Sygn. akt KIO 1684/23

WYROK
z dnia 27 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Rakowska
Magdalena Rams
Ewa Sikorska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez wykonawcę
GMV INNOVATING SOLUTIONS Sp. z o.o., ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Stowarzyszenie Szczecińskiego Obszaru Metropolitarnego w Szczecinie, pl. Kilińskiego 3, 71-424 Szczecin**
przy udziale wykonawcy **MERA-SERWIS SGL Sp. z o.o. SKA, ul. Langiewicza 16,**
05-825 grodzisk Mazowiecki zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1684/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 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 nr 2 odwołania).
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **GMV INNOVATING SOLUTIONS Sp. z o.o., u Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GMV INNOVATING SOLUTIONS Sp. z o.o., ul. Hrubieszowsk 2, 01-209 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. zasądza od wykonawcy **GMV INNOVATING SOLUTIONS Sp. z o.o.,**
   ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa na rzecz zamawiającego **Stowarzyszenia Szczecińskiego Obszaru Metropolitarnego w Szczecinie,**
   pl. Kilińskiego 3, 71-424 Szczecin kwotę **6 160 zł 92 gr** (słownie: sześć tysięcy sto sześćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…...

……..

……..

Sygn. akt KIO 1684/23

Uzasadnienie

Stowarzyszenie Szczecińskiego Obszaru Metropolitarnego w Szczecinie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę i montaż urządzeń związanych z integracją transportu w projekcie Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitarnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lutego 2023 r. pod pozycją nr 2023/S 115907-2023.

W dniu 12 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca GMV INNOVATING SOLUTIONS Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS SGL sp. z o.o. SKA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, zwaną dalej „wykonawcą MERA-SERWIS" ceną wykonania przedmiotu zamówienia w wysokości 2.984.241,92 zł brutto, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS mimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, polegająca na niezłożeniu przez wykonawcę MERA-SERWIS środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalności oferowanego urządzenia określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia zgodnego z wytycznymi KIO, zawartymi w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 maja 2023 roku, sygn. akt KIO 1204/23,

2)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 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,

3)art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez:

a)w zakresie pkt. 1 brak odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS pomimo zaistnienia okoliczności, w skutek których oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona przez Zamawiającego,

b)w zakresie pkt. 2 brak wezwania wykonawcy MERA-SERWIS do wykazania się inną realizacją w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia innych referencji, pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniających to wezwanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania i nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS,

3)obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in. odnośnie zarzutu dotyczącego niezgodności z warunkami zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS., że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 19 maja 2023 roku, sygn. akt KIO 1204/23 nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwania wykonawcy MERA-SERWIS do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalności oferowanego urządzenia określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Dnia 22 maja 2023 roku Zamawiający skierował do wykonawcy MERA-SERWIS ww. wezwanie, na które wykonawca w piśmie z dnia 26 maja 2023 roku odpowiedział, załączając dokument pod nazwą „Specyfikacja techniczna potwierdzająca właściwości i funkcjonalności określone w OPZ - Stacjonarny automat biletowy BS-09N." Z przedmiotowego dokumentu w dalszym ciągu jednak nie wynika, aby wykonawca MERA-SERWIS w sposób należyty potwierdził właściwości i funkcjonalności określone w OPZ.

W uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku Izba wskazała, iż „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".

Skoro więc samo złożenie oświadczenia zdaniem Izby było niewystarczające by uznać, że oferowane urządzenie posiada wymagane funkcjonalności, należy w sposób tożsamy potraktować złożoną przez wykonawcę MERA-SERWIS specyfikację z dnia 26 maja 2023 roku, w której wykonawca ograniczył się również tylko i wyłącznie do wskazania „Potwierdzenie spełnienia wymagań przez ofertę Wykonawcy: Tak, spełnia". Tak sformułowany dokument niczym się nie różni od złożonego uprzednio przez Wykonawcę oświadczenia o spełnianiu przez urządzenie funkcjonalności minimalnych opisanych w OPZ. Specyfikacja ta została jedynie podzielona na części, stanowiąc rozbudowane, jednostronnie oświadczenie wykonawcy, że spełnia on wymagania. Co więcej, to nie wykonawca miał ocenić czy spełnia te funkcjonalności, bowiem jest to obowiązek Zamawiającego, który winien zweryfikować przesłany przez wykonawcę MERA-SERWIS dokument. Zamawiający nie ma więc możliwości dokonania takiej weryfikacji, gdyż wykonawca MERA SERWIS nie zamieścił w tzw. specyfikacji danych specyfikujących oferowane urządzenie. Tym samym wykonawca MERA-SERWIS w złożonej specyfikacji technicznej nie potwierdził, że zaoferowane urządzenie spełnia wszystkie minimalne właściwości i funkcjonalności określone w OPZ, w związku z czym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu w zakresie zaniechania wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia złożonych referencji przez wykonawcę MERA-SERWIS, a następnie złożenia ewentualnie innego wykazu zrealizowanych dostaw wraz z referencjami, z których wnikałoby spełnienie warunków określonych w SWZ Odwołujący podniósł m.in., uprzedzając następcze zarzuty Zamawiającego, jakoby odwołanie – w odniesieniu do tego zarzutu (zarzutu nr 2) – podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego", iż co prawda Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w dniu 19 maja 2023 roku, sygn. akt KIO 1204/23, jednak z uwagi na uwzględnienie przez Izbę zarzutów nr 2 i 3 pierwszego odwołania, co jest istotne niezgodnie z treścią żądania pierwotnego odwołania, zarzut ewentualny (obecnie zarzut nr 2) nie został wówczas rozpoznany merytorycznie, w związku z czym może zostać podniesiony i rozpoznany w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący w uprzednio skierowanym odwołaniu, rozpoznanym w postępowaniu o sygn. akt KIO 1204/23 podnosił, iż Zamawiający naruszył:

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,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS mimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia polegająca na tym, że wykonawca MERA-SERWIS nie złożył Specyfikacji technicznej potwierdzającej właściwości i funkcjonalności w zakresie wymagań szczególnych zgodnie z warunkami określonymi w OPZ, podczas gdy wszelkie wskazane w OPZ funkcjonalności są funkcjonalnościami minimalnymi (zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, pytanie nr 20),
3. art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „uznk", i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MERA-SERWIS pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającym 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,
4. art. 16 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty MERA-SERWIS pomimo zaistnienia okoliczności, w skutek których oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona przez Zamawiającego;

oraz podniósł zarzut ewentualny tj. w razie nie podzielenia przez KIO powyższych zarzutów, w postaci naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 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.

Izba dnia 19 maja 2023 r. w sprawie w sprawie o sygn. akt KIO 1204/23 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania i nakazała zamawiającemu – Stowarzyszeniu Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie:

a)unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS,

b)powtórzyć 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 do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalności oferowanego urządzenia określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

W pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze zostało umorzone, a zarzut ewentualny nie został w ogóle przez Izbę rozpoznany. Wskazać w tym miejscu należy, że norma art. 528 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje odrzucić odwołanie wniesione w tym samym postępowaniu przez tego samego wykonawcę, jeżeli okoliczności podnoszone w nowym odwołaniu zostały już przez Izbę ocenione. Ma to uniemożliwić ponowne orzekanie w tej samej instancji o tym samym i zapobiec sytuacji zaistnienia w obrocie prawnym dwóch orzeczeń dotyczących tych samych okoliczności. Zmiana oceny prawnej tego samego stanu faktycznego możliwa jest bowiem wyłącznie w drodze kontroli instancyjnej, np. wyrok Izby z dnia 24 lutego 2022 r, sygn. akt KIO 355/22). Jednak, wobec nierozpoznania przez Izbę podnoszonego w uprzednio skierowanym odwołaniu zarzutu ewentualnego, nie sposób uznać, iż podnoszony w niniejszym postępowaniu zarzut tożsamy z tym zarzutem ewentualnym, był przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, a tym samym zostały spełnione przesłanki z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp. W obecnym odwołaniu jeden z zarzutów (zarzut nr 2) podlega powtórzeniu z zarzutem odwołania rozpoznawanego wcześniej, jednak uprzednio został on postawiony jedynie jako ewentualny, z ostrożności procesowej na wypadek nieuznania żądania odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS. Jak wynikało natomiast z uzasadnienia orzeczenia wydanego w wyniku rozpoznania pierwszego odwołania, zarzut ewentualny nie został wówczas rozpoznany merytorycznie pomimo, że zarzut podstawowy w zakresie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS nie został uwzględniony. Zostało jedynie przez skład Izby stwierdzone naruszenie zarzucanego przez Odwołującego przepisu ustawy, aczkolwiek nie dokonano odrzucenia oferty, a jedynie nakazano wezwanie do uzupełnienia oferty. Stąd odwołanie uprzednio rozpoznawane obejmowało zarzuty, które nie były uprzednio badane, co pozwala obecnie Izbie rozpoznać je merytorycznie.

Powyższe stanowisko zostało również potwierdzone w wyroku Izby z dnia 6 października 2021 roku, sygn. akt KIO 2472/21, w którym wskazano „Skład orzekający stwierdził również, że nie ma podstaw, aby odrzucić odwołanie na kanwie art. 528 pkt 4 PrZamPubl – gdy środek zaskarżenia oparto wyłącznie na tych samych okolicznościach, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Rozpoznawane odwołanie dotyczy czynności, które zaistniały w przetargu po unieważnieniu pierwszego rozstrzygnięcia i obejmuje okoliczności, do których doszło w wyniku wydania postanowienia o umorzeniu, więc w sprawie nie mamy do czynienia ze środkiem zaskarżenia opartym jedynie (wyłącznie) na tych samych okolicznościach co pierwsze odwołanie, czego wymaga stwierdzenie przeszkody procesowej w postaci wystąpienia stanu powagi rzeczy osądzonej (art. 528 pkt 4 PrZamPubl)”.

Nadto podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym nie zachodzą również podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przedmiotem niniejszego odwołania jest zaniechanie skierowania do 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, które to naruszenie zostało dokonane przy kolejnym wyborze najkorzystniejszej oferty o którym zawiadomiono w dniu 31 maja 2023 roku, a więc nowa czynność Zamawiającego, która nie była badana w postępowaniu o sygn. akt KIO 1204/23.

Odnośnie tego zarzutu (podniesionego w ramach tego odwołania) Odwołujący podniósł, że referencje wykonawcy MERA-SERWIS z dnia 8 lutego 2023 roku udzielone przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, zwanego dalej „ZTM”, ograniczały się do lakonicznego stwierdzenia, że wykonawca MERA-SERWIS „na podstawie umowy z dnia 12.18.2018 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”. Tym samym, brak jest jakiegokolwiek odniesienia się do dostawy – nie można bowiem utożsamiać świadczenia usługi sprzedaży biletów komunikacyjnych z dostawą biletomatów stacjonarnych.

Odwołujący przesłał do ZTM zapytanie w zakresie zawartej przez wykonawcę MERA-SERWIS Umowy z dnia 12.18.2018 roku, na które ZTM odpowiedziało pismem z dnia 17 maja 2023 roku, podnosząc w nim „Właścicielem prawnym 80 sztuk biletomatów stacjonarnych jest Mera Serwis SLG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna”.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący przytoczył treść wyroku Izby z dnia 13 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 436/12, w którym podniesiono „Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął zasadę, że nie będzie prowadził

zakupu na swoją rzecz biletomatów dostarczanych w ramach przedmiotowego zamówienia. Przedmiotu zamówienia nie stanowi zatem standardowa dostawa określonych urządzeń oczekiwanych przez Zamawiającego do zakupu biletów". Orzeczenie to w zestawieniu z ww. odpowiedzią ZTM w zakresie umowy, na podstawie której wystawiono referencje wskazuje, że przedmiotem zawartej przez wykonawcę MERA-SERWIS umowy nie była dostawa. Co za tym idzie, referencje załączone przez wykonawcę MERA-SERWIS do oferty złożonej w niniejszym postępowaniu nie potwierdzają, że spełniony został warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Orzeczenie to, pozostaje aktualne pomimo wydania go na podstawie uprzednio obowiązującej ustawy prawo zamówień publicznych.

Dlatego też Odwołujący stawia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i 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 zgodnie z warunkami określonymi w SWZ, podczas gdy posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w tym zakresie warunkowało udział w postępowaniu. Ustawodawca w zamówieniach publicznych odróżnił pojęcia dostawy od świadczenia usług, co znajduje potwierdzenie w art. 7 ustawy Pzp – zgodnie z pkt. 4 przez dostawę należy rozumieć 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. Zgodnie zaś z art. 7 pkt. 28 ustawy Pzp usługą są wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Zgodnie z komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Hubera Nowaka i Mateusza Winiarza Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, www.uzp.gov.pl, dostęp z dnia 24 kwietnia 2023 roku) dostawę należy rozumieć jako 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.

Odnosząc się zaś do usług w rozumieniu ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że podstawowe znaczenie w grupie usług ma umowa o dzieło (wyczerpująca ponad 90% usług), zawierająca zobowiązanie do osiągnięcia oznaczonego rezultatu pracy, który z uwagi na postęp techniczny bywa na ogół możliwy do zagwarantowania (usługi naprawcze i konserwacyjne, sprzątania, utrzymania zieleni, odśnieżania, większość leśnych itd.). 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, o obsługę bankową czy przechowania (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 7). Co więcej, z umowy z dnia 12.10.2018 r. na sprzedaż biletów za pomocą automatów zawartej pomiędzy ZTM a wykonawcą MERA-OPERATOR, na podstawie której ZTM wystawił Referencje, o których mowa w niniejszym punkcie wynika, iż przedmiotem umowy był – zgodnie z § 1 tej umowy – „zakup przez Kupującego biletów ZTM określonych w Załączniku nr 1 celem ich dalszej odsprzedaży na zasadach taryfowych obowiązujących w lokalnym transporcie zbiorowym m.st. Warszawy, za pośrednictwem stacjonarnych automatów biletowych usytuowanych w uzgodnionych przez strony lokalizacji" W § 3 ww. Umowy wskazano natomiast „1. ZTM sprzedaje a Kupujący nabywa, na zasadach określonych w niniejszej Umowie Bilety celem dalszej ich odsprzedaży pasażerom po cenach i na zasadach określonych w Taryfie przewozowej za pośrednictwem automatów biletowych o funkcjonalności określonej w Załączniku nr 3 do Umowy. 2.„ZTM będzie przenosiła na Kupującego własność Biletów, poprzez przekazanie zgodnie z § 4 ust. 10, numerów Biletów odpowiadających liczbie zamówionych Biletów danego rodzaju".

Reasumując Odwołujący podniósł, że nie sposób uznać zawartej pomiędzy ZTM a wykonawcą MERA-SERWIS jako umowy dostawy w rozumieniu ustawy Pzp, wobec czego załączone przez wykonawcę MERA-SERWIS referencje nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. W zawartej umowie brak jest przeniesienia własności biletomatów (czy chociażby ich dysponowaniem przez ZTM), które byłoby niezbędne do uznania przedmiotowego zamówienia za dostawę w rozumieniu ustawy Pzp. Dodatkowo, 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. Co więcej przedmiotem umowy objętej referencjami ZTM jest zakup biletów z ZTM celem ich dalszej odsprzedaży przez wykonawcę MERA-SERWIS (we własnym imieniu i na własny rachunek), a tym samym przedmiotowa umowa nie została zawarta w trybie ustawy Pzp, gdyż ZTM nie był nabywającym usługę (nie była to umowa usługi czy dostawy w rozumieniu ustawy Pzp) a jedynie sprzedawcą biletów. Tym samym wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, w postaci dostawy biletomatów w okresie ostatnich 5 lat przez wykonawcę nie można utożsamiać ze świadczeniem usług odsprzedaży biletów we własnym imieniu i na swoją rzecz. Z referencji przesłanych przez wykonawcę MERA-SERWIS nie wynika, aby wykonawca ten spełnił warunek udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie dochował procedury prawem przewidzianej by zaistniałą wątpliwość wyjaśnić tj. nie wezwał wykonawcy

MERA-SERWIS do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podniósł także, że w razie złożenia przez wykonawcę MERA-SERWIS wyjaśnień do złożonych Referencji, z których nie wynikałoby, że wykonawca ten zrealizował dostawę, Zamawiający winien w trybie 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwać wykonawcę MERA-SERWIS 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. Zamawiający pomimo nieusunięcia niejasności w zakresie referencji nie dokonał żadnych czynności aby prawidłowo ocenić i zweryfikować ofertę. Okoliczność ta stawia uzasadnione podejrzenie możliwości celowego wyboru oferty niespełniającej warunki. Zamawiający przeprowadził więc postępowanie w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, naruszając tym samym art. 16 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Odwołujący podniósł m.in., 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. Nawet jeżeli Izba nie podzieli argumentacji Odwołującego się w zakresie konieczności odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS w niniejszym postępowaniu, uznać bezsprzecznie należy, iż Zamawiający winien wezwać wykonawcę 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. To zaś niewątpliwie stanowi o naruszeniu Zamawiającego, skutkującym przeprowadzeniem postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

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. W orzecznictwie podkreśla się, że „na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji" (Wyrok WSA w Warszawie z 25 sierpnia .2017 r., sygn. akt VIII SA/Wa 13/17). Reasumując podniósł, że należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. Tak więc zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS, a co najmniej do wezwania wykonawcy MERA-SERWIS 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.

Zamawiający odwołanie wraz z wezwaniem do przystąpienia do odwołania przekazał wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 13 czerwca 2023 r. w sposób elektroniczny za pośrednictwem ww. Platformy.

W dniu 15 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MERA-SERWIS SGL sp. z o.o. SKA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, zwany dalej „Przystępującym", zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 23 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy MERA-SERWIS SGL Sp. z o.o. SKA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, zwanego dalej „wykonawcą MERA-SERWIS", lub „Przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. wniosek GMV o udostępnienie przez ZTM Warszawa informacji publicznej,
2. odpowiedź ZTM Warszawa z dnia 17 maja 2023 r. na wniosek GMV,
3. umowa sprzedaży biletów za pomocą automatów z dnia 12.10.2018 r.

Izba dopuściła zawnioskowany przez Przystępującego i załączony do zgłoszenia przystąpienia dowód, tj.: aneks nr 8 z dnia 31 stycznia 2023 r. (będący jednocześnie załącznikiem nr 7 do umowy z dnia 12 października 2018 r. zawartej z Zarządem Transportu Miejskiego w Warszawie) oraz umowę zawartą z powyższym Zamawiającym.

Izba dopuściła zawnioskowany przez Zamawiającego i załączony do odpowiedzi na odwołanie dowód, tj.: wiadomość przesłaną przez ZTM Warszawa.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Izba odrzuciła zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 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.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2023 f. zamieścił informację o wyniku postępowania i wyborze oferty wykonawcy MERA-SERWIS jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2023 r. wniósł odwołanie, zwane dalej „pierwszym odwołaniem", zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

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, zwanego dalej„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).

Jednocześnie Odwołujący „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 pierwszym odwołaniu 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.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 19 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1204/23 uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania i nakazała Zamawiającemu – Stowarzyszeniu Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie:

„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.

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.". W pozostałym zarzucie umorzyła postępowanie Odwoławcze.

W uzasadnieniu powyższego wyroku Izba wskazała, że „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.".

Zamawiający w dniu 31 maja 2023 f. zamieścił informację o wyniku postępowania i wyborze oferty wykonawcy MERA-SERWIS jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 czerwca 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MERA-SERWIS, zarzucając Zamawiającemu m.in. naruszenie „art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 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", wnosząc o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania i nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Punktem wyjścia dla rozważań w zakresie tego zarzutu jest zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, która wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Każdy uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest

bowiem do aktywnego uczestnictwa w procedurach wnoszenia środków ochrony prawnej, a tym samym stawiania zarzutów Zamawiającemu. Ustawodawca mając na uwadze postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywane były jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza podnoszenia zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest zatem sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić a co za tym idzie podnieść po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert – nie może bowiem wynajdować coraz to nowych przyczyn służących jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań względnie podnosić zarzuty znane mu już na wcześniejszym etapie postępowania. Oznacza to, że wykonawca powinien przy pierwszej możliwej okazji wnosić wszelkie dostępne środki ochrony prawnej. Sprowadza się to do skrupulatnego przestrzegania terminu na wniesienie odwołania, tak aby zarzuty w nim stawiane nie były spóźnione.

Tak więc w sytuacji, gdy w tym samym postępowaniu a więc w takim stanie faktycznym jak niniejszy Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, powtórzy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o te same dokumenty i powtórzona przez Zamawiającego czynność (w zakresie dotyczącym ponownie podniesionego zarzutu) będzie dokonana na tych samych podstawach co pierwotna, to – zgodnie z zasadą koncentracji – wykonawca, który wniósł pierwsze odwołanie, nie będzie mógł skutecznie kwestionować tej czynności Zamawiającego. Ponowne odwołanie wykonawcy w takim właśnie zakresie będzie uznane za czynność dokonaną po terminie a więc podniesiony zarzut będzie zarzutem spóźnionym.

„Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący, który w zakreślonym terminie zaniedbał ochrony swoich praw w postępowaniu, nie może obecnie domagać się od zamawiającego innej oceny ofert przedstawionych przez wykonawców w zakresie kryterium doświadczenia kierowników. Działanie takie jest spóźnione.”. (wyrok SO w Warszawie z dnia 31 maja 2021 r., sygn. akt XXIII/Zs 28/21)

Odwołujący, wnosząc pierwsze odwołanie (w sprawie o sygn. akt KIO 1204/23) zarzut „naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 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”, sformułował jako zarzut ewentualny. Wnosił bowiem o rozpoznanie wskazanego zarzutu jedynie w przypadku uznania za niezasadny czterech wcześniej postawionych zarzutów odwołania, tj. zarzutu naruszenia 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), 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), 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, zwanego dalej„OPZ”, podczas gdy wszelkie wskazane w OPZ funkcjonalności są funkcjonalnościami minimalnymi – zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, pytanie nr 20 (zarzut nr 3) i 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). Wolą Odwołującego było zatem wnoszenie o rozpoznanie tego zarzutu (zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy MERA-SERWIS do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, które to dokumenty były przedmiotem oceny Zamawiającego przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a jej efektem był wybór najkorzystniejszej oferty zakomunikowany wykonawcom w dniu 18 kwietnia 2023 r., jedynie w przypadku oddalenia pozostałych zarzutów. Natomiast w przypadku ich uwzględnienia pozostawienie go bez rozpoznania. Warto w tym miejscu podkreślić, że ów zarzut podniesiony jako zarzut ewentualny w żaden sposób nie był merytorycznie związany z pozostałymi zarzutami, co więcej na skutek ich uwzględnienia Odwołujący nie uzyskał żadnych nowych informacji, które pozwoliłyby mu sformułować prawidłowo ten zarzut. Informacje te posiadał bowiem już składając pierwsze odwołanie. Tak więc zarzut ten mógł być i powinien być samodzielnie podniesiony na etapie kwestionowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (czynności z dnia 18 kwietnia 2021 r.). Nie można tu w żaden sposób stwierdzić, że nieznajomość jakiś kwestii związanych z tamtymi zarzutami (zarzutem rażąco niskiej ceny, czynu nieuczciwej konkurencji czy też niezgodności z warunkami zamówienia polegającej na tym, że wykonawca MERA-SERWIS nie złożył Specyfikacji technicznej potwierdzającej właściwości i funkcjonalności w zakresie wymagań szczególnych zgodnie z warunkami określonymi w OPZ) nie pozwoliła mu na prawidłowe skonstruowanie tego zarzutu (zarzutu określonego jako ewentualny). Czynności Zamawiającego zarówno pierwotna, jak i powtórzona są bowiem tożsame w swej treści i dokonane na tych samych podstawach w odniesieniu do tego właśnie zarzutu. Natomiast własne działania wykonawcy i przyjęta dla tego postępowania strategia procesowa nie uprawniają do przywrócenia terminu do jego ponownego podnoszenia.

Należy bowiem podkreślić, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny, o ile oparte jest to na rzeczywistych okolicznościach niepozwalających na prawidłowe skonstruowanie zarzutu. Niemniej jednak nie może to prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy przysługuje nowy, wydłużony termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu, którego okoliczności są znane wykonawcy, nie zmieniły się i nie mogły się zmienić. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1204/23 dała bowiem Zamawiającemu wyraźne i jednoznaczne wskazówki w jakim zakresie oferta wykonawcy MERA-SERWIS ma być jeszcze badana i oceniana. Nie było tam kwestii związanych z okolicznościami podnoszonymi w ramach zarzutu ewentualnego. Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VII ust. 2 pkt. 4 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MERA-SERWIS do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej został wniesiony po terminie przewidzianym w ustawie Pzp dla kwestionowania tego rodzaju czynności. „Przyjęcie odmiennego stanowiska przez Izbę, stanowiłoby, w jej ocenie, przyzwolenie do wnoszenia przez Wykonawców po wielokroć odwołań odnoszących się do tych samym dokumentów, a tym samym przyzwolenie na działanie dla zwłoki. Działanie takie byłoby sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej (….).”. (np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2011 r., sygn. akt KIO 342/11) Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten jest spóźniony i podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS mimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, polegająca na niezłożeniu przez wykonawcę MERA-SERWIS środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalności oferowanego urządzenia określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia zgodnego z wytycznymi KIO, zawartymi w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 maja 2023 roku, sygn. akt KIO 1204/23 (zarzut 1 nr odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale IX SWZ „Uprzednia ocena ofert oraz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych składanych przez wykonawcę”, podał:

„7. W celu potwierdzenia, że oferowane biletomaty spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1) Specyfikacji technicznych, potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalność określone w OPZ.

8. 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.”.

Wykonawca MERA-SERWIS w załączeniu do oferty złożył „Specyfikację techniczną potwierdzającą właściwości i funkcjonalności określone w OPZ, Stacjonarny automat biletowy” z dnia 22 marca 2023 r.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2023 f. zamieścił informację o wyniku postępowania i wyborze oferty wykonawcy MERA-SERWIS jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2023 r. wniósł odwołanie, zwane dalej „pierwszym odwołaniem”, zarzucając

Zamawiającemu m.in. naruszenie „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, zwanego dalej „OPZ", podczas gdy wszelkie wskazane w OPZ funkcjonalności są funkcjonalnościami minimalnymi – zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, pytanie nr 20 (zarzut nr 3)".

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 19 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1204/23 uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania i nakazała Zamawiającemu – Stowarzyszeniu Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego w Szczecinie:

„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.

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.".

Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby z dnia 19 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1204/23, działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę MERA-SERWIS do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Specyfikacji technicznych. potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalności oferowanego urządzenia określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w terminie do 1 czerwca 2023 r.

Wykonawca MERA-SERWIS w dniu 26 maja 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 maja 2023, złożył przedmiotowy środek dowodowy w postaci specyfikacji technicznej potwierdzającej minimalne właściwości i funkcjonalności oferowanego stacjonarnego automatu biletowego (załącznik stanowiący „Specyfikację techniczną potwierdzającą właściwości i funkcjonalności określone w OPZ, Stacjonarny automat biletowy BS-09N".

Zamawiający w dniu 31 maja 2023 f. zamieścił informację o wyniku postępowania i wyborze oferty wykonawcy MERA-SERWIS jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym w wyroku z dnia 19 maja 2023 r., w sprawie sygn. akt KIO 1204/23 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu „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". Jednocześnie Izba w treści uzasadnienia wskazała, iż „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". Tym samym Izba ograniczyła niekompletność złożonego dokumentu i konieczność jego uzupełnienia poprzez złożenie dokumentu odnoszącego się wyłącznie do wskazanych punktów Specyfikacji technicznej, gdyż Izba podała, że wykonawca MERA-SERWIS „do swojej oferty załączył specyfikacje techniczną potwierdzającą właściwości i funkcjonalności określone w OPZ w odniesieniu do stacjonarnego automatu biletowego, jednakże nie wynikało z niego aby zaoferowane urządzenie spełniało wymagania we wskazanym zakresie (…)". Z powyższego więc wynika, że tylko w tym ograniczonym zakresie (wskazanym w uzasadnieniu wyroku) ten uzupełniony dokument miał być badany przez Zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym, co jest bezsporne, Zamawiający w rozdziale IX pkt 7 SWZ wskazał, że „w celu potwierdzenia, że oferowane biletomaty spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: 1) Specyfikacji technicznych, potwierdzających minimalne właściwości i funkcjonalność określone w OPZ". Zamawiający, mimo iż żądał złożenia przez wykonawców Specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia to nie załączył do SWZ wzoru takiej Specyfikacji technicznej, który określałby sposób jej sporządzenia, odnosząc ją wyłącznie do treści OPZ. OPZ wskazywała bowiem „Planowane do zamówienia urządzenia powinny posiadać minimalne funkcjonalności oraz parametry techniczne (…), nie podając także na jakim poziomie stopnia szczegółowości mają być one wykazane przez wykonawcę. Tak więc

Zamawiający nigdzie nie podał w jaki sposób złożona specyfikacja techniczna ma być sporządzona. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia taką specyfikację miał złożyć i każdy z wykonawców ją złożył. Niemniej jednak sposób jej sporządzenia jest różny dla każdego z wykonawców, co nie oznacza, że niezgodny z wymaganiami postawionymi w SWZ bo tych, jak już wyżej wskazano, Zamawiający nie określił.Wobec tego każdy opis dotyczący spełnienia wymagań Zamawiającego o ile pozwalał na stwierdzenie, że wykonawca zadeklarował, że dany wymóg oferowane urządzenie spełnia był prawidłowo skonstruowany.

Wykonawca MERA-SERWIS złożył najpierw Specyfikację techniczną określoną jako „Specyfikacja techniczna potwierdzająca właściwości i funkcjonalności określone w OPZ, Stacjonarny automat biletowy", odnosząc ją do wyspecyfikowanych w tabeli stanowiącej Specyfikację techniczną elementów określających przedmiot zaoferowanego urządzenia. Następnie zaś, wykonując wyrok Izby, wykonawca ten przedłożył kolejną (uzupełnioną bo do tego został wezwany) Specyfikację techniczną („Specyfikacje techniczną potwierdzającą właściwości i funkcjonalności określone w OPZ, Stacjonarny automat biletowy BS-09N"), w której wyspecyfikował dwie kolumny, tj.: „Określone przez Zamawiającego minimalne parametry techniczne i funkcjonalności Automatów Stacjonarnych (Załącznik nr 6 do OPZ oraz wyjaśnienia treści SWZ) i „Potwierdzenie spełnienia wymagań przez ofertę Wykonawcy". Warto przy tym zauważyć, że Odwołujący w złożonej Specyfikacji technicznej wyspecyfikował cztery kolumny, tj. „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: Wymagania", „Wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 16.03.2023 r.", „Data zmiany/wyjaśnienia/ odniesienie" „Opis techniczny/funkcjonalny oferowanego biletomatu MCA-713 V2.0 cashless". Oznacza to, wobec braku wzoru Specyfikacji technicznej, że każdy z wykonawców przedstawił Specyfikację techniczną sporządzoną w inny sposób, co nie znaczy, że w sposób niewłaściwy. Każdy sposób wykazania wymagań Zamawiającego był więc prawidłowy. Wykonawca MERA-SERWIS uczynił to, mając na uwadze uzupełnioną specyfikację w odniesieniu do tych pozycji, na niekompletność których wskazała w wyroku Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 1204/23), tj. 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. OP, poprzez wpisanie „TAK, spełnia" oraz dodanie wszędzie tam gdzie wskazała Izba i gdzie było to możliwe dodatkowej treści. Na marginesie podnieść należy, że Specyfikacja techniczna złożona przez wykonawcę MERA-SERWIS wraz z ofertą, jak wskazał Zamawiający, była w określonym zakresie na wysokim stopniu szczegółowości. Zawierała nawet elementy opisane bardziej szczegółowo niż to w swej specyfikacji zrobił Odwołujący. Obydwaj wykonawcy przygotowali Specyfikacje techniczne opisujące spełnienie wymagań i funkcjonalności w szerszy bądź węższy sposób. Co więcej każdy z wykonawców wypełnił specyfikację w sposób odmienny. A ponieważ Zamawiający nigdzie nie podał w jaki sposób specyfikacja powinna być wypełniona a jedynie iż, ma ona uwzględniać wymagania wyspecyfikowane przez Zamawiającego w SWZ – OPZ specyfikacja złożona przez wykonawcę MERA-SERWIS, bo tylko ona podlegała ocenie Izby, została sporządzona prawidłowo i potwierdza spełnienie parametrów i funkcjonalności oferowanego urządzenia. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Tym samym zarzut naruszenia **„art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez:**

- **a)w zakresie pkt. 1 brak odrzucenia oferty wykonawcy MERA-SERWIS pomimo zaistnienia okoliczności, w skutek których oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona przez Zamawiającego,**
- **b)w zakresie pkt. 2 brak wezwania wykonawcy MERA-SERWIS do wykazania się inną realizacją w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia innych referencji, pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniających to wezwanie",**

(zarzut nr 3 odwołania), wobec niepotwierdzenia się zarzutów nr 1 i nr 2 odwołania, nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) 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).

Przewodniczący: ……..…...

……..

……..