

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Mera Systemy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (lider) z siedzibą dla lidera: ul. M. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Metropolitalnego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice** działający w imieniu własnym oraz **Gminy Łaziska Górne, Pl. Ratuszowy 1, 43-170 Łaziska Górne, Gminy Siewierz, ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz, Gminy Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec**

przy udziale wykonawcy **Emtest a.s., Bánovská cesta 7, 010 01 Žilina, Słowacja**, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Mera Systemy Spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością oraz Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (lider) z siedzibą dla lidera: ul. M. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Mera Systemy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (lider) z siedzibą dla lidera: ul. M. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki** tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Mera Systemy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (lider) z siedzibą dla lidera: ul. M. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki** na rzecz Zarządu Transportu Metropolitalnego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice działającego w imieniu własnym oraz **Gminy Łaziska Górne, Pl. Ratuszowy 1, 43-170 Łaziska Górne, Gminy Siewierz, ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz, Gminy Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę, montaż i serwis stacjonarnych automatów biletowych wraz z oprogramowaniem*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zarząd Transportu Metropolitalnego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice działający w imieniu własnym oraz Gminy Łaziska Górne, Pl. Ratuszowy 1, 43-170 Łaziska Górne, Gminy Siewierz, ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz, Gminy Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Mera Systemy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Mera-Serwis SGL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (lider) z siedzibą dla lidera: ul. M. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie od czynności badania, oceny oraz wyboru 2 marca 2021 r., jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Emtest a.s., Bánovská cesta 7, 010 01 Žilina, Słowacja (dalej „przystępujący”) i zaniechania odrzucenia tej oferty oraz wykluczenia przystępującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 12, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji II 1.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji II 1.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ), tj. doświadczenia w dostawie automatów oraz doświadczenia w utrzymaniu serwisowym automatów,
2. art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia podanego w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez bezprawne i bezzasadne przyjęcie przez zamawiającego, że złożona przez przystępującego oferta nie jest ofertą zawierającą cenę rażąco niską, a w rezultacie przez zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo, że zawiera rażąco niską cenę,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie

odrzućenia oferty przystępującego pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
ewentualnie

5. art. 90 ust. 1-3, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo, że cena zaoferowana przez przystępującego nosi znamiona rażąco niskiej ceny i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów,
6. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw oraz referencji, pomimo, iż złożone przez niego dokumenty nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których w sekcji III.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji III.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ), tj. doświadczenia w dostawie automatów oraz doświadczenia w utrzymaniu serwisowym automatów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty przystępującego oraz wykluczenia go z postępowania, ewentualnie nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów, o których mowa w pkt. 6.5. SIWZ.

Stwierdził, że z przedłożonego przez przystępującego wykazu dostaw i referencji wynika, że wskazane na potwierdzenie spełniania warunków doświadczenia zamówienie zostało wykonane na rzecz podmiotu Mennica Polska SA (dalej „Mennica”).

Podał, że podmiot ten jest wykonawcą umowy zawartej 8 marca 2017 r. na *Świadczenie usługi dystrybucji biletów komunikacji miejskiej* na rzecz Gminy Wrocław, w ramach której obowiązany był m.in. dostarczyć automaty stacjonarne do sprzedaży biletów transportu publicznego.

Oświadczył, że zgodnie z jego najlepszą wiedzą Mennica w ramach realizacji ww. projektu we Wrocławiu zakupiła automaty biletowe od przystępującego, jednak automaty te nie posiadały oprogramowania i nie były kompletnie wyposażone, co w ocenie odwołującego oznacza, że nie spełniały opisu z warunku udziału w postępowaniu, tj. objęcie systemem/aplikacją/ do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby

obsługujące automaty oraz, że każdy z nich przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydaje resztę. Uzupełnił, że dostarczone przez przystępującego automaty były wyposażone przez Mennicę o kluczowe elementy – moduł do realizacji płatności elektronicznej zestaw płatniczy (zakupiony od firmy Centreo) oraz o moduł przyjmowania banknotów od firmy CoinMax.

Stwierdził dodatkowo, że ww. urządzenia nie posiadały także oprogramowania sprzedażowego oraz, że oprogramowanie na urządzenia i system centralny poczyniła i wdrożyła firma Vectro Soft, która obecnie świadczy usługę utrzymania oprogramowania i serwisu urządzeń we Wrocławiu.

Ponownie powołując się na wiedzę własną odwołujący stwierdził, że serwis urządzeń na miejscu w projekcie wrocławskim jest prowadzony przez firmę Vector Soft, poprzez naprawę automatów biletowych, w tym usuwanie błędów (wad) nieprawidłowości w działaniu urządzeń, konserwacje urządzeń, utrzymanie urządzeń w sprawności, a dodatkowo utrzymanie oprogramowania aplikacji sprzedażowej oraz aplikacji do zarządzania i monitorowania pracy automatów, których jest autorem.

Na powyższej podstawie uznał, że referencje wystawione przez Mennicę na rzecz przystępującego nie są zgodne z stanem faktycznym.

Uzupełnił, że o ile Vector Soft posiada siedzibę we Wrocławiu i zatrudnia pracowników na potrzeby prowadzenia serwisu, o tyle przystępujący nie posiada na terenie Polski oddziału serwisowego.

Wysnuł wniosek, iż wbrew treści złożonego wykazu dostaw oraz referencji przystępujący nie nabył wymaganego doświadczenia w ramach projektu wrocławskiego.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z treścią pkt. 5.1.1 SIWZ wskazana przez przystępującego dostawa powinna zostać zrealizowana w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, jednak przystępujący nie wykazał, aby zamówienie referencyjne zostało zrealizowane w tym okresie czasu. Podał, że w złożonym przez przystępującego wykazie dostaw brak jest bowiem informacji o dacie dostawy, wskazana została jedynie bliżej niesprecyzowana „data podpisania” (10 kwietnia 2018 r.).

Podał, że zgodnie z wymogami SIWZ w ww. postępowaniu wrocławskim oraz treścią oferty Mennicy, Mennica zobowiązana była uruchomić cały system w ciągu roku, licząc od 8 marca 2017 r. (termin zawarcia umowy z Mennica) oraz, że ze wzoru umowy wynika, że Mennica zobowiązana była zgłosić do odbioru biletomaty (element systemu) na 30 dni przed datą uruchomienia, czyli do 6 lutego 2018 r. wobec czego – wywodził odwołujący – dostawa biletomatów na rzecz Mennicy musiała zostać dokonana odpowiednio wcześniej, zapewne wcześniej niż 29 stycznia 2018 r., tj. wcześniej niż w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, względnie, jeżeli dostawa została

wykonana po terminie wynikającym z umowy z Gminą Wrocław (np. 10 kwietnia 2018 r.), to nie można uznać dostawę za należycie wykonaną, co jest niezbędne dla spełnienia warunku udziału. Uzupełniająco wskazał, że skoro biletomaty miały zostać dostarczone przez Mennicę do 6 lutego 2018 r. to wykonanie ich dostawy 10 kwietnia 2018 r. nie mogło być wystarczające dla realizacji zamówienia głównego zgodnie z wymaganiami zamawiającego; nie sposób uznać, że przystępujący zobowiązany był wykonać dostawę biletomatów już po upływie terminu na wykonanie dostawy w ramach zamówienia głównego.

Dowód: ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Mennicy; wyciąg ze wzoru umowy z Gminą Wrocław z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w załączeniu do odwołania)

Zdaniem odwołującego w świetle powyżej nakreślonych okoliczności należy także uznać, iż przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, co do faktów istotnych dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Stwierdził, że wskazane przez przystępującego informacje dotyczące jego doświadczenia spełniają wszystkie przesłanki przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ponieważ po pierwsze dotyczą warunku udziału w postępowaniu i zdecydowały o uznaniu, że przystępujący nie podlega wykluczeniu, po drugie są niezgodne z rzeczywistością, co oznacza, że przystępujący, podając tego typu informacje wprowadził zamawiającego w błąd, po trzecie, działanie przystępującego w tym zakresie było zamierzone – przystępujący niewątpliwie jest świadom okoliczności związanych ze swoim udziałem w realizacji zamówienia na rzecz Mennicy, w przeciwnym razie stanowiłoby to rażące niedbalstwo ze strony przystępującego.

Odwołujący podniósł nadto, że w przypadku uznania, iż opisywane działanie przystępującego nie spełnia którejs z przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp to niezależnie zachodzi podstawa wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym, 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. Oceniał, że nieprawdziwe informacje na temat jedynego zamówienia wskazanego dla wykazania spełniania przez przystępującego warunku udziału bezpośrednio przełożyły się na uznanie przez zamawiającego, iż przystępujący spełnia warunek udziału, przy czym w tym zakresie nawet najłżejsze stopnie winy uzasadniają wykluczenie z postępowania (lekkomyślność czy niedbalstwo).

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia, poprawienia

lub do udzielania wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw oraz referencji, biorąc pod uwagę, iż dokumenty te nie wykazują spełniania przez warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego odwołujący podał, że przystępujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w cenie 9 988 800,00 zł, jednak z uwagi na powstanie u zamawiającego obowiązku podatkowego z tytułu wewnętrznego nabycia towarów dla celów oceny ofert należało doliczyć wartość podatku VAT (23%), co daje łącznie 12 286 224,00 zł. Wskazał, że cena ta stanowi 72,14% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a więc znajduje się na granicy hipotezy art. 90 ust. 1a ustawy Pzp statuującego formalny wymóg zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia. W ocenie odwołującego już samo to powinno zwrócić uwagę zamawiającego, który zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Staął na stanowisku, że rażąco niska cena zaoferowana przez przystępującego nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia, a wręcz jest w sposób oczywisty oderwana od realiów rynkowych.

Podniósł, że rażąco niska cena oferty przystępującego wynika przede wszystkim z zaniżonej ceny jednostkowej biletomatu (126.500,00 zł netto). Uznał, że cena ta nie tylko diametralnie różni się od ceny jednostkowej zaoferowanej przez odwołującego w wysokości 207.018,00 zł netto, ale też od cen jednostkowych w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu (201.844,35 zł oraz 149.500,00 zł).

Stwierdził, że cena jednostkowa za dostawę biletomatu jest najważniejszym składnikiem całkowitej ceny ofertowej i musiała zawierać między innymi: koszt urządzenia, oprogramowania, wyposażenia i montażu; wycena jednostkowa biletomatu miała sfinansować realizację wszystkich funkcjonalności przewidzianych w zamówieniu.

Stwierdził także, że wycena jednostkowa biletomatu oferowanego przez przystępującego jest nierealna i nie umożliwia realizacji zamówienia, podkreślając że jedynie przystępujący, oprócz odwołującego, we wszystkich innych kategoriach jakościowych otrzymał maksymalną ilość punktów, co powinno przełożyć się na cenę. Uzupełnił, że niezwykle niski poziom ceny przystępującego zdecydował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Podał, że do kalkulacji oferty ceny jednostkowej netto automatu biletowego wraz z oprogramowaniem, wyposażeniem i montażem, pozwalającym na realizację wszystkich funkcjonalności przewidzianych w zamówieniu konieczne było w szczególności uwzględnienie następujących komponentów:

1. koszt wyprodukowania urządzenia zgodnie z podaną specyfikacją i wraz

- z dodatkowym wyposażeniem (dodatkowe kasety na bilon i na banknoty, ściśle określone),
2. koszt posadowienia urządzeń czyli fundament, przyłącze elektryczne, pozwolenia i dokumentacja oraz montaż automatów – na podstawie zebranych ofert i doświadczenia stwierdził, że minimalny koszt posadowienia 1 szt. urządzenia wynosi 14.000,00 zł netto,
 3. koszt relokacji – odwołujący oświadczył, że przyjął taki sam koszt jak koszt posadowienia urządzeń, tj. 14.000,00 zł netto, zaznaczając, że w przypadku relokacji dochodzi koszt zdemontowania urządzenia i jego transportu na nowe miejsce),
 4. koszt instalacji urządzenia na miejscu i uruchomienia: konieczny jest transport automatów na miejsce posadowienia specjalistycznym samochodem ciężarowym, min. 3 osoby do obsługi i przy pomocy specjalistycznego wózka posadowienie na miejscu, podłączenie zasilania (osoba z uprawnieniami), następnie przeprowadzenie pomiarów elektrycznych przez upoważnione osoby, uruchomienie urządzenia, testy akceptacji monet, płatności elektronicznej, wydruków biletów, kodowania karty,
 5. dzierżawa terenu: na podstawie Uchwały nr XLVI111/896/17 Rady Miasta Katowice z 26 października 2017 r. koszt zajęcia chodnika wynosi 2,00 zł. netto/1 dzień/metr kwadratowy. Roczny koszt dla automatu (podstawa nie zajmuje 1m², ale w takim przypadku jest to minimalna wartość brana do kalkulacji) wynosi: 365 dni x 2 zł= 730,00 zł netto, tj. dla 1 urządzenia w kresie 8 lat trwania umowy: 730,00 zł x 8 lat = 5.840 zł netto. Dodatkowo należy uwzględnić zajęcia terenu przez 30 mb kabla w stawce 40,00 zł/ m² na rok, co daje koszt w wysokości ok. 360,00 zł (30mb x 0,30m szerokość = 9m² do kalkulacji x 8 lat = 2.880,00 zł,
 6. koszt energii elektrycznej: średniomiesięczny koszt zużycia energii elektrycznej dla 1 szt. stacjonarnego automatu biletowego wynosi około 150,00 zł. Netto; dla zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania koszt dla 1 urządzenia: 150,00 x 96m-cy = 14.400,00 zł netto,
 7. licencja Asseco ŚKUP: na podstawie podpisanego Porozumienia IN/15/2020 zawartego 01.06.2020 r. pomiędzy Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolią a Asseco Data Systems S.A. a Mera Systemy Sp. z.o.o. koszt integracji z ŚKUP po stronie wykonawcy to 3.000,00 zł netto za 1 urządzenie,
 8. licencja Asseco ŚKUP: opłata wynika z kosztów umowy – porozumienia z GZM,
 9. koszt wytworzenia aplikacji sprzedażowej: GUI, koszty wewnętrzne integracji z ŚKUP (licencja i przekazanie kodów źródłowych): szacowana ilość godzin na potrzeby wytworzenia oprogramowania to 3000 godzin programistycznych (analiza rozwiązania, programowanie, testy),
 10. dodatkowe godziny programisty: średni koszt wynagrodzenia za godzinę pracy

programisty (specjalisty) wynosi około 85,00 zł netto, tj. 85,00 zł x 8000 rbg = 680.000,00 zł netto/48 urzędzeń=14.166,00 zł. netto,

11. koszt agenta rozliczeniowego kart płatniczych: w wyjaśnieniach treści SIWZ z 08.12.2020 r. zamawiający podał, iż w 123 automatach biletowych systemu ŚKUP w okresie od listopada 2019 r. do października 2020 r. wartość sprzedaży biletów i usług w automatach w zakresie płatności karta płatniczą wyniosła około 11,8 mln zł. Odwołujący przyjmując jako założenie dane podane przez zamawiającego wskazał, że koszt agenta rozliczeniowego dla 1 automatu dla okresu trwania umowy (96 m-cy) wynosi: ok. 8.000,00 zł,
12. koszt Oprogramowania na potrzeby P&R: sprzedaż biletów parkingowych w automatach biletowych to dodatkowa funkcjonalność,
13. koszt szkoleń pracowników zamawiającego w zakresie obsługi automatów i oprogramowania, w tym w szczególności: obsługi serwisowej, konserwacji, administrowania,
14. koszt fiskalizacji automatu: drukarka fiskalna,
15. koszty transmisji danych przez okres 96 miesięcy: w celu realizacji usługi niezbędne jest wyposażenie biletomatów w karty SIM, umożliwiające ich komunikację,
16. koszt eksperta IT,
17. koszty hostingu przez okres 96 miesięcy,
18. utrzymanie aplikacji płatniczej zestawu płatniczego przez 96 miesięcy: po dostawie urzędzeń, w których zamontowany jest zestaw płatniczy, konieczne jest podpisanie umowy na utrzymanie aplikacji płatniczej z firmą dostarczającą zestawy płatnicze, wymogiem są względy bezpieczeństwa: oprogramowanie obsługujące transakcje płatnicze powinno być wspierane przez dostawcę zestawów,
19. koszty transportu urzędzeń na miejsce instalacji,
20. koszty Project Managera – min. 6 miesięcy, przez okres od podpisania umowy do wdrożenia,
21. zapas części zamiennych na bieżące utrzymanie urzędzeń w sprawności (wymiana uszkodzonych elementów na sprawne),
22. dokumentacja projektowa,
23. dodatkowe elementy wyposażenia – narzędzia specjalistyczne,
24. utrzymanie i usuwanie błędów (wad) oprogramowania tj. Systemu Centralnego do monitorowania stanu urzędzeń, gromadzenia danych sprzedażowych, aplikacji sprzedażowej, GUI – interfejsu użytkownika,
25. dodatkowe wyposażenie zgodnie z wymaganiami zamawiającego, tj. dodatkowe kasety na banknoty, kasety na monety, hoppersy, klucze do automatów, nośniki USB.

Odwołujący przedstawił, oceniając jako realistyczne, następujące wartości dla ww. kosztów:

	Przedmiot umowy	Koszt netto w zł	ilość	wartość netto w zł
1	Koszt wyprodukowania urządzenia tj. koszt podzespołów i modułów wchodzących w skład urządzenia plus koszt robocizny na jeden automat biletowy zgodny z wymaganiami zamawiającego	64 122,00	48	3 077 856,00
2	Koszt posadowienia urządzeń czyli fundament, przyłącze elektryczne, pozwolenia i dokumentacja wykonawcza i powykonawcza	14 000,00	48	672 000,00
3	Koszt relokacji (analogicznie jak instalacja + koszt przywrócenia poprzedniej lokalizacji do stanu pierwotnego)	15 000,00	48	720 000,00
4	Koszt instalacji urządzenia na miejscu i uruchomienia	800,00	48	38 400,00
5	Dzierżawa terenu przez okres 96 miesięcy	8 720,00	48	418 560,00
6	Koszt energii elektrycznej	7 200,00	96	691 200,00
7	Licencja Asseco ŚKUP	3 000,00	48	144 000,00
8	Oferta z Asseco Integracja ze ŚKUP	48 000,00	1	48 000,00
9	Koszt wytworzenia aplikacji sprzedażowej GUI, koszty wewnętrzne integracji z ŚKUP GZM	240 000,00	1	240 000,00
10	Dodatkowe godziny programisty	85,00	8000	680 000,00
11	Koszt agenta rozliczeniowego kart płatniczych	729 184,00	1	729 184,00
12	Koszt Oprogramowania P&R	40 000,00	1	40 000,00
13	Koszt szkoleń pracowników zamawiającego (zawiera koszty dojazdu i zakwaterowania)	3 700,00	6	22 200,00
14	Koszt fiskalizacji automatów	2 500,00	48	120 000,00
15	Koszty transmisji danych przez okres 96 miesięcy (wliczony prywatny APN)	442,00	96	42 432,00
16	Koszt eksperta	5 000,00	5	25 000,00
17	Koszty hostingu przez okres 96 miesięcy	1000,00	96	96 000,0
18	Utrzymanie aplikacji płatniczej zestawu płatniczego przez 96 miesięcy	480,00	6	46 080,00
19	Koszty transportu urządzeń na miejsce instalacji (3 zł/km x 300 km)	900,00	17	15 300,00
20	Projekt menager IT – 6 miesięcy	13 500,00	6	81 000,00
21	Zapasy części zamiennych na potrzeby świadczenia serwisu na miejscu	80 000,00	1	80 000,00
22	Dokumentacja projektowa (opis techniczny rozwiązania, opis oprogramowania aplikacji sprzedażowej, opis oprogramowania systemu centralnego, opis kodów źródłowych)	50 000,00	1	50 000,00
23	Programator czytnika monet i programator czytnika banknotów	5 500,00	1	5 500,00
24	Utrzymanie i usuwanie błędów (wad) oprogramowania, tj. Systemu Centralnego do monitorowania stanu urządzeń, gromadzenia danych sprzedażowych, aplikacji sprzedażowej, GUI - interfejsu użytkownika	5 000,00	96	480 000,00
25	Dodatkowe kasety na banknoty, kasety na monety oraz; hoppersy, klucze do urządzeń	42 000,00	1	42 000,00
	Suma	8 604 712,00		

Podsumował, że same minimalne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia – oprócz serwisu i gwarancji – które wyceniane były oddzielnie, kształtują się w wysokości co najmniej 8.604.712 zł netto (na urządzenie 179.264,83 zł netto), gdy oferta przystępującego w zakresie dostawy, montażu oraz serwisu biletomatów wynosiła jedynie 6.072.000 zł, po dodaniu ceny gwarancji i serwisu, tj. 850 zł stawki miesięcznej razy 48 sztuk urządzeń razy 96 miesięcy = 3.916.800 zł.

Uznał na powyższej podstawie, że cena jednostkowa dostawy biletomatu, a w konsekwencji cena ofertowa przystępującego nie pokrywa rynkowych kosztów wykonania tego typu dostawy, a także nie pokryje wszystkich kosztów generowanych przez przystępującego.

Odwołujący stanął w dalszej kolejności na stanowisku, że przystępujący stosuje tak zaniżone ceny, które nie obejmują wszystkich wymaganych kosztów dostaw biletomatów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia i działania te podejmowane są w celu eliminacji z rynku lokalnego innych konkurentów wobec czego także i z tego powodu – dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji – oferta przystępującego powinna być odrzucona.

Stwierdził, że zaoferowanie przez przystępującego cen na nierealnym poziomie stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym rynku, który stanowi przedmiotowe postępowanie oraz stanowi zaprzeczenie obowiązku przestrzegania dobrych obyczajów, w których mieści się dokonywanie rzetelnej i uczciwej wyceny swoich produktów lub usług za cenę uwzględniającą ponoszone koszty i zakładającą osiągnięcie pewnego zysku.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB) przy piśmie z dnia 22 marca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, złożonych na rozprawie przez zamawiającego – Wykazu dostaw złożonego przez przystępującego na wezwanie zamawiającego z dnia 10 lutego 2021 r. oraz referencji z dnia 4 stycznia 2021 r. wystawionych przez Mennicę Polską S.A. z Warszawy przystępującemu, odwołania – pismo z dnia 12 marca 2021 r., Odpowiedzi na odwołanie – pisma zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2021 r., w tym pisma Mennicy Polskiej S.A. z Warszawy z dnia 14 kwietnia 2021 r. oraz złożonego dodatkowo na rozprawie przez zamawiającego pisma zamawiającego do Mennicy Polskiej S.A. z Warszawy z dnia 30 marca 2021 r., Pisma procesowego przystępującego z dnia 22 kwietnia 2021 r., złożonych przez odwołującego na rozprawie: korespondencji e-mail, uchwały nr XLVIII/896/17 Rady Miasta Katowice

z 26 października 2017 r., faktur, ofert, umowy (oznaczonych przez odwołującego w złożonym pliku od 2.1.a do 20), a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 12 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Odnosząc się do popieranego przez przystępującego wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy nPzp, tj. z tego powodu, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, skład orzekający Izby podnosi, że wskazana podstawa odrzucenia dotyczy momentu wniesienia odwołania – jest badana na moment wniesienia odwołania (w tym przypadku na dzień 12 marca 2021 r. kiedy odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej). Tymczasem, jak podał sam zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie (str. 6), termin związania ofertą odwołującego upłynął 29 marca 2021 r. (abstrahując w tym miejscu od oceny czy oznacza to utratę statusu wykonawcy 29 marca 2021 r.), a więc już po terminie wniesienia odwołania.

Wobec powyższego skład orzekający Izby na posiedzeniu oddalił wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z zastosowaniem przepisu art. 528 pkt 3 ustawy nPzp.

Zamawiający i przystępujący wnosili także o oddalenie odwołania z tego względu, że odwołujący nie legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że fakt wniesienia odwołania świadczy o zainteresowaniu odwołującego udziałem w tym postępowaniu. Nadto odwołujący nie został wykluczony z udziału postępowaniu, a jego oferta nie została odrzucona. Przeciwnie, oferta odwołującego została poddana ocenie z zastosowaniem przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i sklasyfikowana na miejscu drugim (pismo o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 2 marca 2021 r.), bezpośrednio za ofertą przystępującego.

Fakt, że termin związania ofertą odwołującego – wobec braku w ustawie nPzp przepisu regulującego zawieszenie terminu związania ofertą do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp) – upłynął 29 marca 2021 r. (po terminie wniesienia odwołania) nie oznacza, że w przypadku ponowienia czynności badania i oceny ofert oferta odwołującego będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, ponieważ wskazana podstawa dotyczy innej niż odwołującego sytuacji (tj. gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłożenie terminu związania ofertą).

Upływ terminu związania ofertą nie oznacza także, że zamawiający nie mógłby oferty odwołującego uznać za najkorzystniejszą – brak takiego zakazu w ustawie Pzp.

Brak także w ustawie Pzp zakazu zawarcia umowy z wykonawcą po upływie terminu związania ofertą.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie się bowiem któregośkolwiek z zarzutów daje odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia (czy to w wyniku wykluczenia przystępującego (art. 24 ust. 16 lub 17 ustawy Pzp), odrzucenia jego oferty (art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Pzp), czy choćby w wyniku wykluczenia w następstwie nieskutecznego uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy niewykazania zaoferowanej ceny rażąco niskiej po wezwaniu zamawiającego w tym przedmiocie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Zarzut pierwszy – zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo niewykazania przez przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji II 1.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji II 1.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ), tj. doświadczenia w dostawie automatów oraz doświadczenia w utrzymaniu serwisowym automatów, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 3 *Opis przedmiotu zamówienia* pkt 1.1. SIWZ: „*Przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż, gwarancja i serwis 48 stacjonarnych automatów biletowych wraz z oprogramowaniem oraz ich integracja z systemem Śląska Karta Usług*

Publicznych (SKUP) funkcjonującym obecnie w komunikacji miejskiej organizowanej przez Zarząd Transportu Metropolitalnego (ZTM). Przedmiot zamówienia obejmuje również prawo opcji wskazane w pkt 3.3 i 3.6 SIWZ.”

W rozdziale 5 Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp pkt 5.1. ppkt 5.1.1. SIWZ zamawiający wskazał: O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który: 5.1.1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał dostawę/dostawy (umowę/umowy) łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego, wraz ze świadczeniem usług utrzymania serwisowego tych automatów, trwającym co najmniej rok, polegającym na usuwaniu błędów (wad) automatów. Automaty biletowe, o których mowa powyżej, objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę.

W toku postępowania – pismem z dnia 20 grudnia 2020 r. – zamawiający zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, tj. wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

5.1.1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał dostawę/dostawy (umowę/umowy) łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego. Automaty biletowe, o których mowa powyżej, objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę;

5.1.2. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał usługi (umowę/umowy) utrzymania serwisowego łącznie co najmniej 15 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego, trwające co najmniej rok i polegające na usuwaniu błędów (wad) automatów. Automaty biletowe, o których mowa powyżej, objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę.

W rozdziale 6 Oświadczenie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, a także wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia w pkt. 6.5. lit. a) SIWZ zamawiający podał: Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę (ofertę,

która została najwyżej oceniona), do złożenia aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń i dokumentów: wykazu dostaw, o których mowa w pkt 5.1.1, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ), wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy były wykonywane (nazwy, adresy), oraz załączenie dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy”

Pismem z dnia 10 lutego 2021 r. zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt. 6.5. SIWZ.

Odpowiadając na ww. wezwanie przystępujący złożył, podpisany 22 lutego 2021 r., Wykaz dostaw zawierający jedną pozycję – kontrakt o nazwie *automatyczny system poboru opłat dla miasta Wrocław* o wartości *Ponad 2 000 000 € bez VAT*, realizowany na rzecz Mennicy Polskiej S.A. z Warszawy, wpisując w kolumnie *Data dostawy* datę *10 kwietnia 2018*. W kolumnie *Krótki opis umowy i wdrożonego rozwiązania* podano *Emtest, a.s. wykonał dostawę łącznie co najmniej 160 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego, wraz ze świadczeniem usług utrzymania serwisowego tych automatów, trwającym nieprzerwanie od 10 kwietnia 2018 do chwili obecnej, polegającym na usuwaniu błędów (wad) automatów. Automaty biletowe, o których mowa powyżej, objęte są systemem (aplikacji) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydaje resztę.*

Przystępujący złożył także referencje z dnia 4 stycznia 2021 r. wystawione przez Mennicę Polską S.A. z Warszawy, w których podano: *Emtest, a.s. wykonał dostawę łącznie co najmniej 160 sztuk automatów stacjonarnych do sprzedaży biletów transportu publicznego, wraz ze świadczeniem usług utrzymania serwisowego tych automatów, trwającym nieprzerwanie od 10 kwietnia 2018 do chwili obecnej, polegającym na usuwaniu błędów (wad) automatów. Automaty biletowe, o których mowa powyżej, objęte są systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydaje resztę.*

Pismem z dnia 2 marca 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego. Wskazał także ranking wszystkich złożonych ofert (żadna oferta nie została odrzucona) – oferta odwołującego została sklasyfikowana bezpośrednio za ofertą przystępującego na miejscu drugim, uzyskując 91,69 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp brzmi: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...) 12) 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.*

Odwołujący zakwestionował doświadczenie przystępującego, twierdząc że nie wykazał on spełniania warunku ze względu na zakres referencji – dostawy automatów biletowych jak i usługi utrzymania serwisowego, a także ze względu na okres dostaw objętych referencją.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że po zapoznaniu się z Odpowiedzią na odwołanie nie będzie podtrzymywał argumentacji o nieodpowiednim okresie realizacji referencyjnych dostaw (wykraczających poza określony okres 3 lat) [str. 7 Protokołu], wobec czego skład orzekający Izby uznał, że kwestia warunku doświadczenia w kontekście okresu realizacji dostawy referencyjnej nie wymaga oceny składu orzekającego Izby.

Odwołujący utrzymywał, że dostawa wskazana przez przystępującego w Wykazie dostaw dotyczyła dostawy, którą realizowała na rzecz Gminy Wrocław udzielająca referencji spółka Mennica Polska, która to spółka (a nie przystępujący) doposażyła automaty w oprogramowanie, co oznacza, że nie spełniały opisu warunku udziału w postępowaniu (*objęcia systemem/aplikacją do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty oraz że każdy z nich przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydaje resztę* (pkt 8 odwołania), nadto urządzenia nie posiadały oprogramowania sprzedażowego (pkt 9 odwołania).

Utrzymywał także, że serwis na rzecz Gminy Wrocław *jest prowadzony przez firmę Vector Soft poprzez naprawę automatów biletowych, w tym usuwanie błędów (wad) nieprawidłowości w działaniu urządzeń, konserwacje urządzeń, utrzymanie urządzeń w sprawności, a dodatkowo utrzymanie oprogramowania aplikacji sprzedażowej oraz aplikacji do zarządzania i monitorowania pracy automatów, których jest autorem* (pkt 10 odwołania), wyciągając na tej podstawie wniosek, że *referencje wystawione przez Mennicę na rzecz Emtest nie są zgodne z stanem faktycznym* (pkt 10 odwołania).

Zamawiający i przystępujący z jednej strony oraz odwołujący z drugiej strony odmiennie rozumieli ustanowiony przez zamawiającego, zmodyfikowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (pkt 5.1.1. i 5.1.2. SIWZ), tj. inaczej interpretowali zdanie *Automaty biletowe (...) objęte musiały/muszą być systemem (aplikacją) do zarządzania i monitorowania pracy automatów przez osoby obsługujące automaty, a ponadto każdy z nich przyjmował/przyjmuje płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawał/wydaje resztę.*

Odmiennie także rozumieli usługi utrzymania serwisowego (pkt 5.1.2. SIWZ).

Kwestia sposobu rozumienia warunku doświadczenia jest kluczowa dla rozstrzygnięcia zarzutu i wymaga oceny składu orzekającego Izby w pierwszej kolejności.

Zamawiający i przystępujący utrzymywali, że posłużenie się przez zamawiającego czasem przeszłym i teraźniejszym jednocześnie (musiały/muszą, przyjmował/przyjmuje, wydawał/wydaje) należy rozumieć w ten sposób, że w momencie dostawy oraz świadczenia usługi utrzymania serwisowego automaty nie musiały być objęte ww. systemem (skoro użyto także wydaje), nie musiały przyjmować płatności gotówką i kartami płatniczymi (skoro użyto także przyjmuje) oraz nie musiały w momencie dostawy wydawać resztę (skoro użyto także wydaje).

Utrzymywali także, że sposób rozumienia usługi utrzymania serwisowego został zdefiniowany przez zamawiającego w samej treści warunku, tj. zamawiający zdefiniował je jako usługi polegające na usuwaniu błędów (wad) automatów.

Odwołujący utrzymywał, że jest przeciwnie, argumentując na rozprawie, że zdanie drugie byłoby zbędne gdyby rozumieć je tak jak zamawiający i przystępujący.

Chociaż odwołujący zgodził się co do tego, że warunek należy odczytywać wedle jego literalnego brzmienia, to jednocześnie utrzymywał, że należy uwzględnić rynkowe rozumienie usług utrzymania serwisowego.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, uwzględniając ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że ustanowione przez zamawiającego przed terminem składnia ofert warunki udziału w postępowaniu winny być na etapie badania i oceny ofert, w celu zapobieżenia ich zmiany w tym poprzez rozszerzające ich rozumienie, prowadzącej do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, proporcjonalności czy przejrzystości, interpretowane literalnie, ściśle, co w rozpoznawanej sprawie oznacza, że interpretując warunek doświadczenia z pkt. 5.1.1. (doświadczenie w zakresie dostaw) oraz z pkt. 5.1.2. (doświadczenie w zakresie usług utrzymania serwisowego) nie można pominąć i nie nadać znaczenia użytym przez zamawiającego wyrazom (czas teraźniejszy): muszą, przyjmuje, wydaje.

W ocenie składu orzekającego Izby, dokonując interpretacji warunku doświadczenia tak w aspekcie dostaw, jak i usługi utrzymania serwisowego z uwzględnieniem wskazanych wyrazów – zarówno czasu przeszłego, jak i czasu teraźniejszego należy dojść do wniosku, że zamawiający za właściwe uznał zarówno doświadczenia w dostawie i świadczeniu usługi utrzymania serwisowego automatów, które w momencie dostawy oraz świadczenia usługi utrzymania serwisowego miały, jak i nie miały system do zarządzania i monitorowania, przyjmowały jak i nie przyjmowały płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz nie wydawały jak i wydawały resztę.

Użycie czasu teraźniejszego należy rozumieć w ten sposób, iż w momencie dostawy (w przeszłości) oraz świadczenia usługi utrzymania serwisowego (w przeszłości) automaty musiały co najmniej mieć „zdolność” do objęcia ich systemem do zarządzania i monitorowania, przyjmowania gotówką i kartami płatniczymi oraz wydawania reszty, po to, aby w czasie późniejszym w stosunku do samej dostawy czy świadczenia usług serwisowych w określonym minimalnym okresie jednego roku – czasie, który stanie się teraźniejszością można było stwierdzić, że są objęte ww. systemem, przyjmują płatności gotówką i kartami płatniczymi oraz wydają resztę.

Poza oceną składu orzekającego Izby pozostają intencje zamawiającego, które przyświecały zamawiającemu przy nadaniu warunkowi w zakresie doświadczenia brzmienia jak w pkt. 5.1.1. i 5.1.2, SIWZ. Istotne jest to, że możliwa jest literalna wykładnia warunku bez konieczności sięgania po inne rodzaje wykładni.

Odnosząc się do sposobu rozumienia usługi utrzymania serwisowego, skład orzekający Izby wskazuje, że nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że sposób ten został narzucony przez zamawiającego w treści samego warunku – są to usługi *polegające na usuwaniu błędów (wad) automatów*. Nie odesłał także zamawiający w tym zakresie do opisu przedmiotu zamówienia – opis ten determinuje „jedynie” przedmiot zamówienia, a nie warunek doświadczenia, którego spełnienie jest niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia wedle szczegółowego opisu.

Próba odmiennego, rozszerzającego rozumienia, w tym z odwołaniem się do rynkowego rozumienia takich usług, jak i opisu przedmiotu zamówienia jest na gruncie postanowienia pkt. 5.1.2. SIWZ niedopuszczalne.

Podkreślenia przy tym wymaga, że podane przez zamawiającego rozumienia usługi utrzymania serwisowego nie zawęża jej świadczenia do *serwisu urzędzeń na miejscu*, jak wskazywał odwołujący w odniesieniu do usług świadczonych w projekcie wrocławskim przez firmę Vector Soft (pkt 10 odwołania), ani do świadczenia wyłącznie przez jeden podmiot. Tym samym za dopuszczalne uznać należy doświadczenie polegające na świadczeniu usługi utrzymania serwisowego zdalnie, czy zdobyte, gdy usługi świadczone są przez dwa

podmioty jednocześnie (przystępującego i Vector Soft).

Nie ma także znaczenia opisany w umowie głównej (Gmina Wrocław – Mennica Polska S.A.) zakres usług utrzymania serwisowego, a jedynie to, że opisany w umowie łączącej przystępującego z Mennicą Polską S.A. zakres usług odpowiada definicji z warunku, tj. że są to usługi polegające stricte na usuwaniu błędów (wad) automatów.

Skład orzekający Izby, za przystępującym (stanowisko z rozprawy), wskazuje, że odwołujący sformułował zarzut w ten sposób, iż okolicznością na której zarzut oparł w zakresie doświadczenia przystępującego co do usługi utrzymania serwisowego było to, że usługi te były świadczone przez Vector Soft (i tylko przez ten podmiot), wobec czego doświadczenie przystępującego co do usługi utrzymania serwisowego zostało uznane przez odwołującego za niezgodne ze stanem faktycznym.

Poczynienie powyższego jest konieczne ze względu na wynikający z przepisu art. 555 ustawy nPzp zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu – skład orzekający Izby nie mógł orzec co do zarzutu poszerzonego o nie wskazaną w odwołaniu okoliczność, że usługi utrzymania serwisowego były przez przystępującego świadczone, ale w niewystarczającym zakresie, czy w nieodpowiedni sposób (np. zdalnie).

Konfrontując wskazany powyżej, oparty na literalnej wykładni sposób rozumienia warunku w zakresie doświadczenia oraz narzucony przez zamawiającego w samym warunku sposób rozumienia usługi utrzymania serwisowego z opisem dostawy stanowiącej doświadczenie przystępującego, skład orzekający Izby uznał, że w wąskim zakresie jakiego oczekiwał zamawiający usługi świadczone przez przystępującego dla Mennicy Polskiej S.A. odpowiadają ustanowionemu warunkowi. Przystępujący wykazał to doświadczenie w sposób który wskazał zamawiający (tj. za pomocą wykazu dostaw i referencji).

Należało zatem uznać, że przystępujący wykazał, że spełnia warunek doświadczenia z pkt. 5.1.1. i 5.1.2. SIWZ.

Uzupełniając dostrzeżenia wymaga, że wystawca referencji (pismo Mennica Polska S.A. z Warszawy z dnia 14 kwietnia 2021 r., będące odpowiedzią na pismo zamawiającego z dnia 30 marca 2021 r.) potwierdził informacje co do dostawy i usług serwisowych przez przystępującego.

Skład orzekający Izby, w odniesieniu do złożonego przez odwołującego zestawienia własnego *Przykłady współpracy Mennica Polska S.A. i Emtest w Polsce*, stanowczo oponuje, aby fakt współpracy dwóch odrębnych podmiotów gospodarczych poczytywany był – do czego zdawał się zmierzać odwołujący – jako podważający wiarygodność referencji wystawionych przez jeden z podmiotów drugiemu, ponieważ kryje się za tym nieakceptowalne założenie generalne, że prowadzeniu współpracy, czy to stałej czy

okazjonalnej, przyświeca pozyskiwanie zamówień publicznych z naruszeniem zasad obowiązujących konkurujące ze sobą podmioty gospodarcze.

Uwzględniając przedstawioną powyżej ocenę składu orzekającego co do sposobu rozumienia warunku w zakresie doświadczenia, skład orzekający Izby uznał ostatecznie, że złożone przez odwołującego dowody (w odniesieniu do tego zarzutu) okazały się być nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Odwołujący błędnie interpretując warunek oraz wykraczając poza zarzut prezentował dowody dla wykazania okoliczności, które nie były istotne (świadczenie usług utrzymania serwisowego przez inny podmiot, świadczenie usług utrzymania serwisowego na miejscu, rozumienie usług utrzymania serwisowego wskazane w SIWZ przez innych zamawiających w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego).

Skład orzekający Izby pominął dowody złożone przez przystępującego, ponieważ okoliczności, które miały potwierdzać zostały wykazane innymi dowodami (znajdującymi się w aktach sprawy dokumentami: Wykaz dostaw i referencje Mennica Polska S.A. z Warszawy z 4 stycznia 2021 r.)

Brak jest zatem podstaw do przypisania zamawiającemu zaniechania wykluczenia przystępującego z tego powodu, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia.

Zarzut drugi – zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia podanego w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji II 1.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji II 1.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ), czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby i zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp brzmi: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) 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 dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje*

lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) 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”

Ocena odwołującego co do przedstawienia przez przystępującego informacji niezgodnych z rzeczywistością stanowiła konsekwencję błędnej interpretacji postawionych przez zamawiającego warunków, o których mowa w sekcji II 1.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji II 1.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ), o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego.

Skład orzekający Izby uznał, że przystępujący wykazał, że spełnia warunek doświadczenia, przedstawiając informacje zgodne ze stanem faktycznym.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut trzeci – bezprawnego i bezzasadnego przyjęcie przez zamawiającego, że złożona przez przystępującego oferta nie jest ofertą zawierającą cenę rażąco niską, a w rezultacie przez zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z informacją zamawiającego z otwarcia ofert z dnia 29 stycznia 2021 r. kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 13 215 629,00 zł brutto; oferty złożyli następujący wykonawcy z cenami:

- Avista Sp. z o.o. z Warszawy – 16 982 501,76 zł,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Basement Sp. z o.o. z Warszawy, Dropel Sp. z o.o. z Bolechowic, Mikroelektronika spół. s r. o Vysoke Myto (Republika Czeska) – 24 593 590,58 zł,
- odwołujący – 14 262 765,12 zł,
- przystępujący – 9 988 800 zł, tj. 12 286 224,00 zł po doliczeniu wartości podatku VAT w wysokości 23% (wewnętrzne nabycie towarów).

Zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Pismem z dnia 2 marca 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego. Wskazał także ranking wszystkich złożonych

ofert (żadna oferta nie została odrzucona) w tym odwołującego, którego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim, uzyskując 91,69 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp brzmi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

Art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp brzmi: „1. 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (...)

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Nie może budzić wątpliwości, że odrzucenie oferty wykonawcy, w odniesieniu do której powstało domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej (ze względu na okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp) bez uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do takiego wykonawcy o złożenie wyjaśnień (w tym złożenie dowodów) jest na gruncie wskazanych przepisów ustawy Pzp niedopuszczalne i nie może prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy z zastosowaniem czy to przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Automatyczne odrzucenie oferty wykonawcy, bez szansy odniesienia się przez wykonawcę do wątpliwości zamawiającego czy różnic ceny byłoby bezprawne.

Skoro w rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej zamawiający nie mógł odrzucić oferty tego wykonawcy. Tym samym zamawiający, nie odrzucając oferty przystępującego postąpił prawidłowo, a postawiony przez odwołującego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut czwarty – zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego poczynione w odniesieniu do zarzutu trzeciego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp brzmi: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*

Odwołujący, po przedstawieniu swojej argumentacji w zakresie zaoferowania przez przystępującego ceny rażąco niskiej (pkt. 27-39 odwołania) wskazał (*VI. Czyn nieuczciwej konkurencji*), że *„Zaoferowanie ceny za przedmiot znacznie poniżej jego realnej wartości, jest ponadto podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i s UZNK”* (pkt 40 odwołania).

Uznanie przez skład orzekający Izby, że nie potwierdził się zarzut piąty – zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (o czym poniżej) oraz nie potwierdził się zarzut trzeci – bezprawnego i bezzasadnego przyjęcie przez zamawiającego, że złożona przez przystępującego oferta nie jest ofertą zawierającą cenę rażąco niską (o czym powyżej) oznacza, że cena przystępującego nie jest ceną na nierealnym poziomie, a w konsekwencji, że złożenie oferty z taką ceną nie stanowi działania mającego na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej, nie utrudnia innym wykonawcom dostępu do rynku i nie narusza dobrych obyczajów toteż skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Zarzut piąty – zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo, że cena zaoferowana przez przystępującego nosi znamiona rażąco niskiej ceny i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego poczynione w odniesieniu do zarzutu trzeciego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Poza sporem pozostawał fakt, że cena zaoferowana przez przystępującego nie obligowała zamawiającego, ze względu na to, że nie osiągnęła progu procentowego wskazanego w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Spornym było to, czy zamawiający winien wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej w następstwie wątpliwości co do tej ceny, które zamawiający winien był powziąć.

Odnosząc się, tytułem wstępu, do stanowiska odwołującego, że już sam fakt, że cena ofertowa przystępującego *znajduje się na granicy hipotezy art. 90 ust. 1a* (pkt 28 odwołania) winien *zwrócić uwagę zamawiającego, który zaniechał jednak wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień* (pkt 28 odwołania) skład orzekający Izby wskazuje, że nie podziela takiego zapatrywania, ponieważ sprowadza się ono w istocie do nieuprawnionego przesuwania ustawowej granicy (progu procentowego) z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Tytułem uwag wstępnych należy także podkreślić, co wskazał sam odwołujący w pkt. 28 odwołania, że dla celów oceny ofert należało doliczyć do ceny przystępującego wartość podatku VAT (*Z uwagi na powstanie u Zamawiającego obowiązku podatkowego z tytułu wewnętrznego nabycia towarów (pkt 9 oferty Emtest)*).

Powyższe oznacza, że porównaniu z innymi cenami ofertowymi i szacunkiem zamawiającego powiększonym o wartość podatku VAT podlega cena przystępującego w wysokości 12 286 224,00 zł.

Konfrontując cenę ofertową przystępującego (12 286 224,00 zł) z wartością szacunkową zamawiającego powiększoną o należny podatek VAT (13 215 629,00 zł), której prawidłowości wyliczenia odwołujący nie kwestionował, stwierdzić należy, że cena ta jest wyższa od szacunku zamawiającego. Z tej zatem perspektywy cena ofertowa przystępującego nie może być uznana za niższą, a tym bardziej rażąco niską.

Konfrontacja w dalszej kolejności najwyższej ceny ofertowej (24 593 590,58 zł) z ww. wartością szacunkową zamawiającego powiększoną o należny podatek VAT oraz pozostałymi cenami ofertowymi skłania raczej to wniosku, że cena ta znacząco od tychże odbiega. Odbiega na tyle, że można uznać, że jest wręcz zawyżona. Z tej perspektywy uzasadnionym wydaje się wniosek, że adekwatny do wartości przedmiotu zamówienia poziom cen rynkowych reprezentują pozostałe ceny (16 982 501,76 zł oraz ww. ceny odwołującego i przystępującego).

Ze względu na to, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień, nie powstało domniemanie zaoferowania przez przystępującego ceny rażąco niskiej z obowiązkiem obalenia tego domniemanie przez przystępującego.

W tym stanie rzeczy to obowiązkiem odwołującego było udowodnić (zgodnie z art. 531 ustawy nPzp), że u zamawiającego winny pojawić się wątpliwości co do zaoferowanej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych – co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, które prowadziłyby do wezwania przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z obowiązkiem obalenia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej.

W ocenie składu orzekającego odwołujący spoczywającemu nań ciężarowi dowodowemu nie sprostał z niżej wskazanych względów.

Odwołujący, w pkt. 33 odwołania twierdził, że *rażąco niska cena oferty Wykonawcy wynika przede wszystkim z zaniżonej ceny jednostkowej biletomatu (126 500 zł), wskazując że Cena ta diametralnie różni się od ceny jednostkowej zaoferowanej przez Odwołującego (207.018,00 zł netto), ale też od cen jednostkowych w pozostałych ofertach skutecznie złożonych w postępowaniu (201.844,35 oraz 149.500,00 zł) – pkt 33 odwołania.*

Abstrahując od tego, że odwołujący nie wyjaśnił jaka jest relacja „ceny diametralnie różniące” się do „ceny rażąco niskiej” i w związku z tym jaka jest przydatność takiego twierdzenia dla oceny ceny ofertowej przystępującego jako rażąco niskiej, stwierdzić należy, że cena biletomatu odwołującego jest bezsprzecznie najwyższa, co budzi wątpliwości co do tego, czy rzeczywiście jest reprezentatywna dla poziomu cen rynkowych biletomatów.

Pojawia się nadto pytanie jak to możliwe, że w ofercie z najwyższą ceną ofertową (na poziomie 24,5 mln zł) cena jednostkowa biletomatu (201 844,35 zł) jest niższa od ceny jednostkowej biletomatu odwołującego skoro, jak twierdzi odwołujący, *cena jednostkowa za dostawę 1 szt. biletomatu jest najważniejszym składnikiem całkowitej ceny ofertowej* (pkt 34 odwołania).

Odwołujący twierdził w pkt. 34 odwołania, że *jedynie Emtest (oprócz Odwołującego) we wszystkich innych kryteriach jakościowych otrzymał maksymalną ilość punktów, co powinno przełożyć się na cenę. Tymczasem niezwykle niski poziom ceny tego Wykonawcy zdecydował o wyborze oferty Emtest jako najkorzystniejszej.*

Odwołujący, nie podając nawet, które kryteria pozacenowe kwalifikuje jako jakościowe, nie wyjaśnił przede wszystkim dlaczego i w jaki sposób maksymalna ocena oferty przystępującego w kryteriach pozacenowych winna przełożyć się na cenę ofertową.

Odwołujący twierdził także, prezentując uprzednio „komponenty” niezbędne do ujęcia w kalkulacji ceny jednostkowej biletomatu (pkt 35 odwołania), że *same minimalne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia – oprócz serwisu i gwarancji – które wyceniane były oddzielnie, kształtują się w wysokości co najmniej 8.604.712 PLN (co na urządzenie wynosi 179.264,83 PLN netto) – pkt 37 odwołania.*

Podnieść jednak należy, że wskazana przez odwołującego wysokość kosztów minimalnych jest właściwa dla urządzeń i przyjętych przez odwołującego założeń co do realizacji zamówienia przez odwołującego, nie jest jednak „automatycznie” właściwa dla prostych, bezpośrednich porównań do ceny ofertowej odwołującego.

Dodatkowo podnieść należy, co następuje.

Po pierwsze, należy przyjąć, że koszt wyprodukowania urządzenia (poz. 1 tabeli z pkt. 36 odwołania) w wysokości ponad 3 mln zł (najwyższa wartość zestawienia) został przyjęty przez odwołującego według kalkulacji własnej adekwatnie do oferowanego przez odwołującego urządzenia; odwołujący nie twierdził, że oferowane przez niego i przystępującego urządzenia to takie same biletomaty albo biletomaty na tyle w podobne, że przenoszenie wyceny jednego urządzenia na inne jest uzasadnione.

Po wtóre, prezentowane przez odwołującego wyliczenia budzą wątpliwości – wbrew wskazaniu, że jako koszt relokacji urządzenia należy przyjąć koszt jak dla posadowienia urządzenia, tj. 14 tys. zł netto (poz. 2 i 3 z pkt. 35 odwołania) odwołujący przyjął ostatecznie wartość wyższą, tj. 15 tys. zł netto (48 tys. zł różnicy); wbrew wskazaniu, że jako koszt agenta rozliczeniowego dla 1 automatu dla okresu trwania umowy należy przyjąć 8 tys. zł (poz. 11 z pkt. 35 odwołania), co dla 48 automatów daje 384 tys. zł odwołujący ujął ostatecznie wartość znacząco wyższą, tj. 729 184 zł.

Uzupełniająco dostrzec należy, że w treści wiadomości e-mail z 7 grudnia 2020 r. (oznaczonej przez odwołującego jako 2.2.a. i 2.2.b) wskazano dwie różne ceny (12 900 zł i 13 900 zł), odwołujący zaś przyjął ostatecznie, z niewiadomych względów, 15 000 zł. W wiadomości tej podkreślano nadto zależność wyceny od lokalizacji (różnica +/- 10 tys. zł). Nie jest przy tym w ogóle wiadomym czy odwołujący, pytając o wycenę kosztów instalacji biletomatów BS-10 poczynił dla wszystkich 48 biletomatów (lokalizacji) właściwe założenie.

Niezrozumiałym pozostaje także, w jakim celu odwołujący złożył korespondencję e-mail z 14 grudnia 2020 r., 16 grudnia 2020 r. i 28 grudnia 2020 r. z trzema różnymi podmiotami (oznaczona przez odwołującego jako 2.3. 2.5. i 2.4.) skoro nie zawiera ona żadnej wyceny – żadnej oferty (pytani zrezygnowali z przygotowania oferty/wyceny), przy czym zaskakuje fakt, że w jednej z odpowiedzi (2.4.) wskazano: *z uwagi na fakt, że nie mamy żadnego doświadczenia w montażu biletomatów nie jesteśmy w stanie przygotować rzetelnej wyceny*. Świadczy to o niewystarczającej znajomości rynku przejawiającej się w kierowaniu zapytań przez odwołującego do niewłaściwych firm.

Po trzecie, podstawą prezentowanych przez odwołującego wyliczeń są założenia własne odwołującego (nie narzucone treścią SIWZ) np. szacowana przez odwołującego ilość godzin na potrzeby wytworzenia oprogramowania (3000). Inni wykonawcy mogli zatem przyjąć inne, w tym niższe ilości godzin (poz. 9 z pkt. 35 odwołania). Przedstawiona przez odwołującego *Kalkulacja kosztów szkoleń GZM* (oznaczona jako 13) zawiera jedynie przyjęte przez odwołującego wartości, dla których żadnego uzasadnienia przyjęcia w takich wysokościach nie podano.

Po czwarte, prezentowane przez odwołującego wyliczenia oparte są o ceny wynikające z ofert pozyskanych przez odwołującego (tytułem przykładu – Oferta dla Mera Systemy Sp. z o.o. z 21.12.2020 r. od First Data i oferta Elavon – oznaczona przez odwołującego jako 11.1.a i 11.2.a), czy umów, które wiążą odwołującego z innymi podmiotami (15, 19 i 20), a które także mogą być inne, w tym niższe w przypadku innych wykonawców. Pomimo otrzymania oferty (oznaczona jako 14.b) na drukarki biletowe w cenie 2370 zł (co daje 113 760 zł za 48 drukarek) odwołujący do kalkulacji przyjął, z niewiadomych względów, wartość wyższą, tj. 120 000 zł. Nie sposób także pominąć, że wycena dotyczy jedynie zakupu 48 drukarek, zakup większej liczby niósłby za sobą wycenę na niższym poziomie.

Podkreślenia przy tym wymaga, że oferty prezentowane przez odwołującego pochodzą wyłącznie z rynku polskiego podczas gdy, w przypadku przystępującego należy przyjąć, że korzysta także – jako podmiot słowacki – z ofert wykonawców tam prowadzących swoją działalność.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że odwołujący nie zaprezentował ani przekonujących argumentów, ani nie zaprezentował adekwatnych dowodów, które pozwoliłyby uznać, że istnieją wątpliwości, że cena ofertowa przystępującego nie jest ceną realną. Fakt, że cena odwołującego jest ceną „realną” nie oznacza jeszcze, że niższa od ceny ofertowej odwołującego cena ofertowa przystępującego nosi znamiona rażąco niskiej.

Zarzut szósty – zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw oraz referencji, pomimo, iż złożone przez przystępującego dokumenty nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których w sekcji III.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji III.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ), tj. doświadczenie w dostawie automatów oraz doświadczenie w utrzymaniu serwisowym automatów, czym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby i zważył, co następuje.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brzmi: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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.”*

Jak wskazał odwołujący *„Z ostrożności, w razie nieprzyznania przez skład orzekający Izby naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, Odwołujący podnosi jednak ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw oraz referencji, biorąc pod uwagę, iż dokumenty te nie wykazują spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.1.3. ppkt 1 oraz w sekcji III.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu.”* (pkt 26 odwołania).

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego co do niedopuszczalności uzupełniania przez wykonawcę wprowadzających w błąd informacji, o których mowa w art. 24 ust. 16 i 17 ustawy Pzp (niedopuszczalności zastosowania wobec takiego wykonawcy wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), jednak w rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie przystępujący wykazał, że spełnia warunki, nie przedstawiając przy tym żadnych wprowadzających w błąd informacji – nie przedstawiając żadnych niezgodnych

z rzeczywistością informacji.

Ocena odwołującego co do przedstawienia przez przystępującego informacji niezgodnych z rzeczywistością stanowiła konsekwencję błędnej interpretacji postawionych przez zamawiającego warunków, o których mowa w sekcji II 1.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji II 1.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ), o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że przystępujący wykazał, poprzez złożony już zamawiającemu wykaz i referencje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji II 1.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji II 1.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ) [zarzut pierwszy] oraz wobec uznania przez skład orzekający Izby, że nie potwierdził się także zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie doświadczenia podanego w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji II 1.1.3 ppkt 1 oraz w sekcji II 1.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.1 i 5.1.2 SIWZ) [zarzut drugi], skład orzekający Izby uznał, że w konsekwencji, że również ten zarzut się nie potwierdził.

Skoro bowiem przystępujący, poprzez złożone pierwotnie dokumenty zawierające zgodne z rzeczywistością informacje wykazał, że spełnia kwestionowane przez odwołującego warunki udziału w postępowaniu w zakresie oczekiwanego przez zamawiającego doświadczenia to brak jest podstaw do wzywania przystępującego do składania jakichkolwiek kolejnych dokumentów, czy wyjaśnień.

Ze względu na to, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: