

Sygn. akt: KIO 1475/17

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 24 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 roku przez **wykonawcę Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie**

przy udziale **wykonawcy Unicard S.A. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcę Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie** .

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 17 lipca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, odwołanie złożyli **wykonawca Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**, dalej: „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec treści ogłoszenia oraz SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pn. „Małopolska Karta Aglomeracyjna - System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim cz. II: Zadanie nr 1- Rozbudowa sieci akceptacji kart MKA - dostawa i montaż automatów MKA na przystankach SKA, węzłach przesiadkowych, w miastach Partnerów MKA oraz pociągach”. Postępowanie prowadzi **Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 lipca 2017 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 128-260579.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 Pzp oraz art. 22d ust. 1 Pzp poprzez określenie wymagań przy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w sposób nieproporcjonalny, nieadekwatny oraz nadmierny i niezgodny ze wskazanymi wyżej przepisami w związku z postawieniem przez Zamawiającego warunku, aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem opisanym w pkt 3.1.3. ppkt 2) SIWZ oraz Sekcji III.1.3 pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym musi wykazać, że zrealizował:

1) *Zadanie obejmujące dostawę co najmniej 20 automatów biletowych mobilnych, funkcjonujących w transporcie kolejowym, skomunikowanych z komputerem pokładowym pociągu, posiadających dokumenty potwierdzające zgodność z normami określonymi w OPZ dotyczącymi funkcjonowania tych automatów w transporcie kolejowym na terenie kraju, gdzie realizowana była dostawa; których przeznaczeniem była sprzedaż usług związanych z publicznym transportem zbiorowym:*

Automaty będące przedmiotem takiej dostawy musiały:

- *być skomunikowane z niezależnym od producenta automatów systemem informatycznym, który to system informatyczny stanowił źródło danych dotyczących sprzedawanych w tym systemie usług*
- *obejmować co najmniej następujące funkcjonalności:*

- posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w bilonie,
- posiadały podzespoły, które umożliwiały opłaty za usługi dostępne w automacie przy użyciu kart płatniczych zbliżeniowo oraz poprzez terminal płatniczy posiadający możliwość autoryzacji transakcji kodem PIN,
- posiadały podzespoły, które umożliwiały przeprowadzenie transakcji polegających na zakupie usług dostępnych w aplikacji sprzedażowej w automacie i zapisie ich na karcie bezstykowej typu karta miejska,
- funkcjonowały w oparciu o aplikację sprzedażową, która nie była aplikacją producenta automatów, a aplikacją dedykowaną do sprzedaży usług dostępnych w systemie informatycznym, którego to systemu automaty były terminalami sprzedażowymi.

2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewłaściwy, niejasny, a ponadto utrudniający uczciwą konkurencję:

1. poprzez zawarcie w pkt 1.1. Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ(dalej: OPZ):

a) wymogu dot. producenta automatów, polegającego na posiadaniu co najmniej:

1. działu produkcji zatrudniającego co najmniej 30 osób
2. działu rozwoju zatrudniającego co najmniej 10 osób
3. działu prototypowania zatrudniającego co najmniej 5 osób,

b) wymogu dot. posiadania przez Producenta oferowanych przez Wykonawcę automatów biletowych co najmniej 5-letniego doświadczenia w produkcji automatów biletowych mobilnych na tej linii produkcyjnej.

2. poprzez wyznaczenie w Załączniku nr 1 do OPZ (str. 1) zbyt krótkiego terminu realizacji dostaw dla Grupy 1, 2,3,4, 8,9,10:

Grupa 1-45 dni od podpisania umowy

Grupa 2 - 60 dni od podpisania umowy

Grupa 3- 60 dni od podpisania umowy

Grupa 4-60 dni od podpisania umowy

Grupa 8-45 dni od wezwania Zamawiającego

Grupa 9-90 dni od daty podpisania umowy Grupa 10-45 dni do wezwania Zamawiającego jako terminu nierealnego, obiektywnie niemożliwego do dochowania.

3. poprzez wyznaczenie w OPZ pkt.1.2 - akapit 3,15-dniowego terminu realizacji dostawy automatów testowych z każdego typu automatów będących przedmiotem zamówienia jako terminu nierealnego, obiektywnie niemożliwego do dochowania

3. naruszenie art. 7 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców, bowiem Wykonawcy zapoznając się z treścią zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, podejmują decyzję o swoim udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nadmierne i nieproporcjonalne wymagania Zamawiającego, o których mowa powyżej mogą powodować nieuzasadnioną rezygnację z udziału w postępowaniu, a także utrudniać konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wnosił o:

(1) uwzględnienie odwołania w całości;

(2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia i SIWZ poprzez:

a) zmianę warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 3.1.3 ppkt 2 SIWZ oraz odpowiednią zmianę w Sekcji III.1.3 pkt 2 Ogłoszenia, który otrzymać winien brzmienie:

2) Zadanie obejmujące dostawę co najmniej 20 automatów biletowych mobilnych, funkcjonujących w transporcie publicznym, posiadających dokumenty potwierdzające zgodność z normami określonymi w OPZ dotyczącymi funkcjonowania tych automatów w transporcie publicznym na terenie kraju, gdzie realizowana była dostawa, których przeznaczeniem była sprzedaż usług związanych z publicznym transportem zbiorowym: Automaty będące przedmiotem takiej dostawy musiały:

- być skomunikowane z niezależnym od producenta automatów systemem informatycznym, który to system informatyczny stanowił źródło danych dotyczących sprzedawanych w tym systemie usług
- obejmować co najmniej następujące funkcjonalności:
 - posiadały podzespoły, które umożliwiały wnoszenie opłaty za usługi dostępne w automacie za pomocą bilonu i banknotów jednocześnie w ramach jednej transakcji oraz umożliwiały wydawanie reszty w banknotach i bilonie,
 - posiadały podzespoły, które umożliwiały opłaty za usługi dostępne w automacie przy użyciu kart płatniczych zbliżeniowo oraz poprzez terminal płatniczy posiadający możliwość autoryzacji transakcji kodem PIN,
 - posiadały podzespoły, które umożliwiały przeprowadzenie transakcji polegających na zakupie usług dostępnych w aplikacji sprzedażowej w automacie i zapisie ich na karcie bezstykowej typu karta miejska,
 - funkcjonowały w oparciu o aplikację sprzedażową, która nie była aplikacją producenta automatów, a aplikacją dedykowaną do sprzedaży usług dostępnych w systemie informatycznym, którego to systemu automaty były terminalami sprzedażowymi.

b) wykreślenie z pkt 1.1. OPZ wymogu dot. producenta automatów polegającego na posiadaniu co najmniej:

1. działu produkcji zatrudniającego co najmniej 30 osób
2. działu rozwoju zatrudniającego co najmniej 10 osób

3. działu prototypowania zatrudniającego co najmniej 5 osób
jako zapisu nieprecyzyjnego, będącego jednocześnie warunkiem udziału w postępowaniu, który nie został określony w zapisach Ogłoszenia oraz SIWZ, a jednocześnie będącym zapisem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji,
- c) wykreślenie z pkt 1.1. OPZ zapisu dot. wymogu dot. posiadania przez Producenta oferowanych przez Wykonawcę automatów biletowych co najmniej 5-letniego doświadczenia w produkcji automatów biletowych mobilnych na tej linii produkcyjnej, jako zapisu będącego jednocześnie warunkiem udziału w postępowaniu, który nie został określony w zapisach Ogłoszenia oraz SIWZ, a jednocześnie będącym zapisem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji,
- d) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ (Załącznika nr 1 do OPZ) w zakresie wskazanych terminów dostaw dla Grupy 1, 2, 3, 4, 8, 9 oraz 10 oraz na zgodne z przepisami Pzp, tj. na terminy realne, możliwe do zachowania, uwzględniające wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia. Jako realny termin wykonania dla każdej ze wskazanych Grup Odwołujący wskazuje termin 210 licząc od dnia podpisania umowy z Zamawiającym.
- e) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści OPZ pkt.1.2 - akapit 3 w zakresie wskazanych terminów dostaw automatów testowych - każdego rodzaju - na zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, tj. na terminy realne, możliwe do zachowania, uwzględniające wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia. Jako realny termin wykonania dla każdej ze wskazanych typów automatów testowych Odwołujący wskazuje termin 150 dni licząc od dnia podpisania umowy z Zamawiającym.

Odwołujący podniósł, że w wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu w treści SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób ograniczający konkurencję, a zatem w sposób naruszający przepisy Pzp, interes Odwołującego może doznać uszczerbku, albowiem pomimo posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania dostaw stanowiących przedmiot zamówienia, wobec wskazanych w uchybień Zamawiającego, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść szkodę z tym związaną

Odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu przewidzianego w Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Unicard S.A. z siedzibą w Krakowie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

W dniu 21 lipca 2017 roku Odwołujący przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, wyznaczonych na 25 lipca 2017 roku, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: