumieć odpłatną umowę zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Dokonując zatem literalnej wykładni warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w SWZ, należy zwrócić uwagę, że wykonawca CPG wykazał ich spełnianie ponieważ:

- wykazał, że w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał zamówienie (tj. wykonał odpłatną umowę nr 333.82/DZ/2018), obejmujące w swoim zakresie między innymi dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku (pkt. 1.2.4.1. SWZ),
- wykazał, że w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał zamówienie (tj. wykonał odpłatną umowę nr 333.82/DZ/2018 i niezależnie od tego także odpłatną umowę nr 263.6/DZ/2020), obejmujące m.in. dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych (pkt. 1.2.4.3. SWZ).

Tym samym, nie budzi wątpliwości, że wykonawca CPG spełnił warunki udziału w postępowaniu. Bezsprzeczne jest także to, że zakończenie wykonywania zamówienia tj. odpłatnej umowy nr 333.82/DZ/2018 nastąpiło dnia 30 września 2022 r., zaś termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 12 kwietnia 2024 r. Przeciwnie stanowisko Odwołującego zmierzające do wykazania, że pod pojęciem „zamówienia” użytego w SWZ w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, powinno się rozumieć poszczególne świadczenia jednostkowe realizowane przez wykonawcę w ramach umowy o udzielenie zamówienia publicznego, jest całkowicie bezpodstawne. Zważyć bowiem należy, że Zamawiający w SWZ nie zawarł odrębnej definicji „zamówienia” dlatego w tym zakresie należy odnieść się do słowniczka ustawowego, a dokładnie do art. 7 pkt. 32) ustawy Pzp, w którym ustawodawca wskazał, że „zamówieniem” jest odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. „Zamówieniem” nie jest więc, jak próbuje wykazywać Odwołujący, jednostkowe świadczenie wykonawcy realizowane na rzecz kontrahenta publicznego w ramach zawartej umowy, a właśnie ta odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą. Przyjęcie zaprezentowanej w odwołaniu zawężającej wykładni warunku udziału w postępowaniu, na etapie oceny jego spełnienia, niezależnie od tego że nie znajdowałoby podstaw w treści dokumentacji postępowania to byłoby niedopuszczalne, gdyż prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawcy do zamówienia, naruszenia przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO 4/24 z dnia 25 stycznia 2024 r.). W konsekwencji także wskazany w odwołaniu przepis art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp stanowiący podstawę odrzucenia oferty jako przepis dotyczący wykonawcę sankcją niemożności uzyskania zamówienia publicznego musi być stosowany ściśle i jedynie w przypadku, gdy jego hipoteza dokładnie odpowiada stanowi faktycznemu danego postępowania – co w niniejszym Postępowaniu nie miało miejsca. W tym stanie rzeczy dokonana przez Zamawiającego ocenę spełnienia przez wykonawcę CPG warunków udziału w Postępowaniu należy uznać za prawidłową, brak bowiem było podstaw do stwierdzenia, że zamówienie referencyjne nie zostało wykonane ani że nie zostało ono ukończone w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a więc iż wykonawca CPG nie spełnia któregośkolwiek z warunków udziału w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, warto przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi lub dostawy, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu. Zarówno ustawa Pzp, rozporządzenie z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.2415 z dnia 2020.12.30), jak i SWZ nie wprowadzają w tej mierze jakichkolwiek ograniczeń.

Zamawiający powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że nawet gdyby hipotetycznie rozważać koncepcję przedstawioną przez Odwołującego polegającą na wyodrębnieniu realizacji poszczególnych świadczeń realizowanych w ramach zamówienia, choć w żadnym razie nie wynikało to z brzmienia warunków udziału w postępowaniu, to i tak zakończenie realizacji tak wyodrębnionych świadczeń z całą pewnością nie nastąpiło w dniach 18 marca 2019 r. i 27 lutego 2019 r. jak twierdzi Odwołujący, ale dopiero w dniu 30 września 2022 r.

Zgodnie z pkt. 1.2.4.1. SWZ, Zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jednego zamówienia obejmującego w swoim zakresie dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku (pkt. 1.2.4.1. SWZ). Z literalnego brzmienia powyższego postanowienia wynika zatem, że Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę posiadania doświadczenia w zakresie realizacji świadczenia składającego się łącznie z następujących elementów:

- 1) dostawy minimum 140 parkomatów,
- 2) zainstalowania parkomatów, o których mowa w pkt. 1),
- 3) wykonywania czynności polegających na serwisowaniu i utrzymaniu parkomatów, o których mowa w pkt. 1) przez

okres przynajmniej 1 roku.

Oznacza to zatem, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, tak określone świadczenie realizowane przez wykonawcę CPG na podstawie umowy 333.82/DZ/2018 nie mogło się skończyć do dnia 18 marca 2019 r., skoro data ta oznaczała jedynie chwilę fizycznej dostawy urządzeń zamawiającemu. Stanowisko Odwołującego pomija bowiem, że dostawa wymagana w ramach niniejszego postępowania miała obejmować nie tylko fizyczną dostawę urządzeń, ale także ich serwisowanie i utrzymanie w późniejszym okresie wynoszącym co najmniej 1 rok. Świadczenie to nie mogło mieć więc charakteru jednorazowego jak twierdzi Odwołujący, ale było świadczeniem o charakterze ciągłym, którego zakończenie wykonywania nastąpiło w ostatnim dniu, w którym wykonawca świadczył usługi utrzymania i serwisowania dostarczonych uprzednio przez siebie parkomatów. W konsekwencji, błędne jest stanowisko Odwołującego, który twierdzi że wykonawca CPG wykonał dostawę referencyjną już w dniu fizycznego dostarczenia urządzeń, skoro w tym dniu, co oczywiste, nie mógł upłynąć minimalny roczny okres serwisowania i utrzymania parkomatów, który mógł się z kolei rozpocząć nie wcześniej niż w dniu ich dostawy.

Intencją Zamawiającego formułującego w pkt. 1.2.4.1. SWZ warunek łącznego wykazania dostawy parkomatów wraz ze świadczonymi następnie czynnościami serwisowania i utrzymania parkomatów, było uzyskanie ofert od wykonawców, którzy nie tylko sprzedają parkomaty, ale także świadczą usługi posprzedażowe związane z zapewnieniem ciągłości ich eksploatacji. Z punktu widzenia Zamawiającego – jako organizatora strefy płatnego parkowania, nie jest bowiem istotny sam fakt nabycia parkomatów, ale przede wszystkim osiągnięcie jak najwyższego współczynnika sprawności urządzeń przez zakładany okres ich użytkowania. Z tego też względu Zamawiający tworząc SWZ powiązał fakt dostawy urządzeń z ich następczym utrzymywaniem i serwisowaniem. Wykonawca, który może się legitymować nie tylko sprzedażą parkomatów, ale również zapewnieniem ich napraw oraz konserwacji, daje bowiem Zamawiającemu wyższą rękojmię należytego wykonania niniejszego zamówienia niż wykonawca, który posiada doświadczenie wyłącznie w zakresie jednorazowej dostawy (sprzedaży) urządzeń. Z kolei im dłuższy jest okres realizacji przez wykonawcę czynności serwisowania i utrzymania parkomatów po ich fizycznej dostawie, tym większym doświadczeniem w tym zakresie może on się legitymować, co samo w sobie jest okolicznością pożądaną przez Zamawiającego. Przyjęcie z kolei interpretacji przeciwnej przedstawionej przez Odwołującego, powodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców, wykonujących długoterminowe usługi dostawy i utrzymania parkomatów, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z intencją Zamawiającego, a przede wszystkim z zasadą równego traktowania wykonawców.

Moment zakończenia realizacji przez wykonawcę CPG dostawy oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych:

Zamawiający wskazał, że z treści referencji z dnia 18 stycznia 2023 r. wystawionych przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, jak również z treści pisma tego podmiotu z dnia 28 maja 2024 r., wynika m.in. że:

- 1) wykonawca CPG na podstawie umowy 333.82/DZ/2018 dostarczył zamawiającemu oprogramowanie do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania,
- 2) w ramach etapu II trwającego do dnia 30 września 2022 r. dokonywał napraw i konserwacji tego oprogramowania,
- 3) Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi korzystał z tego oprogramowania do dnia 30 września 2022 r.

Zważyć należy, że oprogramowanie komputerowe podlega ochronie prawnej na podstawie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.2022.2509 t.j. z dnia 2022.12.06) – dalej zwanej: ustawą o prawie autorskim. Zasadą wynikającą z art. 65 ustawy o prawie autorskim jest, że w braku wyraźnego postanowienia o przeniesieniu prawa, uważa się, że twórca udzielił licencji. Przepis ten na podstawie art. 74 ust. 1 powołanej ustawy, ma zastosowanie także do programów komputerowych. Z dokumentu referencji jak i z pisma Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi, z dnia 28 maja 2024 r., nie wynikało że wykonawca CPG wraz z dostawą oprogramowania przeniósł na zamawiającego majątkowe prawa autorskie do tego oprogramowania bądź udzielił licencji do tego oprogramowania. Z uwagi jednak na to, że dostawa oprogramowania zawsze polega na nabyciu prawa do korzystania z oprogramowania, Zamawiający uznał że pomimo iż umowa 333.82/DZ/2018 w żaden sposób nie odnosiła się wprost do kwestii przeniesienia lub zezwolenia na korzystanie z majątkowych praw autorskich do oprogramowania, to aby Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi mógł z tego oprogramowania korzystać zgodnie z jego przeznaczeniem, musiał posiadać uprawnienie wynikające z ustawy o prawie autorskim. W konsekwencji, Zamawiający uznał, że w oparciu o art. 65 ustawy o prawie autorskim, wykonawca CPG udzielił Zarządowi Dróg i Transportu w Łodzi licencji dorozumianej na korzystanie z tego oprogramowania przez okres obowiązywania umowy 333.82/DZ/2018, tym bardziej że udzielenie licencji niewyłącznej na podstawie art. 67 ust. 5 ustawy o prawie autorskim, nie wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Całokształt okoliczności i zamiary stron, wskazywały bowiem na to, że wolą zarówno wykonawcy CPG i Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi było umożliwienie zamawiającemu korzystania z oprogramowania dostarczonego przez wykonawcę, przez cały okres obowiązywania umowy nr 333.82/DZ/2018. Wykonawca CPG na ten stan się godził, skoro umożliwił zamawiającemu korzystanie z oprogramowania, a także w okresie do 30 września 2022 r. realizował

czynności w zakresie jego konserwacji i naprawy. Ponadto już z samego faktu zakupu przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi od wykonawcy CPG urządzeń do obsługi strefy płatnego parkowania, można przyjąć koncepcję licencji dorozumianej, skoro poprawne działanie strefy płatnego parkowania wymagało korzystania z oprogramowania służącego do ich obsługi.

Zdaniem Zamawiającego błędne jest przyjęte przez Odwołującego założenie odnośnie tego, że dostawa oprogramowania przez wykonawcę CPG miała charakter świadczenia jednorazowego, które zakończyło się dnia 27 lutego 2019 r. Dostawa oprogramowania, jak już bowiem zostało wskazane, nie polega na fizycznej dostawie nośnika, na którym utrwalono oprogramowanie bądź na udostępnieniu kodu źródłowego, ale na udzieleniu praw do korzystania z niego. Z tego też względu, co do zasady, dostawa oprogramowania ma charakter świadczenia ciągłego. O dostawie oprogramowania jako świadczeniu o charakterze jednorazowym, można byłoby mówić jedynie w hipotetycznej sytuacji udzielenia licencji na jednorazowe skorzystanie z oprogramowania w określonym czasie. W praktyce obrotu prawnego tego typu sytuacji nie wydają się jednak częste.

Odwołujący pismem z dnia 8 lipca 2024 r. wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z protokołów odbioru stanowiących załączniki do powołanego w treści odwołania pisma Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 20 czerwca 2024 r. na okoliczność wykonania przez wykonawcę City Parking Group Spółka Akcyjna („CPG”) dostaw parkomatów oraz oprogramowania do ich obsługi, w ramach umów nr 333.82/DZ/2018 oraz nr 263.6/DZ/2020, przed okresem 3 lat przed terminem składania ofert w niniejszym Postępowaniu, a więc przed terminem wymaganym przez Zamawiającego w warunkach udziału w Postępowaniu.

Wykonawca CITY PARKING GROUP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Grudziądzu (dalej: „Uczestnik postępowania”, „CITY”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 9 lipca 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych a także 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 ustawy Pzp.

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę CITY PARKING GROUP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Grudziądzu. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożone przez:

- 1.Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: pismo Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 20 czerwca 2024 r. oraz wzór umowy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa i utrzymanie Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi w latach 2019-2022” *na fakt*: niespełnienia przez CPG warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu
- 2.Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj: ogłoszenie o zamówieniu nr OJ S 184/2018 z dnia 25 września 2018 roku *na fakt*: zakwalifikowania przez zamawiającego Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi postępowania, w wyniku którego została zawarta umowa nr 333.82/DZ/2018, jako usługę.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożone przez:

- 1.Odwołującego wraz z pismem z dnia 8 lipca 2024 r. stanowiącym wniosek dowodowy, a mianowicie: protokoły odbioru parkomatów. Izba na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła przeprowadzania wnioskowanych dowodów bowiem fakty będące ich przedmiotem, tj. dostawa parkomatów oraz oprogramowania wykonana w okresie dłuższym niż 3 lat przed upływem terminu składania ofert, zostały już stwierdzone innymi dowodami i nie były między Stronami sporne.
- 2.Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym z dnia 9 lipca 2024 r., tj. informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, Specyfikacje Warunków Zamówienia, wskazanych w piśmie postępowania i podmiotowe środki dowodowe składane przez Uczestnika w tych postępowaniach jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Tożsama treść warunków udziału, jak również fakt, że wykonawca INDIGO POLSKA Sp. z o.o. nie miał zastrzeżeń do doświadczenia Uczestnika ma irrelevantne znaczenie w sprawie. Nie sposób bowiem

wywodzić z ww. okoliczności literalnego brzmienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa w formie dzierżawy parkomatów oraz systemu do obsługi Strefy Płatnego Parkowania w Lublinie.

Zamawiający w rozdziale VI. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) wskazał, że: *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*

1.2.4.1co najmniej jednego zamówienia obejmującego w swoim zakresie dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku,

1.2.4.2co najmniej jednego zamówienia obejmującego dostawę systemu e-kontroli (opartego o minimum 2 pojazdy skanujące) wraz z utrzymaniem i serwisem systemu e-kontroli w strefie płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych,

1.2.4.3co najmniej jednego zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych.

Wykonawca może, wedle własnego wyboru, wykazać spełnienie warunków wskazanych w pkt. 1.2.4.1, 1.2.4.2 i 1.2.4.3 w ramach jednego zamówienia lub w ramach dwóch odrębnych zamówień lub w ramach trzech odrębnych zamówień.

Zgodnie z rozdziałem VII.Wykaz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych pkt. 2.1.2 SWZ Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

2.1. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

2.1.2. wykaz dostaw 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 dostawy zostały wykonane lub są wykonywane (wg załącznika nr 3 do SWZ) oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy 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.

Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2024 r. wezwał CITY do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 7 maja 2024 r. wykonawca CITY złożył m.in. wykaz dostaw, w którym wskazał:

Do wykazu CITY załączył dowody określające, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj.:

1.Warunek 1 – referencje Łódź

2.Warunek 2 – referencje Katowice

3.Warunek 3 – referencje Łódź.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2024 r. zwrócił się do Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi o udzielenie informacji dotyczące okresu obowiązywania umowy nr 333.82/DZ/2018 zawartej na okres od dnia 1 marca 2019 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. oraz umowy uzupełniającej numer 263.6/DZ/2020, jak również faktycznych terminów ich realizacji oraz ich przedmiotu i zakresu.

Pismem z dnia 28 maja 2024 r. Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi wyjaśnił, co następuje:

1.

a) Umowa nr 333.82/DZ/2018, polegająca na wyposażeniu Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi (zwanej dalej SPP) w urządzenia parkingowe /parkomaty/, brakujące oznakowanie pionowe wyznaczające obszar SPP i zlokalizowane w nim miejsca do płatnego postoju oraz komputerowe centrum przetwarzania danych wraz z ich obsługą i utrzymaniem a także oczyszczaniem SPP została zawarta w dniu 31.12.2018 r. i obejmowała 2 Etapy:

I – przygotowawczy i II faktycznej realizacji od dnia 01.03.2019 r. przez okres 46 miesięcy lub do wyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy (dla Zadania 1 i Zadania 2).

b) Faktyczny termin realizacji umowy obejmował: Etap I od dnia 31.12.2018 r. do dnia 28.02.2019 r. oraz Etap II od dnia 01.03.2019 r. do dnia 30.09.2022 r. tj. do wyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy.

c) Umowa swym zakresem obejmowała:

- Zadanie 1, dla którego inwestorem był Zarząd Dróg i Transportu, obejmujące:

Etap I

1.1. Opracowanie projektu lokalizacji urządzeń parkingowych oraz brakującego oznakowania pionowego wyznaczającego obszar SPP i zlokalizowane w nim miejsca do płatnego postoju wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień i akceptacji Zamawiającego wykonania robót budowlanych.

1.2. Wyposażenie SPP w fabrycznie nowe:

1.2.1. urządzenia jednego typu, pochodzące z bieżącej produkcji, w ilości sztuk 300 parkomatów zgodnie z zatwierdzonym projektem lokalizacji parkomatów wraz z ich skonfigurowaniem i uruchomieniem.

1.2.2. oznakowanie pionowe wyznaczające obszar SPP oraz zlokalizowane na nim miejsca do płatnego postoju, na wszystkich odcinkach i parkingach w SPP, na których podczas opracowywania projektu, o którym mowa w pkt. 1.1 stwierdzony zostanie jego brak.

1.3. Zorganizowanie i wdrożenie, w zakresie infrastruktury i oprogramowania, komputerowego Centrum Przetwarzania Danych (CPD) służącego do sprawowania nadzoru nad funkcjonowaniem SPP oraz pobierania i obsługi opłat parkingowych i opłat dodatkowych za nieopłacony postój.

1.4. Zorganizowanie Punktu Informacyjnego SPP dla kierowców znajdującego się w granicach SPP.

1.4.1. Zaprojektowanie strony internetowej zawierającej informacje związane z funkcjonowaniem SPP.

1.4.2. Zaprojektowanie strony internetowej umożliwiającej zakup drogą elektroniczną wybranych abonamentów parkingowych (e-sklep), która automatycznie będzie przekazywać dane do CPD.

1.4.3. Zaprojektowanie systemu naprowadzania na wolne miejsca postojowe.

1.5. Wyposażenie Zamawiającego w sprzęt i oprogramowanie do sprawowania nadzoru nad funkcjonowaniem SPP oraz pobieraniem opłat parkingowych.

1.6. Przeszkolenie pracowników Zamawiającego w zakresie obsługi dostarczonego sprzętu i oprogramowania.

1.7. Przygotowanie i dostarczenie Zamawiającemu do zatwierdzenia wzoru identyfikatora jakimi będą posługiwali się kontrolerzy SPP.

Etap II

1.9. Bieżącą obsługę, naprawy oraz konserwację urządzeń parkingowych /parkomatów/ i CPD, o których mowa w pkt. 1.2 i 1.3.

1.9.1. Wdrożenie i administrowanie usługą systemu poboru opłat za parkowanie w SPP za pomocą telefonów komórkowych, zwanego dalej Systemem Płatności Mobilnych (SPM).

1.9.2. Umożliwienie wnoszenia opłat za pomocą kart płatniczych.

1.9.3. Koszty eksploatacji i napraw urządzeń i oprogramowania, o których mowa w pkt 1.2.1, 1.3 i 1.5., wraz z kosztami połączeń, ponosi Wykonawca. Wprowadzenie danego SPM wymagać będzie pisemnej zgody Zamawiającego, udzielonej na podstawie wniosku Wykonawcy.

1.10. Naprawy oraz konserwacja urządzeń i oprogramowania, o których mowa w pkt. 1.9.3.

1.11. Prowadzenie Punktu Informacyjnego SPP dla kierowców.

1.11.1. Uruchomienie i aktualizacja na bieżąco stron internetowych oraz systemu wskazanych w pkt. 1.4.1. – 1.4.3.

1.12. Zorganizowanie i przeprowadzanie przez Wykonawcę, na jego koszt i ryzyko, wybiórki gotówki zgromadzonej w skarbonkach parkomatów, zapewnienie jej transportu, ochrony i przeliczenia, a także jej wpłatę na rachunek Zamawiającego.

1.13. Zorganizowanie oraz prowadzenie systemu monitorowania SPP, w zakresie uiszczania przez kierowców opłat parkingowych, zgodnie z obowiązującą uchwałą Rady Miejskiej w Łodzi.

1.14. W przypadku wykrycia fałszerstwa biletów bądź abonamentów parkingowych wykonanie przez kontrolera SPP stosownej dokumentacji fotograficznej i zawiadomienie Policji.

1.15. Wykonawca organizuje i wdroży, na własny koszt i ryzyko, system doręczania właścicielom skontrolowanych pojazdów Raportów z przeprowadzonej kontroli w Strefie Płatnego Parkowania.

1.16. Zaprojektowanie, uruchomienie, bieżącą aktualizację i serwis przez Wykonawcę, na jego koszt, systemu naprowadzania na wolne miejsca postojowe w obszarze SPP, w terminie 6 miesięcy od daty uruchomienia poboru opłat parkingowych, w formie zgodnej z XV częścią OPZ dla Zadania 1.

1.17. Po upływie okresu obowiązywania umowy a także w przypadku rozwiązania lub odstąpienia od umowy, urządzenia, o których mowa w pkt. 1.2 zostaną zdemontowane przez Wykonawcę, na jego koszt, wraz z odtworzeniem nawierzchni, w terminie 14 dni od dnia upływu okresu obowiązywania umowy, jej rozwiązania lub odstąpienia od niej.

Zadanie 2, dla którego inwestorem był Wydział Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi, obejmujące:

1. Bieżące utrzymanie miejsc postojowych na chodnikach i placów objętych SPP obejmujące cykliczne oczyszczanie letnie i zimowe przekazanych terenów

2.

a) **Umowa nr 263.6/DZ/2020**(zamówienie uzupełniające dla umowy nr 333.82/DZ/2018), została zawarta w dniu 07.02.2020 r., w podziale na 2 Etapy: I – przygotowawczy i II faktycznej realizacji od dnia 14.04.2020 r. przez okres 32

miesiący i 17 dni lub do wyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, jednak nie dłużej niż do dnia zakończenia umowy nr 333.82/DZ/2018.

b) Faktyczny termin realizacji umowy obejmował: Etap I od dnia 07.02.2020 r. do dnia 13.04.2020 r. oraz Etap II od dnia 14.04.2020 r. do dnia 30.09.2022 r. tj. zakończenie umowy nr 333.82/DZ/2018.

c) Umowa swym zakresem obejmowała:

Etap I

1.1. Opracowanie projektu na podstawie załącznika nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej OPZ (Wykaz odcinków i parkingów w SPP), lokalizacji urządzeń parkingowych oraz brakującego oznakowania pionowego wyznaczającego obszar SPP i zlokalizowane w nim miejsca do płatnego postoju wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień i akceptacji Zamawiającego. Skala i forma projektu powinna być zgodna z wymaganiami stawianymi przy zgłoszeniu wykonania robót budowlanych. Podkłady geodezyjne zapewni Wykonawca.

1.2. Wyposażenie wskazanego obszaru SPP w fabrycznie nowe urządzenia jednego typu, pochodzące z bieżącej produkcji, w ilości sztuk 132 parkomatów, zgodnie z zatwierdzonym projektem lokalizacji parkomatów wraz z ich skonfigurowaniem i uruchomieniem.

1.3. Wyposażenie wskazanych przez Zamawiającego stanowisk komputerowych należących do podmiotów, z którymi Zamawiający zawrze umowę na sprzedaż i wydawanie abonamentów parkingowych w oprogramowanie dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji zamówienia podstawowego, w zakresie niezbędnym do sprzedaży i wydania abonamentów parkingowych.

Etap II

1.4. Bieżącą obsługę, naprawy oraz konserwację urządzeń parkingowych /parkomatów/, o których mowa w pkt. 1.2.

1.5. Umożliwienie wnoszenia opłat za pomocą kart płatniczych.

1.7. Zorganizowanie i przeprowadzanie przez Wykonawcę, na jego koszt i ryzyko, wybiórki gotówki zgromadzonej w skarbonkach parkomatów, zapewnienie jej transportu, ochrony i przeliczenia, a także jej wpłatę na rachunek Zamawiającego.

1.8. Zorganizowanie oraz prowadzenie systemu monitorowania SPP, w zakresie uiszczania przez kierowców opłat parkingowych, zgodnie z obowiązującą uchwałą Rady Miejskiej w Łodzi.

1.9. W przypadku wykrycia fałszerstwa biletów bądź abonamentów parkingowych wykonanie przez kontrolera SPP stosownej dokumentacji fotograficznej i zawiadomienie Policji

1.10. Po upływie okresu obowiązywania umowy a także w przypadku rozwiązania lub odstąpienia od umowy, urządzenia, o których mowa w pkt. 1.2 zostaną zdemontowane przez Wykonawcę, na jego koszt, wraz z odtworzeniem nawierzchni, w terminie 14 dni od dnia upływu okresu obowiązywania umowy, jej rozwiązania lub odstąpienia od niej.

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2024 r. działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę CPG do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez siebie podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w ww. piśmie, wezwał CPG w szczególności do wskazania informacji dotyczących okresu obowiązywania obu umów zawartych z Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi, faktycznych terminów ich realizacji oraz ich przedmiotu i zakresu.

Wykonawca CPG pismem z dnia 4 czerwca 2024 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał że:

(...)

a/ umowy nr 333.82/DZ/2018 zawartej w dniu 31.12.2018 r., gdzie okres pomiędzy zawarciem przedmiotowej umowy a uruchomieniem SPP w Łodzi w dniu 01.03.2019 r. wykorzystany był na wyposażenie i zorganizowanie SPP – w ramach niniejszej umowy doszło do wyposażenia SPP w 300 parkomatów (zainstalowanie, serwis i utrzymanie parkomatów). Obszar SPP obejmował ok. 5100 miejsc postojowych. Zakres i przedmiot umowy został szczegółowo opisany w posiadanych już przez Zamawiającego referencjach.

b/ umowy nr 263.6/DZ/2020 zawartej w dniu 07.02.2020 r., gdzie okres pomiędzy zawarciem przedmiotowej umowy a uruchomieniem SPP w dniu 14.04.2020 r. wykorzystany był na wyposażenie i zorganizowanie SPP – w ramach niniejszej umowy doszło do wyposażenia SPP w 132 parkomaty (zainstalowanie, serwis i utrzymanie parkomatów). Obszar SPP obejmował ok. 2400 miejsc postojowych. Zakres i przedmiot umowy został szczegółowo opisany w posiadanych już przez Zamawiającego referencjach.

Obie ww umowy miały zakończyć się z dniem 31.12.2022 r. lub z wyczerpaniem kwoty maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy przewidzianego w umowie. Wobec wyczerpania się kwoty maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy z dniem 30.09.2022 r., doszło do rozwiązania obu ww umów w tej właśnie dacie. Jednocześnie deklarujemy, w razie jakichkolwiek dalszych wątpliwości, że możemy udostępnić kopie obu ww umów.

Poza sporem było to, że dostawa parkomatów oraz oprogramowania w ramach ww. umów nastąpiła w okresie dłuższym niż 3 lata przed terminem składania ofert.

Osią sporu pomiędzy Stronami i Uczestnikiem postępowania była interpretacja warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zdaniem Odwołującego z brzmienia warunków udziału wynika, że pod

pojęciem „zamówienia” użytego w opisie warunków udziału w postępowaniu, powinno się rozumieć poszczególne świadczenia jednostkowe, doświadczenia te powinny być traktowane rozłącznie i indywidualnie. Co za tym idzie, Uczestnik postępowania obowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

1. dostawę parkomatów wraz z zainstalowaniem
2. serwis i utrzymanie w okresie przynajmniej 1 roku

Analogicznie w zakresie oprogramowania:

1. dostawę oprogramowania

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut nr 1) - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp oraz nr 2) – naruszenie art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

W doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). Izba podziela stanowisko, że nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego w obrocie gospodarczym.

Izba nie wyklucza, biorąc pod uwagę, że przedmiotowe zamówienie zostało zakwalifikowane jako dostawa, że wykładania warunku udziału w postępowaniu przedstawiona przez Odwołującego byłaby bardziej zasadna i pozwalałaby na dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców posiadających aktualne doświadczenie w wykonaniu dostaw, a nie usług. Jednakże nie jest rolą Izby racjonalizowanie czynności Zamawiającego. Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem. Zdaniem Izby z treści spornego warunku nie wynika konieczność rozłączenia dostawy parkomatów oraz oprogramowania od pozostałych usług. Z wykładni językowej wynika, że Zamawiający wymagał wykonania *co najmniej jednego zamówienia obejmującego w swoim zakresie dostawę minimum 140 parkomatów wraz z ich zainstalowaniem, serwisem i utrzymaniem w okresie przynajmniej 1 roku, a w stosunku do drugiego warunku: dostawę oprogramowania do kompleksowej obsługi strefy płatnego parkowania posiadającej przynajmniej 2000 miejsc parkingowych.* Rację ma Zamawiający oraz Uczestnik postępowania, że pojęcie „jednego zamówienia” nie można utożsamiać z „dostawą”. A przynajmniej nie wynika to z treści specyfikacji warunków zamówienia.

W ocenie Izby warunek udziału, zarówno dotyczący parkomatów jak i oprogramowania, jest jasny i nie nasuwa wątpliwości interpretacyjnych.

Abstrahując od powyższego, jeżeli możliwa jest co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności w tym zakresie należy odczytywać na korzyść wykonawców.

Co za tym idzie twierdzenia Odwołującego, że Uczestnik postępowania powinien rozłączyć dostawę od pozostałych usług i oddzielnie liczyć terminy ich zakończenia, nie znajduje potwierdzenia ani w obowiązujących przepisach, ani też w specyfikacji warunków zamówienia.

W związku z tym, że zarzut nr 1) nie został przez Izbę uwzględniony, zarzut ewentualny podlegał rozpoznaniu i również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania CPG do uzupełnienia Wykazu dostaw

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”*

Zarzut nie mógł zostać uwzględniony przede wszystkim dlatego, że Uczestnik postępowania wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Pomijając powyższe, nie do końca wiadomo o co tak naprawdę chodziło Odwołującemu. Nie jest rolą Izby domyślanie się, co do istoty zarzutów. Zarzuty, jak również uzasadnienie zarzutów, muszą być sformułowane w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. Przy czym uzasadnienie powinno być adekwatne do postawionych w *petitum* odwołania zarzutów.

Przedkładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, Odwołujący w *petitum* odwołania zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania CITY do uzupełnienia wykazu dostaw. Z kolei w uzasadnieniu wskazuje, że de facto CITY podał w wykazie informacje nieprawdziwe (choć takiego zarzutu Odwołujący nie podniósł). Powyższe skutkuje brakiem możliwości zastosowania wobec ww. wykonawcy procedury uzupełniającej, uregulowanej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jak twierdzi bowiem Odwołujący nie można zastąpić informacji nieprawdziwych – informacją zgodną z rzeczywistością. Skoro zatem Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta CITY winna być odrzucona i nie można wobec tego wykonawcy zastosować procedury uzupełniającej, to całkowicie niezrozumiały jest podniesiony zarzut zaniechania wezwania CITY do uzupełnienia wykazu dostaw.

Z tego też względu, zarzut w przedmiocie naruszenia art. 128 ust. 1 ust. Pzp należało uznać za bezzasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: