

Sygn. akt: KIO 1498/18

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2018 roku przez wykonawcę Sprint Spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Piła

przy udziale:

wykonawcy MPTechnology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1498/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sprint Spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sprint Spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania.
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Piła, ul. ul. Staszica 10, 64-920 Piła prowadzi postępowanie pn.: „**Rozwój miejskiego zbiorowego transportu niskoemisyjnego wraz z systemem zarządzania komunikacją miejską w Pile — budowa i wdrożenie Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej**”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 070-154554 w dniu 11.04.2018 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 30 lipca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę – **Sprint S.A. Ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** (zwanego dalej Odwołującym), wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania MPTechnology sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (dalej: „MPTechnology”) pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MPTechnology pomimo, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MPTechnology pomimo, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

ewentualnie w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

4. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania MPTechnology do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz;
- 3) wykluczenie MPTechnology z postępowania

ewentualnie (w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp)

- 4) nakazanie wezwania MPTechnology do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W przypadku wykluczenia z postępowania firmy MPTechnology oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż w świetle kryteriów oceny ofert byłaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy MPTechnology naraża zatem Odwołującego na powstanie szkody w uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Odwołujący podniósł, iż stosownie do treści ogłoszenia o zamówieniu tj. sekcji III. 1.3) ppkt 1) oraz rozdziału V.I lit. c) ppkt 1) Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie — należycie wykonał lub wykonuje (w przypadku dostaw okresowych lub ciągłych) co najmniej 1 zamówienie polegające na dostawie, instalacji i wdrożeniu oprogramowania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej, wraz z dostawą i montażem co najmniej 10 szt. elektronicznych tablic informacji pasażerskiej i /lub infokiosków, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego została wykonana, wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie”.

Z powyższego wynika, iż zakres przedmiotowy wymaganej przez Zamawiającego „referencji” musiał obejmować m.in. min. 1 dostawę, instalację i wdrożenie oprogramowania Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej.

Wskazać należy, że tak określony warunek ściśle korespondował z przedmiotem zamówienia, który jak wynika z rozdziału III.1.1 SIWZ obejmuje m.in.

- budowę i wdrożenie Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, z dostawą wszystkich urządzeń i elementów technicznych oraz oprogramowania wraz z licencjami, niezbędnych do uruchomienia i poprawnego działania SDIP.

Pismem z dnia 03.07.2018 r., na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jak wynika ze wskazanej niżej treści wezwania, Zamawiający wezwał MPTechnology do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku tj. wykazu dostaw oraz dowodów określających czy zostały one wykonane w sposób należyty:

- wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy— w tym okresie), co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie, instalacji i wdrożeniu oprogramowania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej, wraz z dostawą i montażem co najmniej 10 szt. elektronicznych tablic informacji pasażerskiej i/lub infokiosków, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego została wykonana, wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należyście zgodnie z rozdziałem VI ust, 7 pkt 2a) SIWZ.

Jak wynika z dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego w odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył wykaz dostaw (sporządzony według treści załącznika nr 4 do SIWZ) w którym ujął trzy realizacje (dostawy) oraz załączył dla nich tzw. referencje. Tożsame realizacje ujęte zostały w treści złożonego przez MPTechnology dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”).

W oparciu o analizę ww. dokumentów Odwołujący stwierdza, że wbrew oświadczeniom MPTechnology zawartych zarówno w treści JEDZ, jak i wykazu dostaw żadna z ww. realizacji nie spełnia warunku dotyczącego objęcia ich zakresem przedmiotowym dostawy instalacji i wdrożenia oprogramowania Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej.

Odwołujący pozyskał informacje publiczne od podmiotów na rzecz których MPTechnology wykonywało ww. realizacje i każdy z nich potwierdził, że nie obejmowały one dostaw, instalacji i wdrożenia Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej. Każda z „referencji” obejmowała jedynie dostawę oraz montaż tablic informacji pasażerskiej, które następnie zostały włączone do istniejącego systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej.

Odwołujący ponownie wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i wdrożenie kompleksowego oprogramowania Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i takiej właśnie realizacji dotyczył sformułowany warunek. Dostawa tablic informacji pasażerskiej i ich włączenie do istniejącego Systemu w żaden sposób nie może być uznane za spełniające przedmiotowy warunek.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wyklucza się z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził

zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że m.in. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdza, że w sytuacji, w której nie budzi żadnych wątpliwości, że żadna z przedłożonych przez MPTechnology „referencji” nie obejmowała swoim zakresem dostawy, instalacji i wdrożenia oprogramowania Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej zasadne jest przyjęcie, iż podanie przez tego wykonawcę w treści wykazu dostaw jednoznacznego oświadczenia, że „referencje” te obejmowały wymagany przez Zamawiającego zakres świadczy o celowym działaniu Odwołującego. Stwierdzenie to jest tym bardziej zasadne, że sama treść załączonych do wykazu listów referencyjnych mogła sugerować, że „referencje” nie obejmowały dostawy, wdrożenia i instalacji Systemu, a mimo to firma MPTechnology złożyła w treści wykazu dostaw nieprawdziwe oświadczenie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając opisany stan faktyczny, nawet w przypadku uznania, że podanie przez MPTechnology nieprawdziwych informacji nie miało charakteru celowego działania, co najmniej mamy w tym przypadku do czynienia z lekkomyślnością lub niedbalstwem ze strony ww. wykonawcy. Okoliczność ta, w sytuacji w której podanie nieprawdziwych informacji warunkowało przyjęcie oferty MPTechnology oraz doprowadziło do uznania jej za najkorzystniejszą, świadczy o spełnieniu przesłanki dotyczącej wpływu nieprawdziwych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Z opisanego stanu faktycznego wynika, że MPTechnology nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a tym samym oferta tego wykonawcy nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Okoliczność tego rodzaju winna skutkować wykluczeniem z postępowania ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Równocześnie należy podnieść, iż w okolicznościach w których niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest bezpośrednio związane z podaniem nieprawdziwych informacji i wprowadzeniem Zamawiającego w błąd nie jest możliwe wezwanie MPTechnology do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W doktrynie ugruntowane jest stanowisko, iż w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp wykonawca nie powinien mieć możliwości powtórnego złożenia dokumentów niezbędnych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże z ostrożności, na okoliczność oddalenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 zasadne jest sformułowanie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności Odwołujący podnosi również, że jak wynika z dokumentacji udostępnionej mu przez Zamawiającego uzupełnienie przez MPTechnology dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nastąpiło w formie mailowej, poprzez załączenie do wiadomości z dnia 15.07.2018 r. z godziny 22:06 skanów tych dokumentów. W sytuacji w której termin złożenia dokumentów upływał w dniu 16.07.2018 r. o godzinie 10:00 zasadne jest podejrzenie, że dokumenty te w wymaganej przez Zamawiającego formie (forma pisemna m.in. w odniesieniu do wykazu doświadczenia) nie wpłynęły do Zamawiającego przed jego upływem. Okoliczność ta również uzasadnia stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania MPTechnology.

Podsumowując, wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Dnia 2 sierpnia 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca MPTechnology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o nieuwzględnienie odwołania.

Dnia 13 sierpnia 2018 roku do Krajowej Izby Odwoławczej została złożona odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Dnia 14 sierpnia 2018 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła Pismo procesowe Przystępującego wraz z dowodami, w którym zgłaszający przystąpienie poparł stanowisko Zamawiającego, iż zarzuty stawiane przez Odwołującego są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Dnia 14 sierpnia 2018 roku na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo procesowe – Pisemne stanowisko Odwołującego wraz z dowodami, w którym podtrzymał dotychczasowe stanowisko oraz wzmocnił dodatkowo argumentacją popierając ją dowodami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 lipca 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia złożone pisemnie oraz ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła:

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

Oferta nr 1 złożona przez

Sprint S.A. Ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn

Oddział w Warszawie

Ul. Inflancka 4

00-189 Warszawa – cena podana w ofercie 7.892.266,74 zł. oraz

oferta nr 2 złożona przez

MPTechnology Sp. z o.o.

ul. Portowa 13 B

76-200 Słupsk - cena podana w ofercie 4.748.150,55 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę w wysokości 5.138.931,05 zł.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) rozdział V. 1 litera c) ppkt 1) Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, iż warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

„W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie wykonał lub wykonuje (w przypadku dostaw okresowych lub ciągłych) co najmniej 1 zamówienie polegające na dostawie, instalacji i wdrożeniu oprogramowania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej, wraz z dostawą i montażem co najmniej 10 szt. elektronicznych tablic informacji pasażerskiej i/lub infokiosków, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego została wykonana, wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie.

Przez definicję zamówienia należy rozumieć jedną umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy.

Uwaga. Wykonawca w wykazie dostaw zobowiązany jest podać tylko te dostawy, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał dostawy podając informację o Zamawiającym oraz nazwę zrealizowanego zamówienia”.

Pismem z dnia 3 lipca 2018 roku BZP.271.5.2018 Przystępujący został poinformowany przez Zamawiającego, iż w wyniku badania i oceny ofert, oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu i została najwyżej oceniona w rankingu ofert. Pismem tym, Przystępujący na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp został wezwany do złożenia dokumentów, m.in.

- wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy— w tym okresie), co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie, instalacji i wdrożeniu oprogramowania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej, wraz z dostawą i montażem co najmniej 10 szt. elektronicznych tablic informacji pasażerskiej i/lub infokiosków, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego została wykonana, wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie zgodnie z rozdziałem Vi ust, 7 pkt 2a) SIWZ.

Zamawiający wskazał, iż żądane dokumenty mają być aktualne na dzień złożenia. Dokumenty należało przekazać do Zamawiającego w terminie do dnia 16 lipca 2018 r. do godz. 10:00 za

pomocą poczty elektronicznej na adres: bpz2@um.pila.pl oraz w wersji papierowej pocztą tradycyjną. Niezłożenie wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie miało skutkować wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1, pkt 5) ustawy Pzp.

Dnia 15 lipca 2018 roku o godz. 22:03 Przystępujący przesłał do Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej skany wymaganych dokumentów oraz poinformował w treści wiadomości, iż dokumenty przesłał również w wersji papierowej pocztą tradycyjną. Przystępujący otrzymał od Zamawiającego potwierdzenie przesłania skanów dokumentów, wiadomością z dnia 16 lipca 2018 roku, godz. 9:43.

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz dostaw, w którym wykazał realizację trzech zamówień polegających na dostawie, instalacji i wdrożeniu oprogramowania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej, wraz z dostawą i montażem co najmniej 10 szt. elektronicznych tablic informacji pasażerskiej zrealizowanych dla:

- 1) Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu Zdroju,
- 2) Zarządu Transportu Miejskiego w Kielcach,
- 3) Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o.

Dla każdego z ww. zamówień przedstawił referencje, potwierdzające ich należyte wykonanie.

Dnia 19 lipca 2018 roku Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania, w którym za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła:

Analizując przedstawiony stan faktyczny oraz materiał zgromadzony w sprawie Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż rozpoznając odwołanie dokonuje oceny, czy czynności podjęte w postępowaniu przez Zamawiającego lub zaniechanie czynności w zakresie objętym odwołaniem, zostało wykonane prawidłowo czy też naruszyło przepisy prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby czynnościom Zamawiającego nie można przypisać naruszeń przepisów podnoszonych w odwołaniu tj. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo nie wykazania przez niego warunków udziału w postępowaniu, oraz pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia

warunki udziału w postępowaniu oraz pomimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Następnie wskazać należy, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci. Przywołać można tu przykładowo wyrok o sygnaturze KIO 2145/16 z 28 listopada 2016r., na który powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a którego argumentację podziela również Izba „Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia”, lub wyrok przywołany przez Przystępującego o sygnaturze KIO 1216/17 z 6 lipca 2017 r.: „Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielala wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”.

Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Kwestionując doświadczenie Przystępującego, Odwołujący musiałby dowieść, iż w ramach

zadań wskazanych w wykazie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący nie wykonywał zakresu prac wymaganego przez Zamawiającego.

Przystępujący wykazał trzy zamówienia polegające na dostawie, instalacji i wdrożeniu oprogramowania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej, wraz z dostawą i montażem co najmniej 10 szt. elektronicznych tablic oraz do każdego z zamówień załączył referencje, potwierdzające należyte wykonanie zadań.

W ocenie Odwołującego, z załączonych referencji oraz z informacji otrzymanych od ich wystawców, uzyskanych w trybie dostępu do informacji publicznej wynika, iż Przystępujący nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia, określonego w SIWZ.

W ocenie Izby, wniosek taki nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale.

Po pierwsze, to nie referencje, ale wykaz dostaw stanowi potwierdzenie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Zamawiający wymagał realizacji co najmniej jednego zamówienia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący wykazał trzy realizacje, zatem wystarczającym dla potwierdzenia spełnienia warunku byłaby jedna z dostaw odpowiadająca wymaganiom Zamawiającego.

Po drugie, warunkiem udziału w postępowaniu nie była budowa nowego (od podstaw) Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (dalej SDIP) obsługującego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej, lecz dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania SDIP obsługującego pojazdy transportu publicznego i tablice elektryczne, co oznacza, iż dla spełnienia warunku udziału nie było konieczne wykazanie się budową zupełnie nowego SDIP, lecz dostawą, instalacją i wdrożeniem oprogramowania SDIP w szerokim tego słowa znaczeniu. Rozbudowę SDIP poprzez integrację z istniejącym oprogramowaniem SDIP obsługującym pojazdy i tablice należy uznać za mieszczącą się w ramach warunku, bowiem poprzez rozbudowę i integrację istniejącego systemu, nowy system należy skomunikować z istniejącym, poprzez opracowanie, instalację i wdrożenie oprogramowania.

Po trzecie, Zamawiający nie sprecyzował, ani nie dookreślił jak należy interpretować wymóg aby oprogramowanie systemu dynamicznej informacji pasażerskiej obsługiwało pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice informacji pasażerskiej. Nie wskazany został zakres ani funkcje oprogramowania SDIP w ramach którego pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice będą obsługiwane, ani także które z oprogramowań ma pełnić

funkcję obliczeniową. Zatem każda, nawet najmniejsza w swym zakresie funkcja oprogramowania, polegająca na komunikowaniu się SDIP z pojazdami transportu publicznego oraz tablicami elektrycznymi informacji pasażerskiej, musi być oceniona jako mieszcząca się w warunku. Dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania do SDIP, które w nieokreślonym przez Zamawiającego zakresie lub funkcji (nawet minimalnym np. poprzez interface) obsługuje pojazdy transportu publicznego i elektryczne tablice musi być oceniona jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu.

Dalej, dowody złożone przez Odwołującego nie dowodzą, iż zamówienia wskazane przez Przystępującego w wykazie dostaw nie obejmują zakresu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku w przedmiotowym postępowaniu.

Zamówienie zrealizowane dla Międzygminnego Związku Komunalnego w Jastrzębiu-Zdroju

Z referencji wystawionej przez MZK w Jastrzębiu-Zdroju (dowód nr 3 Odwołującego) wynika, iż Przystępujący zrealizował należycie projekt (...) obejmujący System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej składający się ze 105 tablic przystankowych LED zintegrowany z istniejącym systemem informacji pasażerskiej. Z odpowiedzi udzielonej przez MZK w Jastrzębiu (dowód nr 6 Odwołującego) na pytanie zadane w trybie dostępu do informacji publicznej (dowód nr 7 Odwołującego) wynika potwierdzenie, że Przystępujący zrealizował ww. zadanie, w ramach którego dostosował swoje oprogramowanie do istniejącego już programu. W ocenie Izby stanowi to potwierdzenie rozbudowy istniejącego systemu oraz instalację oprogramowania SDIP poprzez integrację z systemem. Skoro wykonawca nie musiał wykazać się budową nowego SIDP, a instalacją i wdrożeniem oprogramowania SIDP, to przedmiotowa rozbudowa potwierdza spełnienie warunku. Wskazać należy, iż z pisma MZK Jastrzębie (dowód nr 6 Odwołującego) nie wynika że Przystępujący w ramach realizacji zadania nie wykonał wdrożenia oprogramowania SDIP, co stanowiłoby potwierdzenie zarzutu Odwołującego.

Ponadto, z oświadczenia złożonego przez podmiot R&G Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu – wykonawcę systemu Munikom.premium (dowód nr 10 Odwołującego) wynika, że dostarczone przez Przystępującego tablice w Jastrzębiu Zdroju są obsługiwane przez dane wyliczane m.in. na podstawie lokalizacji pojazdów przez system Municom.premium, dostarczony przez ww. podmiot. Wskazać należy, iż w oświadczeniu tym, użyty jest zwrot: „m.in.” a nie „wyłącznie”, co oznacza, iż katalog danych na podstawie których tablice informacji pasażerskiej są obsługiwane nie jest zamknięty wyłącznie do systemu Municom.premium. Zatem system obsługujący tablice oparty jest również na innych danych obsługujących pojazdy. Oświadczenie to, nie stanowi zatem dowodu, iż dane nie objęte systemem Municom.premium nie stanowią elementu oprogramowania instalowanego przez

Przystępującego. W ocenie Izby dowód nr 10 nie potwierdza, że Przystępujący nie posiada doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Z dowodów złożonych przez Przystępującego – załącznik nr 1 do umowy z MZK Jastrzębie-Zdrój (dowód nr 1), z umowy nr 8/S/01/2015 (dowód nr 2) oraz z oferty Przystępującego (dowód nr 3) wynika, iż przedmiot zamówienia obejmował wykonanie i instalację systemu informatycznego obejmującego sprzęt i oprogramowanie w ramach systemu „Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi”. Z protokołu odbioru końcowego do tej umowy (dowód nr 4) jednoznacznie wynika, iż Przystępujący wykonał zamówienie, co stanowi potwierdzenie posiadanego przez Przystępującego doświadczenia, a zarazem potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamówienie zrealizowane dla Zarządu Transportu Miejskiego w Kielcach.

Z referencji wystawionych przez ZTM w Kielcach (dowód nr 1 Odwołującego) wynika należyte wykonanie przez Przystępującego projektu rozbudowy Systemu Informacji Pasażerskiej polegającego na dostarczeniu, instalacji i uruchomieniu 30 tablic informacji pasażerskiej (...). Tablice zostały zintegrowane z posiadanym przez ZTM Kielce Systemem Informacji Pasażerskiej. W ocenie Izby, Referencje potwierdzają należyte wykonanie zamówienia, które zakresem odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu.

Z odpowiedzi udzielonej przez ZTM w Kielcach (dowód nr 5 Odwołującego) na pytanie zadane w trybie dostępu do informacji publicznej (dowód nr 9 Odwołującego) wynika potwierdzenie, że Przystępujący zrealizował ww. zadanie, w ramach którego dostarczył, zamontował i uruchomił 30 elektronicznych tablic przystankowych. Tablice zostały zintegrowane przez Przystępującego z posiadanym przez ZTM Kielce Systemem Informacji Pasażerskiej (SIP). Pismo to również potwierdza rozbudowę i integrację posiadanego przez ZTM Kielce SIP, co w świetle wyżej przywołanej argumentacji nie stanowi zaprzeczenia, że Przystępujący nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Wnioski formułowane na podstawie oświadczenia podmiotu R&G Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (dowód nr 10 Odwołującego) mają tu zastosowanie analogiczne.

Reasumując, analiza dowodów złożonych przez Odwołującego nie stanowi zaprzeczenia, że Przystępujący posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego.

Ponadto, z dowodów złożonych przez Przystępującego wynika, że w ramach ww. zamówienia należało wykonać, dostarczyć, zamontować i uruchomić 30 elektronicznych tablic informacyjnych, wraz z urządzeniami i oprogramowaniem (systemowym i użytkowym) niezbędnym do integracji z posiadanym przez Zamawiającego systemem oraz że elementy te zostały wykonane poprawnie (dowód nr 5, załącznik nr 1 do SIWZ dla zadania – Opis

przedmiotu zamówienia, umowa zawarta z Przystępującym – dowód nr 6, oraz protokół odbioru, potwierdzający dostawę, instalację i uruchomienie TIP – dowód nr 7).

Zamówienie zrealizowane dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu.

Z referencji wystawionych przez MPK w Poznaniu (dowód nr 2 Odwołującego) wynika potwierdzenie terminowego, zgodnego z wymaganiami inwestora wykonania zadania obejmującego zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie 19 tablic informacji pasażerskiej. Odwołujący twierdzi, iż również w ramach ww. zadania Przystępujący nie wykonał dostawy, instalacji i wdrożenia oprogramowania SDIP, a jedynie rozbudował istniejący już system.

Jak wskazano wyżej, zdaniem Izby rozbudowa istniejącego SDIP, polegająca na zintegrowaniu, wdrożeniu oprogramowania systemu (obsługującego pojazdy i tablice) z istniejącym SDIP wpisuje się w warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego.

Z odpowiedzi udzielonej przez MPK w Poznaniu (dowód nr 4 Odwołującego) na pytanie zadane w trybie dostępu do informacji publicznej (dowód nr 8 Odwołującego) wynika potwierdzenie, że „opisane wyżej zadanie nie obejmowało dostawy, instalacji i wdrożenia oprogramowania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej. Dostarczone i zamontowane tablice TIP zostały włączone do istniejącego systemu dynamicznej informacji pasażerskiej w mieście Poznaniu”. Podobny wniosek można wyprowadzić również z treści SIWZ dla ww. zadania (dowód nr 11 Odwołującego) oraz Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (dowód nr 12 Odwołującego). Jednakże, sam fakt iż „zadanie nie obejmowało przedmiotowego zakresu”, nie oznacza iż Przystępujący nie wykonał takiego zakresu, realizując zamówienie.

Z dowodów złożonych przez Przystępującego w tym zakresie oraz z informacji przekazanych na rozprawie wynika potwierdzenie, iż pierwotnie (zgodnie z treścią SIWZ dla zadania i oświadczeniem Zarządu MPK w Poznaniu Sp. z o.o.) dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania SDIP nie była przedmiotem zamówienia, jednak w toku realizacji zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności faktycznych i konieczne stało się pozyskanie danych z kilku serwerów systemu Inteligentnych Systemów Transportowych (ITS), należących do Zamawiającego. W konsekwencji Przystępujący musiał opracować i zainstalować oprogramowanie SDIP obsługujące serwery komunikacyjne oraz dostarczone tablice informacji pasażerskiej. Na potwierdzenie, Przystępujący złożył oświadczenie złożone przez Dyrektora ds. Infrastruktury MPK w Poznaniu, potwierdzające powyższy stan faktyczny, oraz potwierdzające, że w ramach ww. zamówienia Przystępujący wykonał i uruchomił m.in. oprogramowanie komunikacyjne systemu informacji pasażerskiej umożliwiające odczyt danych o szacowanych czasach odjazdów autobusów i tramwajów, oprogramowanie

serwerowe systemu informacji pasażerskiej pobierające i przetwarzające dane o rozkładach jazdy i kursach, oprogramowanie użytkowe systemu informacji pasażerskiej służące m.in. do konfiguracji treści informacji pasażerskich prezentowanych na tablicach. Wykonanie powyższego zakresu znalazło potwierdzenie ponadto w Projekcie Technicznym Systemu Informacji Pasażerskiej w Poznaniu, stanowiącego załącznik do Protokołu Odbioru Końcowego dla zadania (dowód nr 9). Z Projektu Technicznego wynika nie tylko wykonanie i wdrożenie oprogramowania SIDP obsługujące pojazdy komunikacji i tablice informacji pasażerskiej, ale również potwierdzenie, że oprogramowanie SDIP pobiera dane z rozkładów jazdy, z zewnętrznego źródła wspólnego dla systemu SIP, wdrożonego przez Gwaranta oraz nowego, realizowanego przez Przystępującego. Zapis ten, potwierdza wątpliwości wynikające z analizy oświadczenia złożonego przez podmiot R&G Plus Sp. z o.o. (dowodu nr 10 Odwołującego), iż katalog danych na podstawie których tablice informacji pasażerskiej są obsługiwane nie jest zamknięty wyłącznie do systemu Municom.premium.

Izba oceniając dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego dotyczące realizacji zamówienia w Poznaniu stwierdziła, że informacje w nich zawarte nie wykluczają się a wręcz przeciwnie, uzupełniają się i wzajemnie dopełniają, tworząc pełen obraz stanu faktycznego. Z dowodu nr 9 Odwołującego nie wynika, iż Przystępujący nie wykonał spornego zakresu w ramach zadania, a jedynie że zadanie nie obejmowało takiego zakresu. Brak przedmiotowego zakresu dla ww. zadania w momencie rozpoczęcia realizacji jest faktem bezspornym i przyznany przez strony podczas rozprawy, a właśnie taki fakt potwierdza dowód nr 9. Jednakże w trakcie realizacji zadania, pojawiła się potrzeba zwiększenia zakresu zadania o zakres sporny. Potwierdzeniem wykonania zamówienia, obejmującego realizację zadania o zakresie zwiększonym w trakcie realizacji, odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, stanowią dowody złożone przez Przystępującego.

Reasumując, Izba po analizie złożonych przez strony oświadczeń i dowodów doszła do przekonania (przy założeniu, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne zapisów SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy), iż Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, w sposób zgodny z warunkiem określonym w SIWZ. Zatem skoro Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to zarzut naruszenia art. 24 ust. 1pkt 12 Pzp nie może zostać uznany za potwierdzony i zasadny. W tym kontekście, za chybiony należy również ocenić zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, bowiem skoro Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, to fakt wykazania posiadanego doświadczenia nie może być poczytany jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Zatem ww. zarzuty jako niezasadne zostały oddalone w całości.

Odnosząc się do ewentualnego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, zarzut należy również uznać za chybiony. Przystępujący przekazał Zamawiającemu wymagane dokumenty w terminie wskazanym w wezwaniu, oraz w sposób w nim określony. Brak precyzyjnie dookreślonych wymagań ze strony Zamawiającego, nie może wywoływać negatywnych skutków po stronie wykonawców. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę brak terminu złożenia dokumentów w formie papierowej, lub jego niedookreślenie, Przystępujący mógł wyprowadzić uprawniony wniosek, iż przesłanie skanów dokumentów w formie elektronicznej w terminie wskazanym w wezwaniu i niezwłoczne przesłanie ich kopii pocztą lub kurierem, będzie stanowiło wypełnienie dyspozycji Zamawiającego.

Izba nie odniosła się do dowodów złożonych przez Przystępującego, oznaczonych jako D.14A, D.14B, D.14C, D.14D, D.14E, D.15A, D.15B złożonych na okoliczność potwierdzenia współpracy Odwołującego z Przystępującym, ponieważ dotyczą one okoliczności, które nie były przedmiotem odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), 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 (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: