

WYROK

z dnia 21 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 i 18 września 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2018 r. przez wykonawcę

City Parking Group Spółka akcyjna, ul. Budowlanych 3, 86-300 Grudziądz

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Wrocław - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław

przy udziale wykonawcy KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża City Parking Group Spółkę akcyjną i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez City Parking Group Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1761/18

Zamawiający: Gmina Wrocław - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „obsługę strefy płatnego parkowania we Wrocławiu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 247-519532. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący - City Parking Group S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KBU Sp. z o.o. i poprzedzających tę czynność zaniechań polegających na:

1. zaniechaniu unieważnienia postępowania, pomimo iż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
 2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania KBU Sp. z o.o., pomimo iż w odpowiedzi na wezwanie z 10 sierpnia 2018 r. złożył niewystarczające wyjaśnienia w zakresie warunku doświadczenia oraz bezpodstawnie nie zastosował się do żądania Zamawiającego uzupełnienia dokumentów, ewentualnie: zaniechaniu skutecznego wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia, pomimo iż złożone przez KBU Sp. z o.o. w piśmie z 16 sierpnia 2018 r. wyjaśnienia wraz z dokumentami nie potwierdzają okoliczności spełnienia warunku doświadczenia określonego w punkcie IV.2.3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 3. zaniechaniu wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanych istotnych części składowych ceny lub kosztu z tytułu opłat za postój wniesionych w parkomatach bilonem oraz zbliżeniową kartą płatniczą oraz wniesionych za pomocą urządzeń mobilnych (załącznik nr 1 do oferty: Zestawienie kosztów zadania z tabelą 2. i tabelą 3.),
 4. zaniechaniu wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym wyliczenia kosztów z tytułu udostępnienia parkomatów ujętych w załączniku nr 1 do oferty: Zestawienie kosztów zadania z tabelą 1., które wskazują, iż wykonawca KBU Sp. z o.o. zawyżył koszty związane z realizacją tej części zamówienia uwzględniając w cenie/koszczcie nie tylko koszt zakupu/leasingu parkomatów, co nie odpowiada wymaganiom rozdziału XII ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z wyjaśnieniem nr 2 tabeli 1. „Obliczenie wartości wynagrodzenia z tytułu udostępnienia parkomatów TABELA 1” oraz rozdziału XII ust. 6 treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 5. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez KBU Sp. z o.o. z tego powodu, iż jej treść w zakresie wyliczenia kosztów z tytułu udostępnienia parkometrów ujęta w załączniku nr 1 do oferty: Zestawienie kosztów zadania z tabelą 1. wskazuje, iż wykonawca zawyżył koszty związane z realizacją tej części zamówienia uwzględniając w cenie/koszczcie nie tylko i wyłącznie koszty zakupu/leasingu parkomatów, co nie odpowiada wymaganiom rozdziału XII ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z wyjaśnieniem nr 2 tabeli 1. „Obliczenie wartości wynagrodzenia z tytułu udostępnienia parkomatów TABELA 1” oraz rozdziału XII ust. 6 treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którym to czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie norm zawartych w przepisach (punkt w odwołaniu oznaczony jako II):
1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 oraz w związku z art. 38 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo spełnienia ustawowych przesłanek obligujących Zamawiającego do dokonania takiej czynności z uwagi na nieusuwalną wadę postępowania polegającą na nieprzewidzianym zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszczeniu do rozpoczęcia pobierania opłaty za postój w SPP we Wrocławiu po 1 września 2018 r. (w odniesieniu do płatności bezgotówkowych od 8 kwietnia 2019 r.), co stanowi nieprzewidzianą, a zatem niedopuszczalną zmianę warunków udzielanego zamówienia dokonaną po upływie terminu składania ofert, mającą wpływ na treść składanych ofert oraz mogącą mieć wpływ na wynik postępowania,
 2. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez bezpodstawnie niezastosowanie się przez KBU Sp. z o.o. do żądania Zamawiającego z 10 sierpnia 2018 r. uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... poprzez zaniechanie skutecznego wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia, pomimo iż wyjaśnienia

złożone przez KBU Sp. z o.o. nie mogą zostać uznane za wystarczające dla uznania KBU Sp. z o.o. za wykonawcę posiadającego wymagane doświadczenie,

3. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KBU Sp. z o.o. pomimo braku wykazania spełnienia przez KBU Sp. z o.o. warunku doświadczenia określonego w punkcie IV.2.3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę pomimo obiektywnych przesłanek wskazujących, iż istotne części składowe ceny lub kosztu oferty, tj. koszty z tytułu opłat za postój wniesionych w parkomatach bilonem oraz zbliżeniową kartą płatniczą oraz wniesionych za pomocą urządzeń mobilnych (załącznik nr 1 do oferty: Zestawienie kosztów zadania z tabelą 2. i tabelą 3.) są rażąco zaniżone w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą obiektywne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztów z tytułu udostępnienia parkometrów ujętych w załączniku do oferty: Zestawienie kosztów zadania z tabelą 1. mających na celu ustalenie, czy wykonawca nie zawyżył kosztów związanych z realizacją tej części zamówienia uwzględniając w cenie/koscie także inne koszty niż koszt zakupu/leasingu parkomatów, co byłoby sprzeczne z odpowiednimi zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz doprowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy KBU Sp. z o.o.,

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak odrzucenia oferty złożonej przez KBU Sp. z o.o. z tego powodu, iż wyliczenie kosztów z tytułu udostępnienia parkometrów ujęte w załączniku do oferty: Zestawienie kosztów zadania z tabelą 1. wskazuje, iż wykonawca zawyżył koszty związane z realizacją tej części zamówienia uwzględniając w cenie/koscie także inne koszty niż tylko i wyłącznie koszt zakupu/leasingu parkomatów, co nie odpowiada wymaganiom rozdziału XII ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z wyjaśnieniem nr 2 zawartym we wzorze tabeli 1. oraz rozdziału XII ust. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

7. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości polegających na:

a) bezpodstawnym odstąpieniu od rzetelnej weryfikacji spełniania przez KBU Sp. z o.o. warunków przyjętych przez Zamawiającego w postępowaniu,

b) odstąpienia od weryfikacji realności poziomu istotnych składników zaproponowanej przez KBU Sp. z o.o. ceny/kosztu ujętego w zestawieniu kosztów wraz z tabelą 2. i 3., pomimo

istnienia ustawowego obowiązku dokonania takiej weryfikacji,

c) zaakceptowaniu nieuprawnionego zaniżania przez KBU Sp. z o.o. kosztów ujętych w zestawieniu kosztów zadania wraz z tabelą 2. i 3. oraz zawyżenia kosztów ujętych w zestawieniu kosztów zadania wraz z tabelą 1., co doprowadziło do nieuprawnionego

uprzywilejowania KBU Sp. z o.o. w postępowaniu, polegającego na uzyskaniu pewności wypłaty stałej i gwarantowanej części wynagrodzenia z tytułu udostępniania parkomatów w wysokości większej niż uzasadniony koszt zakupu/leasingu parkomatów i tym samym nieuprawnionym ograniczeniu ryzyka braku zapłaty wynagrodzenia uzależnionego od ilości godzin parkowania samochodów w strefie płatnego parkowania (zestawienie kosztów zadania wraz z tabelą 2. i 3.),

d) odstąpieniu od żądania wyjaśnień dotyczących szczegółów kalkulacji ceny za dostępność parkomatów.

Odwolujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,

2. unieważnienia postępowania lub ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania w zakresie unieważnienia postępowania, wykluczenia z postępowania KBU Sp. z o.o. z powodu braku uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 10 sierpnia 2018 r.,

3. lub ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia żądania: nakazanie powtórzonego zbadania i oceny zdolności podmiotowej wykonawcy KBU Sp. z o.o. poprzez dokonanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 4 pkt 2

rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wezwania do złożenia dowodów

potwierdzających spełnienie przez KBU Sp. z o.o. warunku doświadczenia,

5. powtórzonego zbadania treści oferty KBU Sp. z o.o. poprzez dokonanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu oferty określonych przez wykonawcę w zestawieniu kosztów zadania z tabelą 2. i tabelą 3., tj. z tytułu opłat za postój wniesionych w parkomatach bilonem oraz zbliżeniową kartą płatniczą oraz wniesionych za pomocą urządzeń mobilnych,

6. powtórzonego zbadania treści złożonej przez KBU Sp. z o.o. oferty poprzez dokonanie wezwania KBU Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztów z tytułu udostępnienia parkomatów wskazanych w zestawieniu kosztów zadania wraz tabelą 1. oraz tym samym wyjaśnienia, czy wyliczenie uwzględnia jedynie koszty zakupu/leasingu

parkomatów, czy także uwzględnia inne koszty związane z realizacją zamówienia, które powinny być ujęte w wynagrodzeniu wyliczonym w zestawieniu kosztów zadania wraz z tabelą 2. i 3., lub ewentualnie także nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez KBU Sp.

z o.o. w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż wyliczenie kosztów z tytułu udostępnienia parkomatów wskazane w zestawieniu kosztów zadania wraz tabelą 1. nie uwzględnia jedynie kosztu zakupu/leasingu parkomatów, lecz uwzględnia także inne koszty związane z realizacją zamówienia, które powinny być ujęte w wynagrodzeniu wyliczonym w zestawieniu kosztów zadania wraz z tabelą 2. i 3.,

7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów reprezentacji zgodnie z właściwymi przepisami.

W odwołaniu Odwołujący wskazał, że informację o naruszeniu przepisów prawa powziął 22 sierpnia 2018 r., gdy otrzymał pismo Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KBU Sp. z o.o.

W zakresie zarzutu zaniechania czynności unieważnienia postępowania:

Zaniechanie wykonania czynności unieważnienia postępowania narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, który należy interpretować szeroko i który może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak orzeczenia TSUE w sprawie C-131/16 i C-100/12). Stwierdzenie ewentualnych podstaw do unieważnienia postępowania stworzy Odwołującemu nową sytuację w powtórzonym postępowaniu, która doprowadzić może do uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą oraz tym samym uzyskania przedmiotu zamówienia.

Dochowanie wyznaczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu rozpoczęcia pobierania opłat na dzień 1 września 2018 r. nie jest obiektywnie możliwe. Pomimo upływu terminu uruchomienia SPP wybór jako najkorzystniejszej oferty KBU Sp. z o.o. dokonany 22 sierpnia 2018 r. świadczy o tym, że Zamawiający zgodził się na uruchomienie SPP w innym terminie niż określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, jak wynika z uchwały Rady Miejskiej Wrocławia nr LIX/1400/18 z 5 lipca 2018 r. termin uruchomienia SPP we Wrocławiu na nowych zasadach umożliwiających bezgotówkowe uiszczanie opłat za postój przy użyciu zbliżeniowych kart płatniczych został przesunięty z 1 września 2018 r. na 8 kwietnia 2019 r. Jednocześnie możliwości zmiany terminu funkcjonowania SPP na dzień 8 kwietnia 2019 r., a więc o ponad 7 miesięcy, Zamawiający nie przewidział w ramach niniejszego postępowania. W związku z zakończeniem przez Odwołującego w okresie 1 września 2018 r. - 8 kwietnia 2019 r.

realizacji kontraktów w innych miejscowościach w powtórzonym postępowaniu Odwołujący, składając swą ofertę, mógłby zaproponować wycofywane z innych miast parkometry, które stanowią własność Odwołującego oraz które spełniają wymogi Zamawiającego. Użycie parkometrów zlokalizowanych w innych miejscowościach w celu wykonania przedmiotowego zamówienia wpływa na obniżenie kosztów związanych z wykonywaniem usługi we Wrocławiu, czego Odwołujący nie miał możliwości uwzględnić w okresie składania ofert.

Kalkulując ofertę składaną w niniejszym postępowaniu Odwołujący przewidywał zakup nowych parkometrów na potrzeby realizacji zamówienia, albowiem zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjął, iż rozpoczęcie pobierania opłaty za postój rozpocznie się 1 września 2018 r. a więc z dniem, który uniemożliwia mu

wykorzystanie parkometrów stojących w innych miejscowościach.

Gdyby Odwołujący posiadał wiedzę o możliwości przesunięcia terminu rozpoczęcia pobierania opłaty za postój, oferta Odwołującego złożona zostałaby na zupełnie innych - korzystniejszych dla Zamawiającego - warunkach finansowych. Podjęcie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty KBU Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo upływu wymaganego terminu uruchomienia SPP, jak i podjęcie decyzji o zmianie tego terminu w ramach toczącego się postępowania, pomimo że Zamawiający nie dopuścił możliwości takiej zmiany, w sposób sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych, pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania i realizacji przedmiotu zamówienia, doprowadzając do powstania oczywistej szkody w interesie Odwołującego. Wniesienie odwołania zmierza zatem do unieważnienia postępowania i jego ponownego przeprowadzenia z uwzględnieniem pełnej wiedzy o warunkach realizowanego zamówienia, a tym samym z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości, które stanowią warunek konieczny do tego, aby wynik postępowania był zgodny z Ustawą oraz wymaganiami Zamawiającego.

Z kolei gdyby Zamawiający wykluczył KBU Sp. z o.o. z postępowania lub właściwie dokonał weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbadał treść oferty KBU Sp. z o.o., doprowadziłoby to do obowiązku wyboru przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, gdyż Zamawiający - oprócz wybranej oferty - uznał ofertę Odwołującego za jedyną odpowiadającą jego wymaganiom.

Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przesłanki wynikającej z przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Tym samym obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych istnieje w sytuacji łącznego wystąpienia kwalifikowanej wady prawnej postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a która nie może być usunięta zgodnie z normami prawnymi przewidzianymi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie każde naruszenie (wada) stanowi podstawę do unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych naruszenie, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania zostało uznane przez ustawodawcę za kwalifikowaną wadę postępowania skutkującą unieważnieniem umowy, której wystąpienie skutkuje także obowiązkiem unieważnienia postępowania.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczył ściśle terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia, w szczególności termin rozpoczęcia pobierania opłat za postój (uruchomienie urządzeń do poboru opłat parkingowych oraz usługi płatności urządzeniami mobilnymi), który został wyznaczony na 1 września 2018 r. Termin ten miał charakter istotny na co wskazuje jego niezmienny charakter nadany przez samego Zamawiającego, przewidziane wysokie kary umowne za jego niedochowanie, umowne prawo odstąpienia Zamawiającego od umowy w przypadku jego niedochowania.

Odwołujący przygotowując ofertę uwzględnił wymóg Zamawiającego niezmienności terminów jako istotne postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przyszłej umowy.

Orzecznictwo Izby wskazuje, iż w takich okolicznościach niemożność dochowania terminu skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Jak wynika z wyroku KIO sygn. akt KIO 929/17: „nie negując możliwości ewentualnej nieznacznej korekty tego terminu należy stwierdzić, że realna w okolicznościach sprawy jest perspektywa obiektywnej niemożności jego dotrzymania w tym sezonie. Tym samym termin należy uznać w tym postępowaniu za przedmiotowo istotny składnik ze względu na zasadniczy jego charakter dla tego postępowania i w konsekwencji składnik przedmiotowo istotny (essentialia negotii) umowy zawartej po przeprowadzeniu tego postępowania.”

Powyższy, istotny charakter terminów jednoznacznie wynika z treści postanowień dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. Zgodnie z rozdziałem III pkt 11 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz

rozdziałem IV pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia obowiązkiem wybranego wykonawcy pozostaje rozpoczęcie pobierania opłat za postój (uruchomienie urządzeń do poboru opłat parkingowych oraz usługi płatności urządzeniami mobilnymi) 1 września 2018 r. o godz. 0:00; postanowienia te znajdują swoje odzwierciedlenie w § 2 ust. 2 wzoru umowy.

2. Zgodnie z rozdziałem IV ust. 3 pkt 2 oraz rozdziałem XIII ust. 19 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nałożył na wybranego wykonawcę dodatkowe obowiązki polegające na:

a) przeprowadzeniu testowego rozruchu zamontowanych urządzeń gwarantującego prawidłowe rozpoczęcie funkcjonowania parkomatów od 1 września 2018 r.; prace związane z testowym rozruchem musiały zostać zakończone i zgłoszone do odbioru najpóźniej 24 sierpnia 2018 r.,

b) przygotowaniu folderu informacyjnego w terminie miesiąca przed uruchomieniem systemu poboru opłat, czyli do 1 sierpnia 2018 r.,

c) za niedochowanie powyższych terminów realizacji umowy Zamawiający, w § 9 ust. 2 pkt

2. 3 i 10 projektu umowy, przewidział sankcje w postaci kar umownych:

- za każdy dzień zwłoki od terminu określonego w § 2 ust. 2 wzoru umowy (rozpoczęcie pobierania opłat za postój - uruchomienie urządzeń do poboru opłat parkingowych oraz usługi płatności urządzeniami mobilnymi) w wysokości 30.000 zł,

- za każdy dzień zwłoki od terminu określonego w rozdziale IV ust. 3 pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia (przeprowadzenie testowego rozruchu) w wysokości 15.000 zł,

- za niewywiązanie się z obowiązku określonego w rozdziale XIII ust. 19 opisu przedmiotu zamówienia w terminie (przygotowanie folderu informacyjnego) w wysokości 1.000,00 zł za każdy dzień liczony od przekroczenia terminu.

3. Terminy rozpoczęcia funkcjonowania SPP na nowych zasadach wynikały z przyjętej przez Radę Miejską we Wrocławiu uchwały nr XLVIII/1143/17 z 23 listopada 2017 r., która

zobowiązywała Prezydenta Miasta Wrocławia (jako organu wykonawczego jednostki

samorządu terytorialnego, któremu powierzano jej wykonanie) do wprowadzenia od 1 września 2018 r. możliwości uiszczania w parkomacie opłaty za pomocą elektronicznych instrumentów płatniczych umożliwiających dokonywanie bezgotówkowych płatności przy użyciu zbliżeniowych kart płatniczych (§ 1 pkt 5 lit. b) w związku z § 3 uchwały (Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego poz. 5025). Uchwała Rady Miejskiej stanowiła integralną część opisu przedmiotu zamówienia stanowiąc jego załącznik nr 1b); cały opis przedmiotu zamówienia wraz załącznikami, podobnie jak złożona przez wybranego wykonawcę oferta, stanowi integralną część umowy o zamówienie publiczne oraz jej załącznik (§ 1 ust. 2 i 11 wzoru umowy), zaś wykonawca zobowiązany jest do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi i obowiązkami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia.

4. Zamawiający w § 12 ust. 1 projektu umowy nie przewidział możliwości zmiany terminów umowy w sytuacji, gdy dochowanie umownych terminów stanie się niemożliwe z powodu wydłużenia prowadzonego postępowania, tym samym nie istniały uzasadnione podstawy do przyjęcia tezy o dopuszczalności wprowadzenia zmian w umowie na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5. Zamawiający w § 11 ust. 3 projektu umowy zastrzegł, że jeżeli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem realizacji przedmiotu tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał go ukończyć w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu jej wykonania; zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy w sytuacji opóźnienia się z rozpoczęciem realizacji przedmiotu stanowiło także uzasadnione podstawy dla Odwołującego do przyjęcia założenia o bezwzględny charakterze poszczególnych terminów związanych z rozpoczęciem realizacji przedmiotu umowy.

6. W związku z tak rygorystycznymi wymogami Odwołujący złożył zapytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia o następującej treści: „Pytanie nr 146: Pytanie dotyczące § 9 ust 2 pkt 2) umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za każdy dzień przekroczenia terminu określonego w § 2 ust 2, w wysokości 30.000,00 zł. Czy w związku z odbiorem każdego z udostępnionych przez Wykonawcę urządzeń przez Zamawiającego (Rozdział IV ust e3 pkt 3 OPZ), za przekroczenie terminu będzie uznawana także sytuacja, gdy jedynie pojedyncze sztuki parkometrów nie będą odebrane w terminie, ale świadczenie usług nastąpi w dniu 01.09.2018 r.? Czy nie bardziej właściwe jest określenie ww. kary za całkowity brak świadczenia usług w terminie określonym oraz stosowanie proporcjonalnej

kary w zależności od liczby nieodebranych parkometrów? Czy istnieje możliwość zmiany terminu pobierania opłat w przypadku późnego terminu zawarcia umowy w sytuacji ewentualnie przedłużającej się procedury przetargowej? Zbyt późne zawarcie umowy z przyczyn niezależnych od stron może czynić niemożliwym dochowanie terminów oraz niezasadne naliczenie kar umownych.

Odpowiedź nr 146: Zamawiający naliczy karę, o której mowa w § 9 ust. 2 pkt 2) umowy w przypadku przekroczenia przez Wykonawcę terminu 1 września 2018 r."

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na zadane pytania jednoznacznie wskazał, iż w każdym przypadku, o którym mowa w zapytaniu, przewiduje naliczanie kar umownych, a zatem nie dopuszcza także możliwości zmian terminu pobierania opłat w sytuacji przedłużającej się procedury przetargowej.

7. Zgodnie z rozdziałem III ust. 11 pkt 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił termin zakończenia pobierania opłat za postój przez wykonawcę jako wyczerpanie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, lecz nie dłużej niż 7 lat od daty rozpoczęcia pobierania opłat za postój, z zastrzeżeniem pkt 4; jednocześnie, zgodnie z sekcją II pkt 2.7) ogłoszenia o zamówieniu koniec okresu obowiązywania zamówienia został wyznaczony nie później niż na dzień 31 sierpnia 2025 r. Powyżej wskazana data zakończenia umowy ujęta w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznacznie potwierdza wolę Zamawiającego liczenia 7-letniego terminu poboru opłat wyłącznie od daty 1 września 2018 r. i brak możliwości jego zmiany. Gdyby Zamawiający dopuszczał termin rozpoczęcia poboru inny niż 1 września 2018 r., skorzystałby z alternatywnych opcji wypełniania sekcji II pkt 2.7) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie okresu obowiązywania zamówienia poprzez wskazanie liczby miesięcy.

8. W związku z przedłużaniem się postępowania z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz licząc się z możliwością wezwania Odwołującego do wniesienia wadium w przypadku ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący, pismem z 13 lipca 2018 r., zwrócił się z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania: czy w związku z przedłużającym się postępowaniem, pomimo braku prawnych możliwości zmian terminów umownych, Zamawiający dopuszcza jednak wprowadzenie zmian w zawartej z wybranym wykonawcą umowie polegających na przesunięciu terminu rozpoczęcia pobierania opłat za postój określony w przetargu na 1 września 2018 r., terminu przeprowadzenia testowego rozruchu zamontowanych urządzeń, który został wyznaczony na dzień 24 sierpnia 2018 r., oraz terminu przygotowania folderów informacyjnych, a jeśli tak, to na jakiej podstawie prawnej i na jaki okres? W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze, czy w sytuacji niedochowania ww. terminów umownych z uwagi na przeciągające się postępowanie Zamawiający przewiduje możliwość odstąpienia od naliczenia i dochodzenia należnych kar przewidzianych w umowie np. z powodu uznania, iż opóźnienie nie wynika z okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność? Czy świadoma zgoda wykonawcy na zawarcie umowy określającej terminy, których dochowanie jest obiektywnie niemożliwe, uznane zostanie za okoliczność, za którą wykonawca będzie ponosił jednak odpowiedzialność, za czym przemawia także treść odpowiedzi udzielonych na pytania 146. oraz 147. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia? Na zadane pytania Odwołujący nie uzyskał odpowiedzi.

Pomimo przyjętych przez Zamawiającego warunków realizacji kontraktu, dokonanie 22 sierpnia 2018 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oznacza w skutkach dopuszczenie przez Zamawiającego rozpoczęcia świadczenia powyżej wskazanych poszczególnych czynności po 1 września 2018 r., a więc w innych terminach niż przyjęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projekcie umowy. W szczególności Zamawiający dopuszcza rozpoczęcie pobierania opłat za postój (uruchomienie urządzeń do poboru opłat parkingowych oraz usługi płatności urządzeniami mobilnymi) przez wybranego wykonawcę po tym terminie.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która prowadzi do zawarcia umowy po 1 września 2018 r. stanowi odejście od wymogów dotyczących terminów realizacji przedmiotu zamówienia, które zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej. Zmiana terminów w okolicznościach przedłużającego się przetargu nie tylko nie została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale odpowiedź na pytanie nr 146 wskazuje na wolę Zamawiającego, aby termin 1 września 2018 r. posiadał charakter niezmienny w sytuacji przedłużania się postępowania przetargowego. Zamawiający udzielając odpowiedzi nr 146 godził się zatem z koniecznością ewentualnego unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy czas trwania postępowania przetargowego uniemożliwi realizację usługi poboru opłat od 1 września 2018 r. Warunki realizacji zamówienia zostały expressis verbis zmienione w wyniku przyjęcia przez Radę Miasta Wrocławia uchwały nr

LIX/1400/18 z 5 lipca 2018 r., którą zmieniono uchwałą nr XLVIII/1143/17, która jest integralną częścią dokumentacji przetargowej. Nowa uchwała weszła w życie w 1 sierpnia

2018 r., a więc należy przyjąć, iż z tym dniem nastąpiły zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. po upływie terminu składania ofert. Nową uchwałą dokonano zmiany terminu bezgotówkowego uiszczania opłat za postój przy użyciu zbliżeniowych kart płatniczych wyznaczoną pierwotnie w dokumentacji przetargowej na 1 września 2018 r. oraz wyznaczono nowy termin na 8 kwietnia 2019 r.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zmiany dokonane w załączniku nr 1b do opisu przedmiotu zamówienia oznaczają zmianę warunków udzielanego zamówienia po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne w świetle art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowi złamanie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc zasad równego traktowania oraz przejrzystości.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzenie zmian w wymogach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest możliwe jedynie przed upływem terminu składania ofert, czyli a contrario zakazana jest zmiana po upływie tego terminu. Z kolei zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, aby oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (orzeczenie TSUE w sprawie C-538/13, C-496/99 C-42/13). Obowiązek przejrzystości, który jest dopełnieniem powyższej zasady, ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania niektórych oferentów lub ofert przez instytucję zamawiającą. Z zasady przejrzystości wynika zatem obowiązek Zamawiającego podawania informacji o wymogach dotyczących udzielanego zamówienia, które mogą mieć wpływ na proponowane warunki składanych ofert lub krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia, tak, aby zapewnić równe szanse wykonawcom przy ubieganiu się o zamówienie. Brak informacji o możliwości wyznaczenia późniejszego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi poboru opłat niż 1 września 2018 r. miał istotny wpływ na treść składanych ofert oraz mógł wpłynąć na wyniki postępowania.

Zamawiający, dokonując zmian wymagań po upływie terminu składania ofert i wbrew warunkom przyjętym przez siebie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, naruszył w sposób rażący normy wyrażone w przepisach art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. O kwalifikacji postępowania Zamawiającego jako rażącego naruszenia norm przesądza nie tylko fakt postępowania niezgodnego z jednoznacznymi normami, ale przede wszystkim, iż postępowanie Zamawiającego godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone zarówno w przepisach prawa polskiego, jak i unijnego.

Powyższe wskazuje, iż w postępowaniu naruszono powyższe przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc jest ono obarczone wadą. Wada ta ma charakter istotny, bowiem gdyby wykonawca wiedział o możliwości wydłużenia terminów związanych z realizacją zamówienia, w szczególności możliwości świadczenia usługi bezgotówkowego

uiszczania opłat za postój od 8 kwietnia 2019 r., miałyby to istotny wpływ na treść złożonej oferty i jej warunki finansowe. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na zapytanie dotyczące możliwości zmiany terminu rozpoczęcia poboru opłat w sytuacji przedłużenia się postępowania oferta Odwołującego nie uwzględniałaby zakupu nowych parkomatów dostosowanych do wykonywania operacji bezgotówkowych w celu wykonania zamówienia, lecz wykorzystanie urządzeń z miejscowości, w których kontrakty kończą się w okresie od 1 września 2018 r. do 8 kwietnia 2019 r., które stanowią własność Odwołującego i spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący ponosiłby zatem znacząco niższe koszty realizacji przedmiotu zamówienia, co mogłoby mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - choćby z tytułu realizacji dwóch umów zawartych z Miastem Łódź możliwe byłoby przeniesienie od 1 marca 2019 r. łącznie 299 sztuk parkometrów, a więc liczby wymaganej przez Zamawiającego parkomatów w roku 2018. Odwołujący wskazał też inne umowy, których termin realizacji upływa do 30 września 2018 r., wykorzystanie parkometrów z których nie było rozważane z uwagi na określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiążący termin rozpoczęcia poboru opłat 1 września 2018 r.

Zamawiający nie przewidział także możliwości zmiany terminu zakończenia poboru opłat w okolicznościach przedłużającego się postępowania przetargowego, co miało także znaczenie przy formułowaniu warunków składanej oferty. Data rozpoczęcia i zakończenia okresu poboru opłat za postój jest datą kluczową dla złożenia oferty i kalkulacji ceny, albowiem daty te wyznaczają okres, w którym możliwa jest wypłata wynagrodzenia wykonawcy, przy czym nie może ono być wyższe niż wskazane w ofercie. Rozpoczęcie późniejsze poboru opłat przy zachowaniu terminu końcowego umowy wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu skracza czas, w którym możliwe jest pobieranie

wynagrodzenia przez wykonawcę, które dokonywane jest w okresie miesięcznym i uzależnione przede wszystkim od kwoty wpływu środków z tytułu opłaty za postój. Skrócenie 7-letniego okresu poboru opłat (nieprzewidziane warunkami przetargu) zwiększa zatem ryzyko wykonawcy braku wypłaty wynagrodzenia w wysokości wskazanej w ofercie i zwrotu kosztów związanych z zakupem parkomatów. Oczywiście jest, iż ryzyko straty jest mniejsze przy dłuższym okresie pobierania opłat niż w okresie krótszym. Gdyby zatem wykonawcy posiadali wiedzę o dokonaniu takiej zmiany (tj. przesunięciu terminu rozpoczęcia poboru opłat przy zachowaniu terminu jego zakończenia na 31 sierpnia 2025 r.) w okolicznościach przedłużającego się przetargu, niewątpliwie informacja ta miałaby wpływ na kalkulację cenową wykonawców (treść złożonych ofert), co z kolei mogłoby mieć także wpływ na ostateczne wyniki przetargu.

Nie można także wykluczyć, iż wyznaczenie odleglejszego w czasie terminu rozpoczęcia pobierania opłat umożliwiłoby także innym wykonawcom ubieganie się o realizację przedmiotowego zamówienia, gdyż narzucone przez Zamawiającego terminy rozpoczęcia funkcjonowania SPP byłyby bardzo krótkie biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia, co mogło zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty. Wyznaczenie dłuższego terminu dawałoby zatem więcej czasu na przygotowanie funkcjonowania SPP oraz mogło zachęcić szerszą grupę wykonawców do złożenia oferty, co z kolei mogłoby także mieć wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, iż dokonana zmiana wymogów związanych z realizacją zamówienia po upływie terminu składania ofert, której Zamawiający wcześniej nie przewidział, ma charakter istotny, albowiem gdyby były one znane wykonawcom na etapie składania ofert, prowadziłyby do zmiany ich treści, w szczególności w zakresie ceny oferty oraz kręgu potencjalnych wykonawców, co mogłoby prowadzić do zmiany wyników prowadzonego postępowania. Tym samym istnieje realny i bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu a wpływem tego naruszenia na wynik postępowania. Jeśli zasady, na jakich udzielane jest zamówienie, ulegają zmianom, które, gdyby były znane wszystkim wykonawcom na etapie składania ofert, mogłyby prowadzić do innych jego rezultatów, postępowanie należy powtórzyć.

Dodatkowo umowa zawarta z wykonawcą z terminem 1 września 2018 r. jako datą rozpoczęcia pobierania opłat, w tym w sposób bezgotówkowy, byłaby sprzeczna z normami prawa lokalnego, które obecnie przewiduje możliwość uiszczenia opłaty w tej formie od 8 kwietnia 2019 r.

Powyższa wada w okolicznościach niniejszego postępowania nie może być usunięta zgodnie z normami prawnymi przewidzianymi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Wadliwość postępowania wynika przede wszystkim z faktu, iż Zamawiający wyłącznie z przyczyn od siebie zależnych wykroczył poza termin 1 września 2018 r., w którym miało nastąpić rozpoczęcie płatnego poboru opłat. W związku z tym, iż czasu nie da się cofnąć, usunięcie tej wady nie jest obiektywnie możliwe. Także uchwały Rady Miejskiej z 5 lipca 2018 r., która dokonała zmian w załączniku nr 1b do opisu przedmiotu zamówienia, nie da się usunąć w trybie przewidzianym ustawą Prawo zamówień publicznych, a uchylene tej uchwały przez Radę Miejską powodowałoby obowiązek Prezydenta Miasta Wrocławia umożliwienia mieszkańcom wnoszenia opłaty w sposób bezgotówkowy od 1 września 2018 r., co nie jest już możliwe.

Nie istnieją także prawne podstawy do zmiany umowy w okolicznościach wskazanych w art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający w § 12 ust. 1 projektu umowy nie przewidział możliwości zmiany terminów umowy w sytuacji, gdy dochowanie umownych terminów stanie się niemożliwe z powodu wydłużenia prowadzonego postępowania. Z uwagi na to, iż okoliczność braku możliwości dochowania umownych terminów jest znana na etapie zawarcia umowy, nie można jej przypisać cech nieprzewidywalności mogącej uzasadniać dokonanie takiej zmiany w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 1 (jako siła wyższa) czy art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmiany terminów realizacji umowy są także zmianami istotnymi, co czyni niedopuszczalnym dokonanie zmian w umowie na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Także pozostałe okoliczności wskazane w art. 144 ust. 1 jako nieprzystające do opisanych okoliczności postępowania nie uzasadniają dokonania zmian terminów realizacji umowy. Nie można też w drodze aneksu do umowy konwalidować umowy, w stosunku do której w chwili jej zawarcia zachodzą ustawowe przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Odwołującego na pierwotną decyzję z 23 kwietnia 2018 r. o wyborze oferty KBU Sp. z o.o. Zamawiający uwzględnił zarzut zaniechania wezwania wykonawcy KBU Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu wykonywanego przez KBU Sp. z o.o. zamówienia wskazanego na potwierdzenie

spełniania warunku doświadczenia oraz zakresu dostępnej podmiotowi trzeciemu linii kredytowej oraz solidarnej odpowiedzialności innego podmiotu z wykonawcą.

Zamawiający, pismem z 10 sierpnia 2018 r. wezwał KBU Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie określonym w uwzględnionym zarzucie odwołania oraz uzupełnienia dokumentów „w przypadku gdy przedstawione dokumenty nie potwierdzą spełniania warunków (...) oraz wskazania innego zadania w Wykazie zadań wykonanych przez Wykonawcę”. Zamawiający, wzywając KBU Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, wykroczył poza zakres pierwotnie uwzględnionych przez siebie zarzutów odwołania, do czego był uprawniony.

W odpowiedzi na wezwanie KBU Sp. z o.o., pismem z 16 sierpnia 2018 r., złożyła wyjaśnienia oraz, stosując się do wezwania o uzupełnienie dokumentów, pięć dokumentów dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

Składając tak liczne dokumenty na wezwanie Zamawiającego KBU Sp. z o.o. słusznie oceniła, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające dla wykazania spełnienia warunków udziału, zaś złożona oferta wymaga uzupełnienia. Z wyjaśnień nie wynika, kto jest leasingobiorcą/właścicielem parkomatów, a zatem który z członków konsorcjum faktycznie udostępnia parkomaty Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (ZIKiT). Powyższe nie pozwala stwierdzić, czy wykonawca spełnia warunek doświadczenia wskazany w punkcie IV.2.3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym „udostępniania urządzeń”. Kwestionowanie przez KBU Sp. z o.o. w piśmie z 16 sierpnia 2018 r. charakteru wezwania Zamawiającego jako wezwania do uzupełnienia dokumentów pozostaje niespójne ze złożeniem pięciu dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto kwestionowanie skuteczności wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego jest możliwe jedynie w drodze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, czego wykonawca nie uczynił w terminie. Tym samym, wobec uznania przez KBU Sp. z o.o., iż wyjaśnienia są niewystarczające dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wezwanie do złożenia dokumentów pozostawało skuteczne.

KBU Sp. z o.o. w zakresie warunku doświadczenia złożyło jako załącznik nr 5 „oświadczenie Konsorcjum dotyczące zamówienia dla Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie”. Wobec dokonanej przez KBU Sp. z o.o. oceny, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające, wykonawca zobowiązany był wskazać inne zadanie w „Wykazie zadań wykonanych przez Wykonawcę”. Wykonawca - nie stosując się do wezwania do złożenia ww. dokumentu - nie wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia, co stanowi podstawę prawną do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz nie przedstawił wymaganych dokumentów, co stanowi podstawę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nawet jeśli wykonawca w ramach uzupełnienia uprawniony był do złożenia innych dokumentów niż wskazane w wezwaniu do uzupełnienia, KBU Sp. z o.o. nie wywiązała się z tego obowiązku. Podstawowym zagadnieniem związanym z oceną doświadczenia KBU Sp. z o.o. jest to, że referencje ZIKiT nie potwierdzają doświadczenia KBU Sp. z o.o., lecz doświadczenie wszystkich członków konsorcjum bez wskazania czynności, jakie wykonują poszczególni członkowie konsorcjum w ramach realizowanego zamówienia. Zgodnie z § 2

ust. 2 pkt 4 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów.... oświadczenie wykonawcy

mogłoby zastąpić dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego są wykonywane (referencje), jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. W związku z tym KBU Sp. z o.o., składając w ramach uzupełnienia dokumentów, zamiast referencji wystawionych przez ZIKiT, oświadczenie konsorcjum jako dowód potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu, powinien jednocześnie wykazać, z jakich powodów uzyskanie referencji potwierdzających zakres wykonania zamówienia przez KBU Sp. z o.o. nie jest możliwe. KBU Sp. z o.o. tego nie uczyniła, co stanowi naruszenie cytowanego przepisu rozporządzenia, zaś braków formalnych w tym zakresie nie można już naprawić w związku z przyjętą zasadą jednokrotnego wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów.

Dodatkowo złożone przez konsorcjum oświadczenie jest nieważne, bowiem zostało podpisane przez panią E.T., która nie posiada upoważnienia do złożenia oświadczenia w imieniu konsorcjum wykonawców KBU Sp. z o.o., LICUAS S.A. z siedzibą w Madrycie oraz DROPEL Sp. z o.o. z siedzibą w Bolechowicach w niniejszym postępowaniu. Oświadczenie to zostało złożone z przekroczeniem umocowania wynikającego z dołączonego pełnomocnictwa z 25 listopada 2013 r., które przewiduje jedynie możliwość składania oświadczeń w postępowaniu prowadzonym przez ZIKiT oraz dokonywania wszelkich czynności mających na celu prawidłową realizację umowy zawartej z ZIKiT. Wada ta ma charakter nieusuwalny z uwagi na zasadę jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia/złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo

zamówień publicznych.

W powyższych okolicznościach, pomimo składanego z tzw. „ostrożności procesowej” żądania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ocenie Odwołującego umożliwienie wykonawcy złożenia po raz kolejny dokumentów potwierdzających spełnianie warunków doświadczenia stanowiłoby

naruszenie zasady jednokrotności wezwania oraz przejaw nierównego traktowania.

Jednak w sytuacji odmiennej oceny Izby, żądanie Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów jest uzasadnione wobec faktu, iż wykonawca nie przedstawił dowodu wystawionego przez ZKiT, potwierdzającego wykonanie zamówienia przez KBU Sp. z o.o., lecz przez konsorcjum trzech wykonawców, bowiem w referencjach brak jest wskazania, jakie czynności w ramach zamówienia wykonuje KBU Sp. z o.o. oraz nie przedstawił uzasadnienia, co uniemożliwiało mu uzyskanie takich referencji, a także nie złożył skutecznego oświadczenia złożonego przez wszystkich członków konsorcjum (wykonawcę zamówienia), które w uzasadnionych okolicznościach mogłoby zastąpić referencje ZKiT. Tym samym, poza oświadczeniami własnymi składanymi przez KBU Sp. z o.o. w postępowaniu, Zamawiający nadal nie uzyskał od KBU Sp. z o.o. dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie referencyjnego zamówienia przez tego wykonawcę, które odpowiadałoby wymogom § 2 ust. 2 pkt rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów...

Tak liczne wady złożonych dokumentów, których nie dostrzegł Zamawiający, łącznie

z pozostałymi zaniechaniami wskazywanymi w odwołaniu świadczą o pozorności weryfikacji dokumentów składanych w postępowaniu przez KBU Sp. z o.o. i dyskryminacji pozostałych uczestników postępowania.

W trakcie posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą 16 maja 2018 r. Zamawiający doprecyzował swoje oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów wniesionego odwołania wskazując, iż uchyla decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wszystkie zarzuty złożone w sprawie o sygn. KIO 874/18 związane były z czynnością wyboru oferty KBU Sp. z o.o. i zaniechaniem dokonania czynności wobec tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty. Stąd też, uchylając wybór oferty najkorzystniejszej, Zamawiający uchylił podjęte decyzje poprzedzające decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej zapadłe w odniesieniu do wykonawcy, który tę ofertę złożył. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej składa się uznanie wybranej oferty za odpowiadającą wymogom oraz uznanie wykonawcy, który złożył ofertę, za wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu (uchwały SN sygn. akt III CZP 56/17, III CZP 58/17 oraz wyrok sygn. akt IV CSK 448/17).

Zarzuty w zakresie braku odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, który ją złożył, składa się wraz z odwołaniem na wybór oferty najkorzystniejszej. Nerozerwalny charakter tych czynności, zapewnienie skutecznego stosowania przepisów o środkach odwoławczych gwarantujących prawa wykonawcom, jak i ekonomika postępowania o zamówienie publiczne oraz postępowania przez Izbą nakazują jednocześnie rozpatrywanie zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i oferty, która za taką została uznana.

Odwołujący mógł nie wycofywać pozostałych zarzutów, niemniej z uwagi na integralny ich związek z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, która została przez Zamawiającego uchylona, oraz wobec odwołania DLM Corporate Group S.A. na decyzję o odrzuceniu oferty, ich rozpatrywanie stało się przedwczesne wobec braku wiedzy Odwołującego o zakresie nowych czynności dokonywanych przez Zamawiającego w ramach ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Poddanie rozstrzygnięciu sporu, który stał się bezprzedmiotowy, wobec uchylecia decyzji o wyborze oferty narażałby Odwołującego na niepotrzebne ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów postępowania odwoławczego.

Uprawnienie do wycofania zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego i dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej oraz do ich ponownego złożenia jest szczególnie uzasadnione wobec tego, iż w trakcie ponownego badania i oceny ofert Zamawiający posiada uprawnienie do wykonania czynności, których pierwotnie zaniechał, nawet jeśli nie uznał początkowo zarzutów pierwszego odwołania. Informację o zakresie ponownie wykonywanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań wykonawcy otrzymują dopiero wraz z ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej. Tym samym, jeśli Zamawiający po uchyleniu wyboru oferty najkorzystniejszej ponownie podejmuje decyzje o zaniechaniu czynności poprzedzających ponowny wybór, są to nowe decyzje/zaniechania, o których dowiaduje się z chwilą ponownego wyboru i od których przysługuje prawo wniesienia odwołania. Ustawodawca w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje w takiej sytuacji przesłanki odrzucenia odwołania - odwołanie jest wnoszone

w terminie, zaś zarzuty nie były przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia przez Izbę. Uprawnienie wykonawcy do wniesienia odwołania na ponowne zaniechanie czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, które nie były przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia organów odwoławczych, wynika także z norm dyrektyw unijnych - art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych: Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie przedsięwzięć niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest do żądania wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztu lub ceny, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty.

Zgodnie z zasadami opisu sposobu obliczenia ceny przez wykonawców, ujętymi w rozdziale XIV ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli do podania ceny oferty złożonej z trzech części składowych:

- wynagrodzenia netto za udostępnione urządzenia do poboru opłat parkingowych przez okres realizowania umowy,
- wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych w parkomatach bilonem i zbliżeniową kartą płatniczą (oraz opcjonalnie blik) przez okres realizowania umowy,
- wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych przy pomocy urządzeń mobilnych przez okres realizowania umowy.

Wyodrębniając ww. części składowe ceny oferty Zamawiający uznał je za istotne części składowe ceny oferty. O istotnym charakterze powyższych składowych ceny oferty świadczy także treść formularza ofertowego, którego pkt 4. wskazywał, iż cena oferty miała być zgodna z „Zestawieniem kosztów zadania”. Przygotowany przez Zamawiającego wzór „Zestawienia kosztów zadania”, które było obowiązkowo składane wraz z ofertą (rozdział XII ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wymagał podania przez wykonawców wszystkich trzech części składowych ceny oferty oraz wypełnienia trzech tabel z wyliczeniami poszczególnych trzech części składowych zestawienia kosztów zadania:

- tabela 1. „Obliczenie wartości wynagrodzenia z tytułu udostępnienia parkomatów”,
- tabela 2. „Obliczenie wartości wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych w parkomatach bilonem oraz zbliżeniową kartą płatniczą”,
- tabela 3. „Obliczenie wartości wynagrodzenia z tytułu opłat za postój wniesionych za pomocą urządzeń mobilnych”.

Fakt nałożenia obowiązku podania przez wykonawców w ofercie poszczególnych składowych ceny oferty wskazuje, że stanowią one istotną część składową oferty, a brak tych części składowych ceny w ofercie skutkowałby koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Istotność poszczególnych części składowych ceny oferty wynika także z przyjętych w opisie przedmiotu zamówienia zasad wypłaty wynagrodzenia. Stosownie do rozdziału XV ust. 1 wypłata wynagrodzenia wypłacana jest co miesiąc, zaś na wynagrodzenie składa się wynagrodzenie stałe (za ilość udostępnionych parkomatów w danym miesiącu po cenie stałej wskazanej w tabeli 1. załącznika do oferty) oraz procentowe, uzależnione od wartości opłat wniesionych za postój wyliczane na podstawie wskaźnika podanego w tabeli 2. i 3. oferty (rozdział XV ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Relacja każdej z części składowych ceny netto do ceny całkowitej netto ma istotny charakter, co obrazują ceny ofert złożone przez wszystkich wykonawców w przetargu. Średnia wynagrodzenia z tytułu opłat bilonem i kartą (12.747.300 zł) w stosunku do średniej cen za wykonanie całego zamówienia (22.886.911,67 zł) stanowi 55,69 %. Łącznie średnia wynagrodzenia z tytułu opłat za pomocą urządzeń mobilnych (1.449.360 zł) w stosunku do średniej cen za wykonanie całego zamówienia (22.886.911,67 zł) stanowi 6,33 %. Łącznie średnia wynagrodzenia z tytułu opłat stanowi 62,02% średniej cen netto wszystkich ofert, co wskazuje na to, iż wynagrodzenie z tytułu opłat stanowi istotną część składową ceny oferty.

Wynagrodzenie wykonawcy KBU Sp. z o.o. wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Aby ograniczyć ryzyko manipulowania cenami w ofercie, Zamawiający wskazał sposób wypełnienia tabel, który był wiążący dla wszystkich wykonawców. W wyjaśnieniu nr 2 widniejącym pod tabelą 1. Zamawiający zastrzegł, iż w kolumnie [2] należy wskazać całkowity koszt udostępnienia 1 parkomatu, który jest tożsamy z całkowitym kosztem zakupu parkomatu bądź całkowitym kosztem leasingu parkomatu. Tym samym Zamawiający zastrzegł, by wykonawcy, kalkulując swe wynagrodzenie za udostępnienie parkomatów, uwzględnili w tabeli 1. wynagrodzenie, które pokrywa jedynie całkowity koszt zakupu parkomatu lub jego leasingu. Wymóg skalkulowania ceny z tabeli 1. uwzględniającej - zgodnie z wymogiem Zamawiającego - jedynie koszt zakupu/leasingu parkometrów powoduje, iż z części wynagrodzenia skalkulowanego na podstawie obliczeń w tabeli 2. i 3. oferty wykonawcy zobowiązany jest pokryć wszystkie inne koszty niezbędne dla należytego wykonywania usługi przez okres 7 lat.

Wynagrodzenie wykonawcy KBU Sp. z o.o. z tytułu pobierania opłat wynosi łącznie 8.842.800 zł netto, a średnia wynagrodzenia z tytułu pobierania opłat dla wszystkich złożonych ofert w przetargu wynosi 14.196.660 zł netto, zatem wynagrodzenie KBU Sp. z o.o. jest niższe o blisko 38% od średniej cen złożonych w przetargu przez wszystkich wykonawców. Tym samym, istotne części składowe ceny oferty KBU Sp. z o.o. są cenami, które wydają się rażąco niskie w stosunku do średniej ceny rynkowej przedmiotu zamówienia.

Podana kwota wynagrodzenia KBU Sp. z o.o. z tytułu opłat (tabela 2. i 3.) budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Ryzyko potwierdza kalkulacja własna Odwołującego, która uwzględnia jedynie bezwzględne koszty wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wykonawca zobowiązany jest ponieść w okresie 7-letniego wykonywania zamówienia, które dodatkowo skalkulowane zostały na minimalnym poziomie. Tym samym, wysokość wynagrodzenia wykonawcy uwzględniona w zestawieniu kosztów i tabeli 2. i 3. nie pokrywa kosztów niezbędnych dla wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zatem spełnione zostały wszelkie przesłanki wynikające z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, kreujące po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania KBU Sp. z o.o. do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości wynagrodzenia. Odstąpienie od obowiązku żądania wyjaśnień stanowi nie tylko naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale jest także przejawem nierównego traktowania wykonawców oraz naruszenia uczciwej konkurencji. Tolerowanie kalkulacji cenowej, która w skutkach prowadzi do krótszego wykonania umowy niż w okresie 7-letnim stwarza nierówne szanse w dostępie do zamówienia publicznego wykonawcom, którzy dokonali takiej kalkulacji rzetelnie i zgodnie z wymogami ujętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wynagrodzenie KBU Sp. z o.o. z tytułu zapewnienia dostępności parkomatów wyliczone na podstawie tabeli 1. jest o blisko 86% wyższe od średniej cen wszystkich złożonych ofert

w postępowaniu w tej pozycji cenowej.

Mając na względzie, iż kalkulacja cenowa KBU Sp. z o.o. wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo zawyżenia ceny w tabeli 1., co jest niedopuszczalne w świetle wymogów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyjaśnienie nr 2 widniejące pod tabelą 1.) oraz może świadczyć o nieuczciwych praktykach stosowanych przez KBU Sp. z o.o., zagadnienie dotyczące szczegółów kalkulacji cenowej w tabeli 1. powinno stać się przedmiotem szczególnego zainteresowania Zamawiającego. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, zaś prawdopodobne nieuprawnione zawyżenie ceny w tabeli 1. oraz zaniżenie ceny w tabeli 2. i 3. prowadzi do

naruszenia tych zasad. Tak dokonana kalkulacja cenowa uniezależnia w znacznym stopniu wykonawców od ryzyka niższego dochodu (lub strat) w przypadku mniejszej liczby godzin opłaconego postępu niż szacowana przez Zamawiającego. Powyższe przekłada się także na inne możliwości kalkulacji ceny całkowitej oferty.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Żądanie wyjaśnień dotyczących treści oferty realizuje się „w toku badania i oceny ofert”, a więc w sytuacji, gdy w trakcie badania zgodności oferty z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia treść oferty wzbudza obiektywne i istotne wątpliwości co do spełniania wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odstąpienie od żądania wyjaśnień w okolicznościach istnienia obiektywnych i istotnych wątpliwości co do zgodności oferty ze specyfikacją należy odczytywać jako niedochowanie należytej staranności przez Zamawiającego godzącej w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.

Zamawiający zastrzegł, aby wykonawcy, kalkulując swe wynagrodzenie za udostępnienie parkomatów, uwzględnili w tabeli 1. wynagrodzenie, które pokrywa jedynie całkowity koszt zakupu parkomatu lub jego leasingu. W sytuacji, w której wyjaśnienia KBU Sp. z o.o. wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdzą, iż w cenie za udostępnienie parkomatu został uwzględniony także inny koszt niż koszt zakupu lub leasingu parkomatów, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę złożoną przez KBU Sp. z o.o.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający poparł wniosek przystępującego KBU Sp. z o.o. o odrzucenie zarzutów odwołania dotyczących podstaw do odrzucenia oferty KBU Sp. z o.o. oraz wnioś o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

Wskazał, że w swoim piśmie z 14 maja 2018 r., złożonym w postępowaniu sygn. KIO 874/18, uznał odwołanie jedynie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie informacji z banku i wykazu usług i referencji, oświadczając, że wystąpi do KBU Sp. z o.o.

z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu wykonywanego przez KBU Sp. z o.o. zamówienia na potwierdzenie posiadanego doświadczenia oraz sytuacji finansowej wykonawcy. Oznacza to, że w pozostałym zakresie nie zgodził się z zarzutami Odwołującego.

Co do unieważnienia postępowania wyjaśnił, że data 1 września 2018 r. wynikała z ustaleń z Odwołującym, który obecnie prowadzi obsługę parkingów - zgodnie z obowiązującą umową ustalono, że koniec obsługi nastąpi 31 sierpnia 2018 r. ze względu na wyczerpanie się kwoty umowy.

Zgodnie z art. 13b ust. 4 pkt 3 ustawy o drogach należy określić sposób pobierania opłaty i może to uczynić tylko rada miejska. § 46 rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” stanowi, że obowiązywanie aktu prawnego nie uzależnia się od zdarzenia przyszłego, lecz wymagane jest podanie konkretnej daty - dlatego w uchwale i w postępowaniu pojawiła się data 1 września 2018 r. Uchwała z 20 grudnia 2017 r. była ściśle powiązana z rozpoczęciem przetargu 22 grudnia 2017 r. Zamawiający zakładał, że rozstrzygnięcie postępowanie w ciągu 90 dni i pozostanie 5 miesięcy na wdrożenie usługi. Postępowanie jednak przedłużyło się, a ze względu na zbliżający się okres zimowy termin rozlokowania nowych parkometrów został ustalony na wiosnę. W związku z powyższym Zamawiający zawarł nowe umowy z Odwołującym, tj. aneks nr 2 i nr 9 z 27 lipca 2018 r. do obecnie obowiązującej umowy oraz umowę przedłużającą realizację usługi przez Odwołującego do 30 listopada 2018 r.

Pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia było zadane przed złożeniem ofert, a w tej dacie Zamawiający zakładał, że termin 1 września 2018 r. jest realny.

Termin rozpoczęcia realizacji całej umowy nastąpi w kwietniu 2019 roku ze względu na nadchodzący okres zimowy, który utrudnia instalację parkomatów.

Postanowienia specyfikacji dotyczące braku zmiany terminów rozpoczęcia usługi nie zostały zakwestionowane na etapie specyfikacji. Termin ten nie był kryterium oceny ofert, nie wpływał na wysokość wynagrodzenia. Poza tym Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu rozpoczęcia i zakończenia realizacji umowy w § 12 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy.

Nie jest tak, że rozpoczęcie usługi po 1 września 2018 r. powoduje bezprzedmiotowość świadczenia czy utratę znaczenia tej usługi dla Zamawiającego. W orzecznictwie przyjmuje

się możliwość zmiany terminu realizacji umowy ze względu na przedłużające się postępowanie przetargowe. Nie jest to też zmiana istotna i mieści się w dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że Zamawiający nie mógł jej przewidzieć, a zmiana wartości nie przekracza 50% wartości zamówienia.

KBU Sp. z o.o. należycie wyjaśniło wątpliwości, nie zgadza się, że nie ma referencji zamawiającego (ZIKiT), są one dla konsorcjum i dokładnie potwierdzają, że konsorcjum zrealizowało zamówienie prawidłowo. Oświadczenie, który z członków konsorcjum realizował dany zakres usługi, jest oświadczeniem wiedzy i może być złożone przez konsorcjum, które posiada pełną wiedzę o tym, jak zakres prac został podzielony pomiędzy członków. Wyrok TSUE nie tworzy dodatkowego dokumentu w przypadku takiej sytuacji, konsorcjum wykazało, jaki był podział zadań pomiędzy członków, a pełnomocnictwo jest prawidłowe, ponieważ upoważnia do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum między innymi co do realizacji umowy. Postanowienie rozdziału XII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy złożenia oferty, natomiast sporny dokument jest uzupełnieniem referencji, gdzie nie żąda się pełnomocnictwa dla pracownika ZIKiT; pełnomocnictwo miało wykazać, że osoba składająca oświadczenie posiada wiedzę, tak jak zakłada się, że pracownik ZIKiT taką wiedzę posiada.

Nie ma też mowy o nierównym traktowaniu wykonawców, gdyż wszyscy złożyli oferty w tych samych warunkach, a to, że Odwołujący w innych warunkach mógłby złożyć ofertę z niższą ceną, nie może być przesłanką unieważnienia postępowania. Niezadowolenie Odwołującego nie jest to podstawą do unieważnienia postępowania.

Odwołujący zapoznawał się z dokumentacją postępowania i widział czynności Zamawiającego, to jest badanie oferty DLM Corporate Group S.A., powołanie biegłego, wezwanie KBU Sp. z o.o. do wyjaśnień i wezwanie do przedłużenia związania ofertami i wadium, zatem mógł się domyślić, że Zamawiający nie zamierzał unieważnić postępowania.

III Stanowisko przystępującego KBU Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie tego odwołania całości jako bezzasadnego, a w zakresie zarzutów dotyczących oceny oferty złożonej przez Przystępującego (tj. zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny oferty w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty dotyczących wyliczenia kosztów z tytułu udostępnienia parkomatów, zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), wskazał, że zarzuty wymienione w punkcie II ust. 4, 5, 6 i 7 lit. b-d petitum odwołania zostały zgłoszone po terminie, zatem nie powinny podlegać rozpoznaniu w myśl art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazał, że zgodnie z orzecznictwem wykonawca powinien skorzystać ze środka ochrony prawnej w odniesieniu do wyników pierwszej czynności badania i oceny ofert, o której zamawiający poinformował wykonawców. Odwołanie wykonawcy podlega odrzuceniu, jeżeli korzysta on z tego środka po powtórnym badaniu i ocenie ofert, gdy jego sytuacja w postępowaniu nie uległa żadnej zmianie.

W poprzednim postępowaniu odwoławczym, sygn. akt KIO 874/18, Zamawiający pismem z 14 maja 2018 r. uwzględnił odwołanie Odwołującego jedynie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i/lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dokumentów: informacja z banku i wykaz usług wraz z referencjami, wnosząc jednocześnie o oddalenie pozostałych zarzutów. Zamawiający wyraźnie wskazał, jakich czynności dokona w następstwie ponownego badania oferty KBU Sp. z o.o. Czynność Odwołującego polegająca na wycofaniu pozostałych zarzutów leżała zatem wyłącznie w jego dyspozycji i nie było żadnych przeciwwskazań, aby podtrzymać pozostałe zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego, a tym samym doprowadzić do ich rozpoznania przez KIO (sam Odwołujący w odwołaniu zaznacza, iż „mógł nie wycofywać pozostałych zarzutów”). Wycofane zarzuty zostały aktualnie powtórzone w identycznym brzmieniu.

Unieważnienie pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowna ocena ofert są czynnościami dokonanymi w wyniku rozstrzygnięcia KIO oraz w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego niewycofanych przez Odwołującego zarzutów. Tym samym zgłaszanie obecnie zarzutów dotyczących oceny oferty Przystępującego pod kątem rzekomej rażąco niskiej ceny oraz niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia są zarzutami późniejszymi. W tym zakresie, w stosunku do pierwotnej oceny ofert, Zamawiający nie dokonywał żadnych nowych czynności, zaś uwzględniając uprzednio jedynie część zarzutów Odwołującego wyraźnie zaznaczył, że nie zgadza się z zarzutami

nieuwzględnionymi i nie będzie w tym zakresie dokonywał ponownego badania oferty KBU Sp. z o.o. Wbrew twierdzeniom Odwołującego spór w tym zakresie nie był wówczas bezprzedmiotowy, gdyż Odwołujący mógł doprowadzić do ich rozpoznania przez KIO, a w konsekwencji (o ile zostałyby uwzględnione) do poszerzenia zakresu czynności Zamawiającego związanych z ponownym badaniem oferty KBU Sp. z o.o. Odwołujący, wycofując ww. zarzuty, dał wyraz rezygnacji z popierania zarzutów i żądań odwołania i akceptacji stanowiska Zamawiającego i jednocześnie pozbawił się możliwości podniesienia tych zarzutów ponownie, gdyż w tym zakresie Zamawiający nie dokonywał już żadnych czynności.

Podniesienie ponownie tych samych zarzutów wobec czynności powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, będącej jedynie następstwem wyłącznie czynności ograniczających się do wykonania wyroku KIO oraz czynności wskazanych w uwzględnieniu poprzedniego odwołania, stoi w sprzeczności z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Za działanie sprzeczne z tą zasadą i prowadzące do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania przetargowego KIO uznaje działania polegające na składaniu oświadczenia o wycofaniu odwołania i rezygnacji z dalszego popierania zarzutów pomimo jedynie częściowego uwzględnienia przez zamawiającego żądań, a następnie składanie nowego odwołania, w którym powiela się zarzuty uprzednio podniesione.

Tym samym, gdyby zarzuty wymienione w punkcie II ust. 4, 5, 6 i 7 lit. b-d petitum odwołania były jedynymi podniesionymi w obecnym odwołaniu, odwołanie to podlegałoby odrzuceniu w całości jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ze względu jednak na okoliczność, iż aktualnie Odwołujący podniósł również zarzuty dotyczące czynności dokonanych pomiędzy pierwszym a ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania unieważnienia postępowania, nie ma możliwości odrzucenia odwołania w całości - zarzuty dotyczące badania oferty KBU Sp. z o.o. pod kątem rażąco niskiej ceny oraz niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny zostać pozostawione bez rozpoznania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 oraz w związku z art. 38 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, że w niniejszym postępowaniu nie miało miejsce naruszenie przepisów prawa, które uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, które

dotatkowo jest nieusuwalne.

Można zgodzić się z Odwołującym, iż terminy realizacji umowy, w tym termin rozpoczęcia pobierania opłat, mają charakter istotny. Natomiast nie jest prawdą, że mają one charakter niezmienny. W odniesieniu do terminu zakończenia realizacji umowy, został on wskazany jako maksymalnie okres 7 lat od rozpoczęcia pobierania opłat za postój. Termin 31 sierpnia 2025 r. nie jest terminem wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie został określony pomocniczo, na potrzeby przygotowania i wypełnienia formularza ogłoszenia o zamówieniu.

Na niezmiennosc terminów absolutnie nie wskazują również odpowiedzi Zamawiającego na pytania zadane do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oczywistym bowiem jest, iż w przypadku, gdy terminy te nie ulegną zmianie odpowiednią zmianą treści umowy, Zamawiającemu przysługiwałyby uprawnienia takie jak naliczenie kar umownych w przypadku niedotrzymania terminów umownych, czy nawet odstąpienie od umowy. Odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w sposób oczywisty wskazują jedynie na brak możliwości powoływania się przez wykonawcę na przedłużający się proces wyboru oferty najkorzystniejszej jako okoliczność wyłączającą odpowiedzialność wykonawcy, nie zaś na brak możliwości zmiany treści umowy.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział możliwość zmiany terminów umownych w przypadku zmiany przepisów prawa, w tym prawa miejscowego (§ 12 ust. 1 lit b wzoru umowy). Skoro zatem zmianie uległa uchwała Rady Miejskiej we Wrocławiu, wyznaczająca termin rozpoczęcia poboru opłat bezgotówkowych, doszło do zmiany prawa miejscowego mającego istotne znaczenie dla terminów realizacji zamówienia, a w konsekwencji zachodzi postawa do zmiany terminów realizacji umowy. W konsekwencji nie dochodzi do sytuacji obiektywnej niemożności dotrzymania terminów umownych, a przynajmniej niemożność tę można usunąć poprzez dopuszczalną w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zmianę umowy.

Odwołujący, wykazując brak możliwości usunięcia wady, analizuje przesłanki zmian umowy wynikające z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomijając całkowicie okoliczność, iż już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, we wzorze umowy, dopuszczono możliwość zmian poszczególnych terminów realizacji umowy, chociażby z uwagi na powołany powyżej (§ 12 ust. 1 lit b wzoru umowy).

Twierdzenie Odwołującego, iż doszło do naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert, jest absurdalne. Załącznikiem do specyfikacji jest tekst uchwały Rady Miasta w brzmieniu według stanu prawnego aktualnego na dzień ogłoszenia zamówienia. Zmiana prawa miejscowego nie powoduje automatycznie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uwzględnienie zmian wynikających ze zmiany ww. uchwały wymaga wprowadzenia zmian do treści umowy, co przewiduje projekt umowy. Omawiany zarzut należy rozpatrzyć również w kontekście interesu Odwołującego oraz szkody, jaką mógłby ponieść. Zarzut ten powinien zostać oddalony także z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu w tym zakresie odwołania ani szkody, jaką mógłby ponieść w wyniku rzekomego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania. Z całą pewnością bowiem okoliczność zmiany terminu rozpoczęcia poboru opłat na skutek zmiany uchwały Rady Miasta nie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i nie skutkuje powstaniem szkody po stronie Odwołującego. Odwołujący podniósł, iż mając wiedzę na etapie składania ofert o innym terminie rozpoczęcia poboru opłat, złożyłby inną ofertę, na innych warunkach finansowych - korzystniejszą dla Zamawiającego. Abstrahując od faktu, iż w podobnej sytuacji mogliby się znaleźć również inni wykonawcy, a także od tego, czy faktycznie Odwołujący mógłby wykorzystać parkomaty z innych miejsc (np. Odwołujący ponownie ubiega się o zamówienie udzielane na obsługę SPP Puck, a zatem istnieje prawdopodobieństwo, iż parkomaty zastosowane w tym mieście dotychczas zostałyby wykorzystane tam ponownie, nie zaś na potrzeby niniejszego zamówienia), Odwołujący nie wskazuje na okoliczność poniesienia przez siebie szkody, ale przez Zamawiającego (twierdząc, iż oferta mogłaby być bardziej korzystna finansowo dla Zamawiającego). Dążenie do unieważnienia postępowania tylko dlatego, iż w kolejnym Odwołujący mógłby złożyć korzystniejszą ofertę (jak również inni wykonawcy), nie może być celem samym w sobie i przeczy istocie udzielania zamówień publicznych. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych przypadkach, enumeratywnie wymienionych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanki unieważnienia, jako wyjątek od zasady udzielenia zamówienia, powinny być interpretowane wąsko, zaś u podstaw decyzji o unieważnieniu nie mogą leżeć jedynie względy ekonomiczne (szczególnie tak hipotetyczne, na jakie wskazuje Odwołujący) oparte o zmianę sytuacji zaistniałą w toku postępowania. Wszyscy wykonawcy składali oferty posiadając taki sam zakres wiedzy o warunkach realizacji, a także w sposób równy dla wszystkich zmieniła się sytuacja związana z realizacją zamówienia. Okoliczności podnoszone przez Odwołującego nie świadczą zatem o posiadaniu interesu w zaskarżeniu braku unieważnienia postępowania ani o możliwości poniesienia szkody na skutek zaniechania tej czynności. Pomimo aktualnie podnoszonych twierdzeń o braku możliwości realizacji zamówienia, istnieniu przesłanek unieważnienia postępowania, a także możliwości złożenia korzystniejszej oferty, Odwołujący przedłużył termin związania ofertą, pomimo iż czynność ta była dyspozytywna, zależna jedynie od jego woli. Skoro zatem Odwołujący przedłużył termin związania ofertą, to należy uznać, iż zrobił to świadomie, deklarując wolę realizacji przedmiotowego zamówienia, a twierdzenia o wadliwości postępowania pozostają w sprzeczności z decyzją o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów..., przy czym dookreślił, iż naruszenia tego dokonał Przystępujący poprzez „bezpodstawne niezastosowanie się do żądania Zamawiającego z 10 sierpnia 2018 r. Zarzut taki powinien zostać oddalony już chociażby z tego względu, że przedmiotem odwołania mogą być naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dokonane przez Zamawiającego, nie zaś przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto wezwanie z 10 sierpnia 2018 r. obejmowało żądanie złożenia wyjaśnień, nie zaś uzupełnienia dokumentów, czemu Przystępujący zadośćuczynił. Ostatni akapit pisma zawierał żądanie uzupełnienia dokumentów jedynie warunkowo, tj. w przypadku, gdyby przedstawione przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzały spełniania warunku doświadczenia. Tymczasem przedstawiony przez Przystępującego wykaz doświadczenia oraz związane z nim referencje potwierdzały spełnianie ww. warunku, złożone wyjaśnienia jedynie prowadziły do usunięcia wątpliwości Zamawiającego bez konieczności dokonywania jakichkolwiek zmian w treści uprzednio złożonych dokumentów. Przystępujący m.in. potwierdził, że zakres prac wskazanych w wykazie był wykonywany samodzielnie przez Przystępującego w ramach realizacji ujętego w tym wykazie zamówienia. Tym samym również z tego względu zarzut Odwołującego jest niezasadny.

Zarzut postawiony jako ewentualny, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. poprzez zaniechanie skutecznego wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia, jest także niezasadny z przyczyn wskazanych powyżej.

Przystępujący wyjaśnił, jaki zakres prac był wykonywany samodzielnie przez KBU Sp. z o.o. w ramach realizacji zamówienia ujętego w wykazie doświadczenia, potwierdzając jednocześnie, że całość prac wskazanych w tym wykazie, a niezbędnych dla wykazania spełnienia warunku doświadczenia, wykonana została samodzielnie przez Przystępującego. Treść udzielonych wyjaśnień nie może budzić żadnych wątpliwości - są one jednoznaczne i wyczerpujące, stąd nie było podstaw do wzywania do uzupełniania jakichkolwiek dokumentów.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż KBU Sp. z o.o. nie wykazała spełnienia warunku doświadczenia określonego w pkt IV.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, tym samym nie może skutecznie kwestionować czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nieprawdziwe jest też twierdzenie, że Przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Do wyjaśnień z 16 sierpnia 2018 r. załączonych zostało sześć dokumentów, z których jedynie jeden dotyczył kwestii doświadczenia. Dokumenty te złożone zostały nie jako uzupełnienie brakujących dokumentów, ale celem potwierdzenia prawdziwości twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach (Przystępujący zobowiązany był jedynie do złożenia wyjaśnień, Zamawiający nie oczekiwał składania dodatkowych dowodów, dokumenty te zostały złożone jedynie pomocniczo, aby udokumentować twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach). Dlatego też działanie takie nie świadczy, że wyjaśnienia miałyby być niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku. Potwierdzeniem spełnienia warunku jest wykaz doświadczenia wraz z referencjami. Wyjaśnienia Przystępującego wykazały, że dokumenty te potwierdzają posiadanie wymaganego doświadczenia. Dlatego twierdzenie, iż KBU Sp. z o.o. uznało, że nie posiada doświadczenia i dlatego powinno wskazać inne zadanie w wykazie doświadczenia, jest niezrozumiałe i oderwane od treści dokumentów złożonych przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia oraz związanych z nimi wyjaśnień. Wobec faktu, że zadanie wskazane w wykazie odpowiadało zakresowi wymaganemu doświadczeniu, brak było podstaw do wykazywania jakiegokolwiek innego zadania.

Odwołujący twierdzi, iż z wyjaśnień nie wynika, kto jest leasingobiorcą/właścicielem parkomatów, a zatem który z członków konsorcjum udostępnia parkomaty. Tymczasem w piśmie z 16 sierpnia 2018 r. wyraźnie wskazano, że „parkomaty zostały nabyte na podstawie umowy leasingu i udostępnione zamawiającemu na potrzeby realizacji zamówienia przez KBU Sp. z o.o.” Tym samym bezsprzecznie KBU Sp. z o.o. posiada w tym zakresie własne doświadczenie, nabyte samodzielnie, co zostało wykazane w przedmiotowym postępowaniu za pomocą wymaganych dokumentów.

Niezrozumiałe jest również kwestionowanie referencji ZIKiT oraz twierdzenie, iż oświadczenie konsorcjum zostało złożone w miejsce tych referencji. Odwołujący myli funkcje ww. dokumentów. Referencje są bowiem dokumentem, który ma służyć potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia, na którego realizację powołuje się wykonawca. Dokument taki powinien zatem pozwalać na identyfikację zamówienia wskazanego w wykazie usług i potwierdzać jego należyte wykonanie. Jego funkcją nie jest szczegółowe określanie zakresu zrealizowanych prac, bowiem do tego, tak jak w niniejszym przypadku, służy wykaz usług. Tym samym okoliczność, że referencje te wystawione są dla całego konsorcjum, nie powoduje, iż nie mogą być złożone przez Przystępującego celem wykazania należytego wykonania zamówienia wskazanego w wykazie. Skoro referencje potwierdzają należyte wykonanie całego zamówienia (czego Odwołujący nie kwestionuje), to tym samym zadań realizowanych przez KBU Sp. z o.o. Natomiast zakres zadań realizowanych samodzielnie przez KBU Sp. z o.o. w ramach tego zamówienia został wskazany w wykazie doświadczenia. Oświadczenie konsorcjum miało jedynie służyć potwierdzeniu podziału obowiązków wskazanego w wykazie i w wyjaśnieniach z 16 sierpnia 2018 r., a nie zastąpić referencje. Przystępujący nie miał obowiązku składania żadnych dowodów na poparcie składanych wyjaśnień, tym samym dokument oświadczenia konsorcjum ma jedynie poboczne znaczenie. Niezależnie od tego, iż nie jest to dokument niezbędny do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to jest on podpisany prawidłowo w imieniu wszystkich członków konsorcjum - zgodnie z udzielonym przez te podmioty pełnomocnictwem załączonym do wyjaśnień z 16 sierpnia 2018 r. Zakres umocowania ujęty w treści pełnomocnictwa uprawnia panią E.T. m.in. do dokonywania wszelkich czynności mających na celu prawidłową realizację umowy zawartej z ZIKiT, w tym składania oświadczeń w imieniu konsorcjum, wykonywania czynności wynikających z tej umowy, wprowadzania zmian do umowy, a także reprezentowania przed sądami i innymi organami w sprawach związanych z tą umową. Tym samym p. T. jako pełnomocnik konsorcjum mała pełne kompetencje do składania oświadczeń związanych z realizacją ww. umowy z ZIKiT, w tym także do wskazania, jak został ustalony podział obowiązków pomiędzy

konsorcjantami.

Przystępujący wykazał spełnianie warunku doświadczenia, w tym wskazał w wykazie doświadczenia (który zawsze jest oświadczeniem własnym wykonawcy) zakres prac realizowanych samodzielnie w ramach zamówienia dla ZIKiT oraz przedstawił dowód, iż zamówienie to zostało zrealizowane należycie. W konsekwencji złożone dokumenty potwierdzają, że Przystępujący wykonał zamówienie wskazane w wykazie zadań samodzielnie w stopniu pozwalającym na wykazanie spełnienia warunku doświadczenia, a zatem brak jest podstaw do wezwania do uzupełnienia jakichkolwiek innych dokumentów.

IV Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz - w stosunku do odwołania - nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jakkolwiek przesłanka taka zachodzi w odniesieniu do zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako punkt II ppkt 4, 5, 6 i 7 lit. b), c) i d), a wniosek przystępującego KBU Sp. z o.o. i Zamawiającego o odrzuceniu tych zarzutów zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako spóźnionych jest zasadny.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Terminy na wniesienie odwołania zostały ustalone w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. I tak, zgodnie z ust. 1-3 tego artykułu, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się odpowiednio w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w zdaniu drugim albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób; 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej; 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Datą, od której należało liczyć termin na wniesienie zarzutów, był zatem 23 kwietnia 2018 r. Przedmiotowe zarzuty zostały podniesione w odwołaniu z 4 maja 2018 r. (pismo datowane na 2 maja 2018 r.) o sygn. akt KIO 874/18, a następnie powtórzone w niniejszym odwołaniu. Zamawiający nie uznał odwołania oznaczonego jako KIO 874/18 w tym zakresie i nie deklarował wykonania jakichkolwiek czynności dotyczących odrzucenia oferty KBU Sp. z o.o., tym samym Odwołujący nie miał żadnych podstaw do oczekiwania, że Zamawiający takich czynności dokona (Zamawiający uwzględnił jedynie zarzuty w części dotyczącej naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Tym samym wycofanie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych było wyłącznym ryzykiem Odwołującego. Należy też zwrócić uwagę, że zgodnie z regulacją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych in fine nie dokonuje się uzupełnienia dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Gdyby zarzuty Odwołującego wobec oferty KBU Sp. z o.o. potwierdziły się, skutkowałyby odrzuceniem tej oferty, a tym samym dokonywanie czynności, które zadeklarował Zamawiający, byłoby bezzasadne.

Kwestia unieważnienia czynności wyrobu oferty najkorzystniejszej z 23 kwietnia 2018 r. (poprzez dokonanie nowego wyboru oferty najkorzystniejszej) w niniejszym stanie faktycznym nie ma istotnego znaczenia - w omawianej części nie była to bowiem czynność nowa co do swojej istoty - jest to więc ten sam zakres decyzji Zamawiającego i stosuje się tu termin 10 dni, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 (ewentualnie ust. 3 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, liczony od pierwotnej decyzji z 23 kwietnia 2018 r., a unieważnienie czynności wyboru oferty przy jej takim samym zakresie 22 sierpnia 2018 r. nie powoduje przywrócenia terminu do wniesienia odwołania co do czynności, które nie były czynnościami nowymi.

W związku z powyższym Izba, zgodnie z art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych per analogiam, nie odrzuciła odwołania, ale uznała wskazane zarzuty za podlegające odrzuceniu (wnioskowanie z większego na mniejsze - skoro można odrzucić całe odwołanie, to można także odrzucić jego niektóre zarzuty), a tym samym niepodlegające

merytorycznemu rozpoznaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba stwierdziła, że stan faktyczny sprawy (w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść

specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz treść złożonych ofert) nie jest sporny pomiędzy Stronami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, po pierwsze, naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz w zw. z art. 38 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo spełnienia ustawowych przesłanek obligujących Zamawiającego do dokonania takiej czynności z uwagi na nieusuwalną wadę postępowania polegającą na nieprzewidzianym zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszczeniu do rozpoczęcia pobierania opłaty za postój po 1 września 2018 r. (w odniesieniu do płatności bezgotówkowych od 8 kwietnia 2019 r.), co stanowi nieprzewidzianą, a zatem niedopuszczalną zmianę warunków udzielanego

zamówienia dokonaną po upływie terminu składania ofert, mającą wpływ na treść składanych ofert oraz mogącą mieć wpływ na wynik postępowania.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych opisuje podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych stanowiąc, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Za „wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy” uważa się stwierdzenie na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (przed zawarciem tej umowy) wystąpienie co najmniej jednej z przesłanek powodujących nieważność lub możliwość unieważnienia zawartej umowy i najczęściej odnosi się ją do okoliczności wskazanych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki,
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów albo jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy,
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem,
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej,
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę,
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w

Umowa może zostać unieważniona także w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Nieważność umowy lub podstawy do jej unieważnienia mogą wynikać także z innych

okoliczności, np. wskazanych w art. 58 Kodeksu cywilnego (nieważna jest czynność sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy), art. 70⁵ Kodeksu cywilnego (można żądać unieważnienia umowy ze względu na sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami wpływ na wynik przetargu), art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego (umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna).

W niniejszym stanie faktycznym przesłanki z art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych czy Kodeksu cywilnego nie zachodzą, nie stwierdzono działań sprzecznych z ustawą lub mających na celu obejście ustawy mogących skutkować stwierdzeniem nieważności umowy, a sama umowa, pomimo opóźnienia jej rozpoczęcia i tym samym dezaktualizacji niektórych postanowień, nie jest umową o świadczenie niemożliwe. Odwołujący wskazał na wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, którymi to czynnościami (zdarzeniami) są upływ określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia - 1 września 2018 r. i zamiar przesunięcia terminu pobierania opłat w zakresie płatności bezgotówkowych od 8 kwietnia 2019 r., co miało wpływ na treść składanych ofert oraz mogło mieć wpływ na wynik postępowania (podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że ze względu na nadchodzący okres zimowy mogący uniemożliwić instalację parkomatów faktycznie zamierza przesunąć rozpoczęcie realizacji całej umowy - pobierania wszystkich opłat - na 8 kwietnia 2019 r.)

Jednak zgodnie z ustalonym i jednolitym w tym zakresie orzecznictwem, co do zasady (poza ewentualnymi specyficznymi przypadkami wynikającymi ze stanu faktycznego) opóźnienie w planowanym rozpoczęciu realizacji zamówienia, gdy celowa jest jego realizacja, nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy - dotyczy to w szczególności usług, które są tzw. usługami powtarzającymi się okresowo, świadczeniami ciągłymi lub okresowymi, np. usługi sprzątania, usługi pocztowe, bieżąca obsługa. Ich rozpoczęcie w późniejszym terminie nie zmienia faktu, że przez okres pozostały do końca realizacji umowy, ich uzyskanie jest pożądane przez zamawiającego. Tak też jest w przedmiotowym przypadku - nawet jeśli świadczenie usługi nie rozpocznie się 1 września 2018 r., zamawiający wciąż uzyska 7 lat obsługi strefy płatnego parkowania.

Upływu terminu wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako zaplanowany termin rozpoczęcia realizacji umowy i zawarcia umowy po tym terminie, nie uważa się za zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia

w rozumieniu art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - przede wszystkim nie jest to bowiem czynność zamawiającego, lecz zdarzenie, które następuje niezależnie i samoistnie (upływ czasu), chociaż oczywiście może być spowodowane pewnymi działaniami lub zaniechaniami uczestników postępowania przetargowego. Naturalną konsekwencją upływu wyznaczonego terminu jest to, że realizacja usługi musi rozpocząć się w terminie późniejszym.

Okoliczności wskazywane przez Odwołującego, jak to, czy Zamawiający pobierze kary umowne, czy też nie, czy pewne elementy umowy (np. foldery informacyjne, przeprowadzenie testu ruchu urządzeń) zostaną wykonane terminowo, czy zmieniono uchwałę Rady Miejskiej we Wrocławiu, opóźnienia w spełnieniu świadczenia albo nawet, że Zamawiający w przyszłości może chcieć rozwiązać zawartą umowę lub zmienić pewne jej postanowienia nie powodują nieważności samej umowy. Poza tym, zgodnie z art. 144 ust. 2 i art. 144a ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku zmiany umowy z naruszeniem przepisu art. 144, unieważnieniu podlega nie cała umowa, lecz jej pojedyncze, zmienione postanowienia.

Również przekonanie Odwołującego, że w innych warunkach (przy terminie rozpoczęcia pobierania opłat liczonym od 9 kwietnia 2019 r.) jego oferta byłaby korzystniejsza i tym samym dawałaby mu większe szanse na wygraną, nie jest wystarczające dla stwierdzenia wady postępowania skutkującej niemożliwością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Przede wszystkim to, że w innym terminie Odwołujący potencjalnie mógłby złożyć lepszą ofertę, nie oznacza, że również inni wykonawcy nie złożiliby ofert korzystniejszych niż obecnie i korzystniejszych od oferty Odwołującego. A nawet gdyby tak było, nie jest to wadą postępowania (takiej „wady” można by było doszukać się w niemal każdym postępowaniu - gdyby było ono prowadzone w innym terminie lub innych okolicznościach, jego wynik mógłby być inny...).

Nie ma też dowodu na to, że Zamawiający w celowy sposób ustalił pierwotne warunki realizacji zamówienia w sposób pozorny, tak, aby w dany sposób ukształtować warunki ofert i aby najkorzystniejszą została akurat oferta najbardziej przez niego pożądana. Także

wszyscy wykonawcy złożyli oferty w tych samych warunkach - w tym samym terminie i przy tych samych założeniach zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie można więc mówić o naruszeniu przez Zamawiającego uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.

Po drugie, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez bezpodstawne niezastosowanie się przez KBU Sp. z o.o. do żądania Zamawiającego z 10 sierpnia 2018 r. uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... poprzez zaniechanie skutecznego wezwania KBU Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia, pomimo iż wyjaśnienia złożone przez KBU Sp. z o.o. nie mogą zostać uznane za wystarczające dla uznania KBU Sp. z o.o. za wykonawcę posiadającego wymagane doświadczenie oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty KBU Sp. z o.o. pomimo braku wykazania spełnienia warunku doświadczenia określonego w punkcie IV.2.3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości polegające na bezpodstawnym odstąpieniu od rzetelnej weryfikacji spełniania przez KBU Sp. z o.o. warunków przyjętych przez Zamawiającego w postępowaniu

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak też wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub

ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (§ 2 ust. 4 pkt 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o zamówienie mógł się ubiegać wykonawca, który wykaże m.in., że wykonał, a w przypadku świadczeń ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie w zakresie pobierania przez okres minimum 24 miesięcy opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania za pomocą minimum 200 urządzeń udostępnionych przez wykonawcę, służących do pobierania opłat.

W złożonym wykazie usług („Wykazie zadań wykonanych przez wykonawcę”) Przystępujący podał jedno zamówienie polegające na wyposażeniu w urządzenia do poboru opłat za parkowanie (parkomaty) oraz obsłudze strefy płatnego parkowania w Krakowie, wykonywane na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, obejmujące udostępnienie 281 parkomatów w okresie od 1 lutego 2014 r. do 31 stycznia 2019 r. Z załączonych referencji ZIKiT wynika jednak, że zamówienie jednak wykonywane było w ramach konsorcjum trzech spółek, z których jedną była KBU Sp. z o.o.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14 (odpowiedź na pytanie 3.) „artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Odwolujący, w odwołaniu o sygn. akt KIO 874/18 podniósł wątpliwość, czy, z związku z realizacją zamówienia przez konsorcjum, KBU Sp. z o.o. może legitymować się tym doświadczeniem.

Zamawiający, po uwzględnieniu zarzutu dotyczącego tej kwestii, pismem z 10 sierpnia 2018 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - wskazanie zakresu zamówienia wykonywanego przez KBU Sp. z o.o., a w przypadku, gdy przedstawione dokumenty nie potwierdzą spełniania warunków, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, tj. wskazanie innego zadania w „Wykazie zadań wykonanych przez wykonawcę”.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z 16 sierpnia 2018 r., Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że zakres czynności i prac wykonywanych samodzielnie przez KBU Sp. z o.o. obejmuje m.in. pobieranie opłat za parkowanie za pomocą 281 parkomatów; udostępnianie ww. parkomatów polegające na dostawie i montażu parkomatów oraz systemu do zarządzania parkomatami; kontrolę wnoszenia i poboru opłat za parkowanie, dostawę sprzętu - wszystkie obowiązki wynikające z kontraktu z wyłączeniem prac serwisowych przy parkomatach, które wykonywane są wspólnie ze spółką Dropel; parkomaty zostały nabyte na podstawie umowy leasingu i udostępnione ZIKiT przez KBU Sp. z o.o.; natomiast spółka LICUAS jedynie finansuje realizację.

Na potwierdzenie takiego podziału prac Przystępujący przedłożył w załączeniu oświadczenie złożone przez p. E.T. w imieniu konsorcjum wraz z pełnomocnictwem dla tej osoby udzielonym przez wszystkich członków konsorcjum oraz wskazał, że na żądanie jest gotów przedłożyć inne dokumenty, np. umowy.

Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za wystarczające.

Powyższe oświadczenie Przystępującego nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego ani Odwołującego w zakresie prawdziwości (poza przywołaniem

w zarzutach odwołania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odwołaniu nie przedstawiono żadnej argumentacji w tym zakresie ani, tym bardziej, żadnych dowodów), zatem Izba uznała, że oświadczenie jest zgodne ze stanem faktycznym. W okolicznościach sprawy Izba uznała oświadczenie własne Przystępującego za wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. KBU Sp. z o.o. zajmuje się świadczeniem usług polegających na obsłudze stref płatnego parkowania, była pierwszym wymienianym konsorcjantem, czyli potencjalnie najważniejszym dla konsorcjum, co, w ocenie Izby, uprawdopodobniało to oświadczenie.

Ma też rację strona zamawiająca, że ani w wyroku C-387/14, ani w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie zawarto innych niż wykaz wykonanych usług dokumentów, które w tym zakresie powinien złożyć wykonawca na potwierdzenie, że to on wykonywał daną część zamówienia (choć nie wyklucza to faktu, że w przypadku zaistnienia wątpliwości co do rzetelności czy dokładności informacji, zamawiający może zażądać dowodu potwierdzającego tę okoliczność, czy też sprawdzić ten fakt u usługobiorcy lub podmiotu trzeciego). Również Zamawiający w swoim wezwaniu nie zawarł żadnych wytycznych, w jaki sposób fakt ten ma zostać potwierdzony ani nie wymagał dowodów na tę okoliczność.

Takim dowodem, przedstawionym z inicjatywy Przystępującego, było oświadczenie wiedzy p. T., która jest pełnomocnikiem konsorcjum, wraz z załączeniem pełnomocnictwa dla tej osoby wystawionego przez konsorcjum. Jak wyjaśnił Przystępujący, oświadczenie p. T. złożył dlatego, że - jako pełnomocnik - jest to osoba dobrze zorientowana w szczegółach realizacji przedmiotowego zamówienia, a pełnomocnictwo miało potwierdzać, że rzeczywiście tak jest. Fakt ten nie był kwestionowany, a przedmiotowy dokument jest jedynie środkiem dowodowym, który podlega ocenie pod względem m.in. wiarygodności. Zatem to, czy zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem, dana osoba może reprezentować konsorcjum, ma znaczenie drugorzędne - może świadczyć o sile dowodu.

Nie budzi również wątpliwości poprawność referencji wystawionych w imieniu ZIKiT w Krakowie - potwierdzają one należyte wykonanie usługi. Są one „dowodem określającym czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. w postaci „referencji bądź innego dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego usługi były lub są wykonywane”, nie zachodzi więc tu sytuacja przedstawienia przez Przystępującego, o której mowa w dalszej części tego przepisu, tj. nieuzyskania takiego dokumentu i zastąpienia go oświadczeniem własnym wykonawcy. Referencje takie nie muszą (choć mogą i z praktycznego punktu widzenia mogłyby to być korzystne) zawierać informacji o sposobie podziału realizacji zamówienia pomiędzy konsorcjantów, uzyskanym doświadczeniu poszczególnych konsorcjantów oraz potwierdzenia należytego wykonania usługi przez każdego z konsorcjantów, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie postawiono takiego wymogu (wymogu, aby którąś z tych informacji zawierały).

Przystępujący udzielił żądanych wyjaśnień wskazując, który z podmiotów wspólnie realizujących umowę był odpowiedzialny za zakres realizacji odpowiadający postawionemu warunkowi.

Ze względu na to, że Przystępujący swoje działania nakierował na usługę wskazaną już wcześniej i nie powoływał się na inne usługi, nie zrealizowała się część wezwania związanego z uzupełnieniem dokumentów o wskazanie innego zadania, co zostało pozostawione woli wykonawcy - mógł on bowiem oprzeć się na usłudze już wskazanej, przywołać nową usługę lub też jednocześnie wyjaśnić wątpliwości co do pierwszej usługi oraz wskazać nową.

Tym samym nie potwierdził się zarzut Odwołującego, jakoby wyjaśnienie i uzupełnienie dokumentów zostało dokonane w sposób nieprawidłowy, a badanie spełnienia warunków zostało przeprowadzone w sposób nierzetelny.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: